



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

MÁRIO SOARES DE ALENCAR

JURISPRUDÊNCIA E RACIONALIDADE:
o precedente judicial como elemento de coerência do sistema jurídico brasileiro

FORTALEZA
2018

MÁRIO SOARES DE ALENCAR

**JURISPRUDÊNCIA E RACIONALIDADE:
o precedente judicial como elemento de coerência do sistema jurídico brasileiro**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na Área de Concentração “Ordem Jurídica Constitucional”.

Orientador: Professor Doutor Francisco Gerson Marques de Lima

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

A354j Alencar, Mário Soares de.
Jurisprudência e racionalidade : o precedente judicial como elemento de coerência do sistema jurídico brasileiro / Mário Soares de Alencar. – 2018.
258 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Francisco Gérson Marques de Lima.

1. Jurisprudência. 2. Precedente. 3. Racionalidade. 4. Coerência. 5. Integridade. I. Título.

CDD 340

MÁRIO SOARES DE ALENCAR

JURISPRUDÊNCIA E RACIONALIDADE:

o precedente judicial como elemento de coerência do sistema jurídico brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na Área de Concentração “Ordem Jurídica Constitucional”.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Professor Dr. Francisco Gérson Marques de Lima (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha
Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7)

Para Ana Virgínia, Susana, Mário Filho e
Felipe.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar ao professor Dr. Francisco Gérson Marques de Lima, pelos ensinamentos durante as aulas de sua disciplina e por sua gentileza e disponibilidade em aceitar trilhar comigo esse desafiante caminho da produção acadêmica, fazendo ver com mais clareza os problemas que naturalmente surgem diante de quem se dispõe à pesquisa científica, e apontando possibilidades para a sua solução.

Agradeço ainda a cada um dos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, pela generosidade com que compartilharam seus conhecimentos e experiência durante o curso.

Agradeço também a minha família, pelo incentivo aos estudos desde a preparação para a seleção do Mestrado, e compreensão em face das necessárias ausências para frequência às aulas e dedicação à pesquisa.

“[...] a máxima recompensa para o cientista é poder descobrir que a verdade imaginada coincide com a verdade experimentada.

Mas como o jurista poderia aspirar a essa mesma alegria?”.

Piero Calamandrei

RESUMO

O presente trabalho tem como intuito principal viabilizar o estudo do uso dos precedentes na fundamentação das decisões judiciais no âmbito do sistema jurídico brasileiro, considerando que o tema cresce em importância com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, o qual estabeleceu um disciplinamento normativo dos precedentes formalmente vinculantes. Com efeito, ao longo dos anos, a utilização de referência a precedentes na fundamentação das decisões judiciais se tornou comum no sistema jurídico nacional, ainda que seja herdeiro da tradição jurídica romano-germânica, na qual prevalece a lei como fonte primordial da normatividade. Não obstante a controvérsia doutrinária sobre a possibilidade ou adequação jurídica de extrair elemento normativo de decisões judiciais para determinar o destino de casos futuros, haja vista o princípio da legalidade inerente ao sistema constitucional brasileiro, é inegável que a prática jurídica sempre teve como relevante a referência à jurisprudência dos tribunais em um ou outro sentido, como firme suporte para justificar demandas ou fundamentar decisões. Por outro lado, a falta de referencial teórico para a compreensão do papel do precedente judicial na fundamentação das decisões judiciais proferidas em ambiente jurídico da tradição *civil law*, ao lado de elementos normativos legais e constitucionais, torna necessário o estudo de como se deve dar esse uso e estruturar uma teoria que identifique a natureza jurídica e o papel desempenhado pelos precedentes nessa seara. Se a experiência jurídica evidencia que o uso de precedentes na fundamentação de novos julgados é prática constante no sistema jurídico brasileiro, torna-se imprescindível compreender cientificamente essa prática, apresentando, para além da mera conformação normativa, especialmente diante da disciplina estabelecida pelo novo Código de Processo Civil, as bases teórico-científicas que justificam a referência e necessária vinculação a decisões judiciais pretéritas, verificando as consequências desse processo para a ordem jurídica constitucional. Com esse intuito, a pesquisa concentrou-se na revisão de bibliografia nacional e estrangeira sobre o tema, especialmente quanto aos fundamentos utilizados para justificar os reflexos normativos do precedente em casos futuros, buscando evidenciar tanto sua consistência quanto seus pontos de fragilidade teórica. Como suporte para análise da racionalidade jurídica, a pesquisa revolveu alguns pressupostos epistemológicos do Direito, revisitando os temas da verdade e da objetividade do conhecimento jurídico. Nesse sentido, utilizou-se como referencial teórico Ronald Dworkin, explorando o fundamento epistemológico coerentista subjacente à sua teoria do direito como integridade e à sua tese sobre a possibilidade de resposta correta em direito. O estudo indicou a insuficiência dos fundamentos meramente formais, deontológicos e pragmáticos para a justificação do uso dos precedentes judiciais no sistema jurídico nacional, evidenciando ser necessária a adoção de um modelo epistemológico coerentista, em substituição ao fundacionalismo tradicional. Nessa linha, o precedente judicial passa a representar um elemento normativo que contribui para a coerência do ordenamento, permitindo a análise da racionalidade das respostas do sistema jurídico aos problemas de ordem prática.

Palavras-chave: Jurisprudência. Precedente. Racionalidade. Coerência. Integridade.

ABSTRACT

The main purpose of this study is to make feasible the study of the use of precedents in the reasoning of judicial decisions within the Brazilian legal system, considering that the issue grows in importance with the entry into force of the new Code of Civil Procedure, which established a disciplinary of legally binding precedents. In fact, over the years, reference to precedents in the grounds of judicial decisions has become common in the national legal system, although it is inherited from the Roman-German legal tradition, in which law prevails as the primary source of normativity. Notwithstanding the doctrinal controversy over the possibility or legal suitability of extracting normative elements from judicial decisions to determine the fate of future cases, given the principle of legality inherent in the Brazilian constitutional system, it is undeniable that the practice of law has always had as relevant reference to the jurisprudence of the courts in one direction or another, as firm support to justify demands or to substantiate decisions. On the other hand, the lack of a theoretical reference for understanding the role of judicial precedent in the justification of judicial decisions rendered in the legal environment of the civil law tradition, along with legal and constitutional normative elements, makes it necessary to study how this use and structure a theory that identifies the legal nature and the role played by precedents in this field. If legal experience shows that the use of precedents in the foundation of new judgments is a constant practice in the Brazilian legal system, it is essential to understand this practice scientifically, presenting, in addition to the mere normative conformation, especially in view of the discipline established by the new Code of Civil Procedure, the theoretical-scientific bases that justify the reference and necessary linkage to previous judicial decisions, verifying the consequences of this process for the constitutional legal order. With this aim, the research focused on the review of national and foreign bibliography on the subject, especially regarding the foundations used to justify the normative reflexes of the previous one in future cases, seeking to evidence both its consistency and its points of theoretical fragility. As support for the analysis of legal rationality, the research revolved some epistemological assumptions of Law, revisiting the themes of truth and objectivity of legal knowledge. In this sense, Ronald Dworkin was used as a theoretical reference, exploring the coherentist epistemological basis underlying his theory of law as integrity and his thesis about the possibility of a correct answer in law. The study indicated the insufficiency of the purely formal, deontological and pragmatic foundations for the justification of the use of judicial precedents in the national legal system, evidencing the need to adopt a coherentist epistemological model, replacing traditional foundationalism. In this line, the judicial precedent becomes a normative element that contributes to the coherence of the legal system, allowing the analysis of the rationality of the responses of the legal system to practical problems.

Keywords: Jurisprudence. Precedent. Rationality. Coherence. Integrity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	PRECEDENTE JUDICIAL E TRADIÇÃO JURÍDICA	15
2.1	A <i>common law</i> e o precedente vinculante: da criação da <i>legal rule</i> pelos tribunais ao surgimento da regra do <i>stare decisis</i>	15
2.1.1	A tradição jurídica inglesa da <i>common law</i>	16
2.1.2	<i>Stare decisis</i> no sistema jurídico norte-americano	27
2.2	A tradição jurídica romano-germânica e o precedente judicial: da prioridade da lei à importância da jurisprudência em face do constitucionalismo moderno	34
2.3	A compreensão da jurisprudência e do precedente judicial na cultura jurídica brasileira contemporânea: sobre a aproximação das duas tradições jurídicas ocidentais	46
3	FUNDAMENTOS DO RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS	62
3.1	Fundamentos formais do respeito aos precedentes.....	63
3.1.1	Previsão normativa expressa: imposição constitucional ou legal.....	64
3.1.2	Obediência hierárquica	68
3.2	Fundamentos deontológicos do respeito aos precedentes	72
3.2.1	Promoção da igualdade: a isonomia em face da interpretação jurisdicional dos textos normativos e os precedentes judiciais (<i>treat like cases alike</i>)	73
3.2.2	Promoção da segurança jurídica: estabilidade e previsibilidade pela observância dos precedentes judiciais	78
3.3	Fundamentos pragmáticos do respeito aos precedentes	87
3.3.1	Duração razoável do processo	87
3.3.2	Desestímulo à litigância e favorecimento de acordos	89
3.3.3	Fortalecimento institucional do Poder Judiciário	92
3.3.4	Economia processual e eficiência do Poder Judiciário.....	94
3.4	Fundamento epistemológico: a promoção da coerência do sistema jurídico e a tese da resposta correta em direito	95
3.5	Críticas à observação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro	105
3.5.1	Comprometimento da independência dos juízes	106
3.5.2	Elevação da rigidez do sistema jurídico	109

3.5.3	Violação do princípio da separação dos poderes	112
3.5.4	Violação da garantia de acesso à justiça.....	114
4	EPISTEMOLOGIA JURÍDICA E PRECEDENTE JUDICIAL: SOBRE A COERÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO E A POSSIBILIDADE DE RESPOSTA CORRETA EM DIREITO	117
4.1	Epistemologia jurídica: a Ciência do Direito e os desafios da verdade e da objetividade no conhecimento jurídico	117
4.1.1	Ciência do Direito e verdade	119
4.1.2	Paradigmas teóricos sobre a verdade científica.....	131
4.1.3	Coerência como critério da verdade científica	141
4.1.4	Paradigma coerentista e sistema jurídico: sobre a verdade científica e a possibilidade de resposta correta em Direito.....	151
4.2.	Teoria coerentista da verdade e a objetividade do conhecimento jurídico: considerações epistemológicas sobre o pensamento de Ronald Dworkin.....	162
4.3	O precedente judicial como elemento necessário à coerência do sistema jurídico: da obediência hierárquica ao desafio da coerência; do fechamento algorítmico à consistência sistêmica	181
5	A OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	194
5.1	O conceito de precedente judicial vinculante adequado à coerência do sistema jurídico brasileiro: diferenciando e aproximando precedente, jurisprudência e súmula.....	194
5.2	A utilização do precedente judicial vinculante na <i>civil law</i> brasileira em face das previsões constitucionais e legais: sobre a prevalência do precedente interpretativo e a identificação da <i>ratio decidendi</i>	213
5.3	A observância do precedente judicial e o novo Código de Processo Civil: as possibilidades de distinção e superação do precedente vinculante.....	226
6	CONCLUSÃO.....	243
	REFERÊNCIAS	250

1 INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), foi inaugurada uma nova fase de valorização da jurisprudência como fonte normativa no sistema jurídico brasileiro. De fato, a promulgação da referida lei processual, que apresenta um disciplinamento dos precedentes judiciais formalmente vinculantes, constitui um importante marco no processo de reconhecimento da força normativa das decisões judiciais anteriores para impactar no destino dos casos futuros. Se os precedentes judiciais já vinham ganhando espaço como elementos de referência na fundamentação das decisões judiciais, no mínimo como reforço argumentativo, a partir do novo regramento processual, torna-se explícita e formalmente obrigatória a observação, por parte dos juízes e tribunais, de alguns parâmetros normativos decorrentes de julgamentos pretéritos.

Não há dúvida de que, muito embora tenha a lei formal como fonte primária do Direito, haja vista encontrar-se inserido na tradição romano-germânica, o Brasil sempre conviveu com algum regramento de efeito geral por ato decisório dos tribunais. Nesse sentido, é possível referir-se tanto aos remotos assentos da Casa de Suplicação, que vigoraram desde a época colonial até o Império, quanto às Súmulas Vinculantes, incluídas na ordem jurídica nacional com a Emenda Constitucional n. 45/2004. Ademais, a legislação processual também já estabelecia instrumentos que, de uma ou outra forma, outorgavam certa força normativa a decisões judiciais. Observe-se, por exemplo, quanto ao Código de Processo Civil de 1973, a atribuição de poderes ao relator para negar seguimento ou dar provimento a recurso com fundamento em súmula ou jurisprudência (art. 557, § 1º-A), a dispensa de reexame necessário quando a decisão estivesse fundada em jurisprudência ou súmula (art. 475, § 3º), a súmula impeditiva de recurso (art. 518, § 1º) e a improcedência liminar com base em precedentes do próprio juízo (art. 285-A), dentre outras situações. Essa gama de instrumentos processuais, voltada para outorgar força à jurisprudência, foi construída em consonância com o trabalho da doutrina que, sem negar o princípio da legalidade, reconhecia como fundamental a observação da norma jurisprudencial para pacificar entendimentos quanto à interpretação da lei e da Constituição, e como instrumento facilitador da resolução de demandas de massa.

O reconhecimento da força normativa dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico nacional, todavia, não deixa de causar alguma perplexidade, pois se trata de sistema jurídico integrante da *civil law*, sem tradição no manejo de regras jurisprudenciais vinculantes, e construído sob o paradigma da legalidade e da separação dos poderes estatais.

Extraír regra geral de atos decisórios dos tribunais tende a desafiar, à primeira vista, tanto o princípio da legalidade quanto a legitimidade democrática, impactando sobremaneira a teoria das fontes do Direito, que na tradição romano-germânica sempre resistiu a reconhecer a jurisprudência como *locus* de emanção de norma jurídica. Assim, mostra-se imprescindível compreender essa prática jurídica contemporânea, consistente na referência a julgados precedentes como paradigmas obrigatórios para novas decisões judiciais, por meio de construção teórica que possa acomodar de forma tecnicamente adequada a regra do *stare decisis* no sistema jurídico nacional.

Como se sabe, nos últimos anos, diversos estudos já foram realizados a respeito da justificação para adoção pelo Brasil de um “sistema de precedentes”, destacando-se as vantagens de serem tomadas vinculantes as decisões judiciais, principalmente dos tribunais superiores. Nesse sentido, a doutrina especializada refere-se, geralmente, à necessidade de reduzir-se a divergência de entendimentos que conduziam a uma “jurisprudência lotérica”, assim como à importância de promover a igualdade, a segurança jurídica, a previsibilidade, a racionalidade, o respeito à hierarquia etc. Todavia, nota-se que, a depender do enfoque dado a um ou outro fundamento utilizado para justificar a observação dos precedentes judiciais, há mudanças importantes na teoria respectiva, seja para reduzir ou ampliar o conceito de precedente vinculante, ora restrito aos tribunais superiores, ora inerentes a todo o sistema de justiça, seja para gerar impacto na aplicação prática da regra do *stare decisis*, permitindo ou não o afastamento do paradigma anterior pelo julgador do *instant case*. Ademais, alguns fundamentos adotados pela doutrina são insuficientes para justificar todos os aspectos da vinculação aos precedentes. Assim, mostra-se importante a continuidade dos estudos sobre o tema, para que o confronto das ideias permita a eliminação de propostas teóricas inviáveis ou insuficientes e o amadurecimento na compreensão do fundamento para o respeito aos precedentes judiciais, possibilitando uma melhor prática jurídica.

Nesse contexto, a pesquisa realizada pretende apresentar alguma contribuição, ainda que modesta, ao debate sobre o uso dos precedentes judiciais vinculantes no sistema jurídico brasileiro, a partir do confronto das principais construções teóricas sobre o tema, verificando a solidez de seus fundamentos e os pontos de fragilidade das teorias. Com o estudo, busca-se possibilitar a construção de um esboço de referencial teórico que justifique de forma cientificamente fundamentada o uso dos precedentes judiciais no sistema constitucional brasileiro. Não se trata, portanto, do desenvolvimento integral de uma teoria geral sobre os precedentes judiciais, analisando-os sobre todos os aspectos e nuances, mas da identificação dos fundamentos teóricos mais aptos a sustentar uma construção teórica sobre o tema.

Com esse objetivo, a pesquisa foi presidida pela ideia central de encontrar racionalidade na prática jurídica inerente aos precedentes vinculantes, verificando como o incremento da força obrigatória da jurisprudência pode contribuir para melhoria das respostas fornecidas pelo sistema de justiça aos problemas práticos. Se a experiência jurídica tem evidenciado o uso de precedentes na fundamentação de decisões judiciais como prática comum no sistema jurídico brasileiro, torna-se imprescindível compreender cientificamente essa prática, apresentando, para além da mera conformação normativa, especialmente diante da disciplina estabelecida pelo novo Código de Processo Civil, as bases teórico-científicas que justificam a referência e necessária vinculação a decisões judiciais pretéritas e verificar as consequências desse processo para o sistema jurídico constitucional.

Vários são os problemas observados nesse tema que demandam estudo, dentre eles: a) a definição da natureza jurídica do precedente, enquanto elemento integrante da fundamentação da decisão judicial; b) a identificação da base teórica que justifica o uso dos precedentes para fundamentar decisões judiciais no Brasil, mormente em se tratando de um país de tradição jurídica legalista (*civil law*); c) a verificação das vantagens e desvantagens no uso dos precedentes para fundamentar decisões judiciais, principalmente no que se refere à redução da liberdade interpretativa do julgador. São essas as questões principais que centralizam a atenção do estudo, e para as quais a pesquisa realizada buscou apresentar respostas, iniciando com a investigação dos posicionamentos teóricos existentes sobre o uso dos precedentes judiciais no Brasil.

A partir dos estudos iniciais sobre o tema, e tendo como norte a promoção da racionalidade, foi lançada a hipótese de que a observância dos precedentes judiciais, em si mesma, já seria um valor a ser buscado pelos aplicadores do direito, por ensejar maior coerência ao sistema jurídico, proporcionando, como regra, respostas semelhantes para problemas da mesma natureza. Mormente em face de julgados relativos a direitos fundamentais pouco regulados ou de cláusulas gerais, poderia haver maior densificação de conceitos normativos e o estabelecimento de parâmetros mais estáveis para aferição de conflitos principiológicos no caso concreto. De mais a mais, poderia haver a estabilização de expectativas normativas, na medida em que a consideração dos julgados anteriores sobre o mesmo tema tenderia a criar modelos mais estáveis de ordenação de princípios jurídico-constitucionais em conflito no caso concreto. A nova decisão teria que se encaixar de forma coerente com as precedentes, na ideia de que a ordenação de parte de elementos de um sistema de forma mais estável poderia facilitar a visualização do todo e ajudar a encontrar a

resposta correta. O precedente judicial seria, nesse sentido, mais um elemento normativo, devendo contribuir para a coerência integral do sistema.

O marco teórico orientador da pesquisa é Ronald Dworkin, não somente pela larga influência de seu pensamento jurídico no ocidente, inclusive no Brasil, como também por tratar do tema dos precedentes judiciais no âmbito da *common law* de forma significativa, a ponto de sua teoria ter influenciado o legislador brasileiro, o qual incluiu no art. 926 do novo Código de Processo Civil os conceitos de coerência e integridade, ao lado da estabilidade, como valores a nortear a uniformização da jurisprudência. Assim, a busca da racionalidade do ordenamento normativo é guiada, na presente pesquisa, pela teoria do direito como integridade de Dworkin, ao passo que sua tese de possibilidade de resposta correta em direito abre espaço para a análise da coerência como critério epistemológico de aferição da verdade, no âmbito científico, e da correção de respostas na prática jurídica.

Como se pode notar, a própria noção de sistema racional, inclusive jurídico, impõe considerações sobre ordem e coerência das partes com a completude sistemática. Dessa forma, considerou-se importante aprofundar os estudos epistemológicos sobre o modelo coerentista de autenticação de conhecimento, com o fim de verificar até que ponto a coerência, enquanto critério da verdade científica, poderia ser tomada para justificar a posição de Dworkin, no que diz respeito à busca da resposta correta em direito. Ademais, a referência direta a coerência pelo novo Código de Processo Civil, ao tratar de uniformização de jurisprudência, justifica investigar se o respeito aos precedentes no sistema brasileiro contribui para essa correção. Enfim, a partir de uma aproximação entre a Teoria do Conhecimento e a Teoria do Direito, buscou-se verificar até que ponto a resposta correta em direito, nesse caminho epistemológico, poderia aproximar-se de um enunciado verdadeiro.

A pesquisa foi desenvolvida, prioritariamente, observando o método hipotético-dedutivo, mais adequado a uma postura falibilista, permitindo o lançamento de hipóteses teóricas, com observação dedutiva das consequências dela decorrentes, para possibilitar o confronto com outras teses e a evidência das fragilidades e consistências das teorias concorrentes. Adotou-se no trabalho uma abordagem qualitativa, com a análise dos fundamentos epistemológicos das teorias objeto de estudo e os argumentos dos autores pesquisados, para a obtenção de respostas seguras sob o ponto de vista lógico-científico e passíveis de fundamentação sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Para esse

fim, concentrou-se o estudo na pesquisa de bibliografia especializada sobre o tema, buscando autores que abordam aspectos dos problemas enfrentados no estudo.

No desenvolvimento do trabalho, realizou-se pesquisa exploratória, pois necessário o levantamento das informações disponíveis sobre o tema proposto, seguida da análise explicativa. Quanto aos procedimentos metodológicos, o método histórico revelou-se fundamental para o estudo sobre a origem do *stare decisis*, e o método comparativo, para confrontar a perspectiva do precedente vinculante na *civil law* e na *common law*, verificando a adequação do instituto no ordenamento pátrio.

Além de Ronald Dworkin, como referência no âmbito jurídico-científico, ao trabalhar os conceitos de coerência e integridade no direito, a pesquisa utilizou como referencial teórico-epistemológico Nicholas Rescher, no que se refere ao estudo da coerência como critério de aferição de verdade científica. De outra parte, especificamente quanto aos precedentes no sistema jurídico brasileiro, a pesquisa buscou suporte nos estudos de vários autores, destacando-se Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Hermes Zaneti Jr. e Juraci Mourão Lopes Filho, dentre outros. Buscou-se analisar os fundamentos das propostas teóricas dos referidos autores, confrontando suas teses sobre as justificativas para adoção de um modelo de sistema jurídico com respeito aos precedentes judiciais e as consequências para a prática jurídica.

A exposição do resultado da pesquisa, nesta dissertação, restou dividida em quatro capítulos. No primeiro, realiza-se uma abordagem da construção histórica da tradição *common law* e do surgimento da regra do *stare decisis*, ao passo que também se analisam os fundamentos da tradição jurídica romano-germânica e a influência dos precedentes judiciais, inclusive no sistema jurídico brasileiro. No segundo capítulo, realiza-se a análise dos principais fundamentos utilizados pela doutrina para justificar o uso dos precedentes judiciais como fonte de emanção normativa. Dessa forma, são analisados tanto os fundamentos formais, quanto os deontológicos e meramente pragmáticos, passando, por fim, para a indicação do fundamento epistemológico, vinculado à racionalidade, que se mostra central na presente pesquisa. No quarto capítulo, há o aprofundamento do estudo do fundamento epistemológico para o uso dos precedentes judiciais, revolvendo-se as teorias sobre o conhecimento verdadeiro no âmbito científico, aproximando-se a Teoria do Direito da Teoria do Conhecimento. No quinto e último capítulo, procede-se à abordagem de problemas teóricos e práticos relativos à observação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro.

2 PRECEDENTE JUDICIAL E TRADIÇÃO JURÍDICA

Nas primeiras linhas desta pesquisa, considera-se importante traçar um panorama geral sobre os precedentes judiciais vinculantes, principalmente no que se refere à sua compreensão no âmbito das tradições jurídicas ocidentais. Por certo, a imagem que se tem sobre o valor vinculante dos precedentes sempre remete aos países da tradição *common law*, como se houvesse uma necessária correlação entre os respectivos sistemas jurídicos e a regra do *stare decisis*. A partir dessa observação inicial, será possível compreender o surgimento do modelo de respeito aos precedentes judiciais nos sistemas da *common law* e verificar sua compatibilidade com sistemas de tradição jurídica romano-germânica, como o brasileiro. Necessárias, portanto, essas breves considerações de cunho histórico e de direito comparado, para estabelecer as bases de qualquer análise crítica sobre os precedentes judiciais.

2.1 A *common law* e o precedente vinculante: da criação da *legal rule* pelos tribunais ao surgimento da regra do *stare decisis*

Tratar da utilização dos precedentes judiciais como fonte de emanção de norma jurídica importa, sem dúvida, na necessidade de revisitar as estruturas jurídicas das nações modernas que se pautam prioritariamente pelo direito jurisprudencial. Não se pretende, como isso, lançar um empreendimento arqueológico, como a tentar descobrir as origens primevas de institutos que, supostamente gestados em terras distantes, passaram a tomar corpo no seio do sistema jurídico local, ao encontrar terreno fértil para seu desenvolvimento. Não se desconhece que o gérmen dessas novas estruturas que despontam no mundo jurídico nacional pode ser vislumbrado em tradição diversa.

Também não é o caso de buscar-se simples transplante de fórmulas estrangeiras prontas para o manejo de problemas jurídicos locais. Deve-se ter em mente que institutos normativos estão sempre vinculados a fatores culturais da sociedade a que pertencem, sendo moldados por elementos linguísticos, epistemológicos, sociológicos, políticos, históricos e econômicos, dentre outros, que determinam a sua exata compreensão em uma dada sociedade de forma diversa da que são compreendidos em outra. Dessa forma, ao se trasladar uma fórmula normativa de uma cultura jurídica a outra, boa parte do significado se perde no caminho, já que o elemento estrangeiro somente sobrevive na cultura de acolhimento após amoldar-se ao sistema jurídico local, que a ele atribui novos significados compatíveis com a tradição jurídica

para a qual fora traduzido. Como assevera Pierre Legrand, “à medida que atravessa fronteiras, a regra original sofre necessariamente uma mudança que a afeta *enquanto* regra”¹.

Não perdendo de vista essa advertência, quanto às modificações que elementos jurídicos estrangeiros devem necessariamente sofrer quando de sua compreensão e assimilação pela cultura local, pelo que se deve pensar em “tradução” e não efetivamente em “transplante”, a observação de outros sistemas normativos mostra-se de suma importância para o estudo que se realiza. Com efeito, a longa tradição que as nações da *common law* têm no manejo de um sistema fundado no respeito aos precedentes judiciais justifica por si só esse olhar para fora, com o fim de compreender os modos e os motivos de apego às decisões judiciárias precedentes como justificativas para novos julgados, à luz daquela realidade jurídica, para em seguida voltar os olhos ao sistema nacional, vislumbrando as potencialidades desses institutos na direção do aperfeiçoamento do direito brasileiro.

O objetivo desse estudo introdutório, com algum elemento de direito comparado, é traçar um panorama, ainda que breve, suficiente ao confronto das teorias que justificam, em tradições jurídicas diferentes, a interferência das decisões judiciais na modelagem das formas deontológicas vigentes, e sua propensão a vincular comportamentos futuros. Nesse sentido, se observará o modo de compreender-se a função do precedente judicial tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos da América, principais representantes da tradição *common law*.

2.1.1 A tradição jurídica inglesa da *common law*

Com esse objetivo, visando conhecer os pressupostos básicos justificadores da observância dos precedentes no âmbito da *common law*, importa analisar inicialmente o direito jurisprudencial inglês. De fato, a Inglaterra formou ao longo dos anos um direito eminentemente jurisprudencial, sendo pouco correto afirmar que aquele país alberga um sistema jurídico consuetudinário, como sói acontecer em lições introdutórias de Direito. A noção correta de *common law*, formatada nos séculos que se seguiram à invasão normanda das terras inglesas, no ano de 1066, é praticamente contrária aos costumes locais então existentes até aquele momento, passando a significar o direito comum a toda Inglaterra, por

¹ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. Tradução de Gustavo Castagna Machado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, 2014.

obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, que se estabelecem a partir do século XIII em Westminster.²

Entretanto, não se pode perder de vista a controvérsia doutrinária que dominou por muitos anos os debates sobre a origem e natureza da *common law* britânica, havendo defensores da teoria declaratória da jurisdição, que via no ato judicial de julgamento apenas a revelação de um direito preexistente, ao lado dos que advogavam a real criação judicial do direito. Nesse ponto, destaca-se William Blackstone como defensor da tese da existência de uma *lex non scripta*, baseada nos costumes gerais do povo inglês, anterior à decisão judicial, que apenas a declarava. Lado outro, Jeremy Bentham e John Austin, críticos da posição declaratória, que para eles seria ingênua, advogavam a tese de que os juízes efetivamente criavam o direito, por ocasião das decisões judiciais. Bentham, considerado o pai do positivismo inglês³, considerava o direito escrito, no modelo europeu-continental, superior ao direito inglês, já que permitia o conhecimento prévio da norma jurídica por seus destinatários, antes de proferida a decisão judicial. Em sua visão crítica, o modo de produção jurídica inglês se assemelhava à forma usada para treinamento de cães, pois os animais somente “tomavam consciência” de que haviam descumprido a lei quando eram julgados e punidos por alguma conduta, assim como os ingleses não teriam normas prévias para orientar seu comportamento, ficando à mercê de decisões arbitrárias futuras, pelo que Bentham, de forma ácida e irônica, chamou esse modelo de *dog law*. Nessa mesma linha, John Austin considerava a teoria declaratória da jurisdição uma ficção infantil. Para Austin, no *common law*, os juízes realmente criavam o direito, pois possuíam *law-making authority*, valendo-se de sua vontade, e não apenas do conhecimento prévio de algo que apenas seria declarado⁴.

Sobre as teorias a respeito da atividade judicial no âmbito da *common law*, como declaratória ou constitutiva do direito, observem-se as palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Ao longo do tempo, acirrados debates rivalizaram, ao interno da família *common law*, os seguidores da tese pela qual os juízes se limitavam a declarar o direito preexistente (teoria *declarativa*) e, noutro polo, aqueles para quem aos juízes era dado criar o direito (*law maker*) a ser aplicado ao caso concreto (teoria positivista). William Blackstone, partidário da primeira corrente, sustentava que a decisão

² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 359.

³ BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for precedent. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 482.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.26-27.

judicial era a ‘principal and most authoritative evidence, that can be given, of the existence of such custom as shall form part of the common law’, cabendo aos juízes julgar ‘not according to their private judgement’, e sim ‘according to the known laws and customs of the land’. A seu turno, Bentham e Austin, seguidores da segunda proposta, postulavam que o *common law* devia sua existência à *law-making authority* dos juízes, e que o direito não era apenas revelado na decisão judicial, mas em verdade vinha nesta criado, reservado aos juízes o poder de revogar precedentes⁵.

A relevante participação da magistratura na construção do fenômeno jurídico é evidente, ainda que se discuta até os dias atuais, em novas roupagens teóricas, se prevalece o aspecto de declaração ou de criação. Aliás, não se trata de mero exercício retórico e vazio o debate a respeito desse tópico. Note-se que há uma resistência dos próprios juízes, tanto na *civil law* quanto na *common law*, em admitir que efetivamente criariam o direito a ser aplicado, sendo mais confortável para a posição do Judiciário em face dos jurisdicionados a tese de que estariam apenas declarando o conteúdo prévio da lei, sob pena de, por coerência, terem de admitir a criação de um direito novo a ser aplicado de forma retroativa a seus destinatários. A teoria da criação do direito pelos magistrados, sem dúvida, pelo efeito retroativo das decisões judiciais, tende a assumir ares de possível arbitrariedade.

Observa René David que, ainda no início da conquista normanda, havia nas terras inglesas diversas jurisdições, a exemplo da assembleia dos homens livres (*Country Court ou Hundred Court*), que aplicavam o costume local, mormente no que dizia respeito ao ônus da prova, que seguia regras nem sempre racionais. Paralelamente, foram-se desenvolvendo jurisdições senhoriais (*Courts Baron, Court Leet, Manorial Courts*), que da mesma forma faziam valer costumes locais, substituindo paulatinamente a atividade das *Country Courts*. De outro lado, não se pode deixar de referir às jurisdições eclesiásticas, que atuavam com base no direito canônico. Enquanto isso, os três Tribunais Reais de Justiça – Tribunal de Apelação (*Exchequer*), Tribunal de Pleitos Comuns (*Common Pleas*), Tribunal do Banco do Rei (*King`s Bench*) –, com sede em Westminster, não adquirem inicialmente ampla competência, limitando-se às causas de elevada importância para os assuntos do reino, especialmente: as vinculadas às finanças reais, as relativas a propriedade e posse de imóveis e a graves questões criminais com repercussão na paz do reino⁶.

⁵ 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.

⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 359-360.

Se, por um lado, ao rei interessa expandir seus poderes de administração jurisdicional, por outro, os próprios jurisdicionados ansiavam pelo alargamento da competência dos Tribunais Reais, pois eram os únicos com efetivos meios de determinar o comparecimento de testemunhas e executar seus julgados. Assim, os tribunais do rei ampliaram seus limites de jurisdição, sendo, ao final da Idade Média, os únicos a administrar a justiça⁷. Sobre o direito aplicado pelas cortes reais e a expansão da sua competência, observem-se as palavras de Ronaldo Cramer:

As cortes reais aplicavam o denominado direito comum (ou *common law*), que dizia respeito aos interesses da coroa e valia para todo o reino (daí o adjetivo ‘comum’), ao passo que as cortes locais julgavam com fundamento nos costumes do lugar. As cortes reais configuravam uma jurisdição especial, já que, em regra, o caso deveria ser submetido às cortes locais. Apenas quando se referia aos assuntos do rei, a questão era deduzida nas cortes reais.⁸

Aos poucos, as cortes reais foram ocupando o espaço das cortes locais. O crescimento das cortes reais foi motivado pela ampliação de sua competência e por um constante aumento do número de demandas. Os particulares passaram a buscar as cortes reais para julgar seus casos, em detrimento das cortes locais, porque aquelas aplicavam regras mais modernas e tinham uma execução mais eficiente⁹.

Ponto relevante no que se refere à compreensão da *common law*, por influência dos Tribunais Reais, é o fato de ser posto em primeiro plano o processo (*remedies precede rights*), relegando-se a uma questão secundária o conteúdo do ato decisório. Não havia a preocupação própria dos sistemas da tradição romano-germânica, nos quais as normas substantivas são definidas *a priori*, estabelecendo direitos materiais a serem apenas reconhecidos no âmbito do processo. No sistema originado no âmbito dos tribunais do rei havia apenas a definição de processos, correspondentes a diferentes *writs*, conduzidos por rigoroso formalismo (*forms of action*) até a decisão final, cujo conteúdo era casuístico e incerto. Destaca René David que “a *common law* não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução do litígio”¹⁰. Note-se que os Tribunais Reais de Justiça estavam constituindo um novo direito, comum a todo o território inglês (*comune ley* ou *common law*), que não se encontrava declarado previamente em fontes formais, ainda que

⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 361.

⁸ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.14-15.

⁹ *Ibid.*, 2016, p. 14-15.

¹⁰ DAVID, René. *Op. cit.*, 2014, p. 365.

pretensamente (ou em ficção) fundado em costumes imemoriais da Inglaterra. Aliás, observa Daniel Mitidiero que a ideia, de alguma forma difundida, no sentido de que a *common law* seria “descoberta” e “declarada” pelos juízes, a partir dos costumes imemoriais do povo inglês (*customary laws, as being made before Times of Memory*), vincula o *case law* com a teoria declaratória da jurisdição, bastante criticada na doutrina mais recente¹¹, como acima referido, por deixar de lado a inerente função construtora ou reconstrutora do direito, exercida pela jurisdição.

Estruturados em um formalismo excessivo, os processos da *common law* elevavam o risco de conduzir a soluções afastadas do sentimento de justiça. Como acima referido, se o jurista da tradição romano-germânica podia valer-se normalmente de formação universitária que o auxiliava, com base no direito romano, a identificar a solução mais justa para as questões jurídicas, a tradição judiciária inglesa exigia de seus juristas e magistrados um conhecimento mais prático, direcionado ao modo de conduzir as formas processuais em direção a uma decisão final, ainda que distanciada de expectativas de justiça e moralidade. Esse aspecto de insuficiência dos tribunais de *common law* facilitou o desenvolvimento de um sistema paralelo de justiça no âmbito do direito inglês, a *equity*¹².

Surgida no sentido de um recurso à autoridade do rei, para os casos em que o particular não havia obtido acesso aos Tribunais de Westminster ou não considerava justa a decisão proferida por eles, a jurisdição de equidade inglesa (*equity*) desenvolve-se paralelamente, a partir do século XIV, sendo exercida pelo Chanceler, em nome do monarca, para fazer justiça a seus súditos, corrigindo as distorções do sistema *common law*. Destaque-se que, a partir do século XVI, o exercício da jurisdição pelo Chanceler se torna mais autônomo em face do poder real. Para desempenho de seu ofício judicial, o Chanceler segue um rito especialmente diferente dos Tribunais Reais de Justiça, inspirando-se no direito canônico e em princípios jurídicos provenientes do direito romano, ao contrário do modelo da *common law*. Estruturou-se no direito inglês, dessa forma, um sistema dualista de justiça¹³.

Todavia, a partir do século XVII, observou-se um compromisso e equilíbrio de forças entre as jurisdições de equidade e a exercida pelos Tribunais Reais de Justiça. A

¹¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 30-31.

¹² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 370.

¹³ *Ibid.*, 2014, p. 371-373.

jurisdição do Chanceler permanece, mas evitando cada vez mais a intervenção nas decisões de *common law* e observando os precedentes, distanciando-se de atuações consideradas arbitrárias¹⁴. As soluções de *equity* tornam-se mais jurídicas.

No período moderno, ocorrem importantes reformas no direito inglês, havendo o desenvolvimento mais acentuado da legislação, por influência das ideias de Jeremy Bentham, além de modificações no âmbito do processo, permitindo uma maior preocupação com o direito substantivo, à semelhança do que ocorria no continente europeu. Da mesma forma, no final do século XIX (1873-1875), extinguiu-se a distinção entre os tribunais de *equity* e *common law*, pelos *Judicature Acts*, passando todos os órgãos jurisdicionais da Inglaterra a serem competentes para aplicação de regras do direito comum e de equidade. Não obstante, ainda que se tenha observado no período um florescimento da legislação, não se convolou o direito inglês ao modelo romano-germânico, nem se estabeleceu codificação sistematizada, continuando o desenvolvimento do elemento jurídico a cargo dos tribunais¹⁵. Deve-se reforçar que a lei escrita não era elemento absolutamente divorciado do direito inglês, havendo autores que a colocam junto à jurisprudência¹⁶, como fonte primária do direito¹⁷. Apenas deve-se frisar que, para a sua integração ao sistema jurídico, a norma legal (*statute*) deveria ser acolhida da forma como interpretada pelos tribunais.

O século XX observa a continuidade do desenvolvimento do direito inglês para certa aproximação ao modelo legislado do continente europeu, mormente em face das necessidades de rápida modificação no âmbito da sociedade contemporânea, com o fim de estabelecer-se um estado de bem-estar social (*welfare-state*), o que não podia depender do casuísmo que caracterizava o direito jurisprudencial. Nesse sentido, ao passo que foram incrementados os números de leis e regulamentos administrativos, surgiram também novos organismos para solucionar problemas jurídicos criados nessa nova realidade, de forma

¹⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 374.

¹⁵ *Ibid.*, 2014, p. 377-378.

¹⁶ Como observa Francisco Gérson Marques de Lima, em estudo específico sobre a jurisprudência como fonte do direito, há várias acepções para o termo jurisprudência: “Classicamente, é compreendida como Ciência do Direito ou sua Teoria Geral; na acepção dos romanos, significa doutrina, parecer dos juriconsultos; e, na linguagem forense, atual, exprime dois sentidos: estritamente, é o conjunto de decisões ditadas pelos julgadores de maneira concordante entre si com relação a uma determinada matéria; no teor mais corriqueiro, a expressão significa os decisórios dos juízes ou tribunais, mesmo discrepantes, originais ou inéditos.” LIMA, Francisco Gérson Marques de. A jurisprudência como fonte do direito. **Nomos** – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v.11, n.1/2, p. 249-263, 1992.

¹⁷ CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 133.

paralela aos órgãos jurisdicionais, ainda que não se tenham estabelecidos verdadeiros tribunais administrativos, como ocorreu na França e em outros países. Os novos direitos afastavam-se da mentalidade liberal própria do *common law*, mas não suplantaram em absoluto o modelo de jurisdição tradicional naquele país¹⁸.

A evolução da estrutura jurídica da sociedade inglesa evidencia que, muito embora tenha havido um movimento natural de aproximação da tradição jurídica continental, com o uso mais frequente de normas legais, que de certo modo assumem a função anteriormente devida à *equity*, como corretiva dos rumos jurídicos, permanece, sem sombra de dúvidas, até os dias atuais, a jurisprudência como a fonte primária do direito inglês. As leis são sim acolhidas no sistema, mas seu conteúdo vai sendo agregado ao ordenamento jurídico constituído, em sua base, pela *legal rule* revelada nas decisões judiciais.

De toda sorte, não se pode negar a força do direito legislado na *common law*, que trava um jogo dialético com a jurisprudência. Nota Amilcar Araújo Carneiro Júnior que o ato do parlamento poderia modificar ou mesmo revogar princípios desenvolvidos nos precedentes vinculantes, e que os juízes ingleses não poderiam decidir de forma contrária ao direito legislado. Assim, segundo o referido autor, “se um estatuto e um precedente versaram sobre a mesma matéria, prevalece o estatuto”¹⁹. Essa advertência não pode, todavia, ser tomada com valor absoluto, já que há uma verdadeira acomodação entre a jurisprudência e as normas legais, principalmente considerando-se a separação entre “texto legal” e “norma jurídica”, sendo esta última o produto da interpretação dos textos aprovados pelo parlamento, o que se dá no trabalho da magistratura. Ou seja, em última instância, são os órgãos do Judiciário inglês que interpretam a lei e revelam as normas nela contidas. Ademais, como refere Luiz Guilherme Marinoni, o próprio Parlamento inglês observava as decisões judiciais proferidas na construção da lei, não havendo, naquele sistema, real oposição entre Legislativo e Judiciário, ambos unidos por razões históricas em defesa do direito (*common law*) contra o potencial arbítrio do monarca. A desconfiança dos juízes nutrida pelos revolucionários franceses não encontrou campo propício ao seu crescimento na Inglaterra, que continuou apostando no modelo de direito jurisprudencial²⁰.

¹⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 378-379.

¹⁹ CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 133-134.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 33.

Como acima referido, o estado de espírito do jurista inglês o direciona para dar maior importância ao processo que ao direito substantivo. Nesse sentido, na tradição inglesa, a solução de justiça seria encontrada ao final de um processo conduzido corretamente, ao passo que os juristas da tradição romano-germânica apostam mais em dizer previamente ao julgador qual a justa solução para a causa. Registra Ronaldo Cramer que a *common law* não dispunha de direito material *a priori*, sendo as regras criadas a partir do julgamento dos casos práticos, no processo conhecido como *case law*²¹. Assim, com base no resultado dos processos, a *common law* restou construída de forma empírica e casuística. A regra jurídica (*legal rule*), na *common law*, é extraída essencialmente das decisões dos tribunais superiores, encontrando-se na sua *ratio decidendi*²², em um nível de abstração bem menor que a regra de direito na tradição da *civil law*, pois essencialmente vinculada ao caso concreto em face do qual foi manifestada. Importa notar, como acima já ventilado, que, no direito inglês, a regra legislativa (*statute*) somente é assimilada e adotada efetivamente, após sua interpretação e aplicação pelos órgãos jurisdicionais²³.

Sendo produto da atividade jurisdicional, a *legal rule* inglesa estabelece com maior precisão como o órgão jurisdicional deve decidir determinada questão, tendo em conta as diversas circunstâncias de fato inerentes àquela específica demanda. Ao contrário da regra legal conhecida da *civil law*, que apenas implica numa moldura imprecisa e abstrata, sujeita a diversos preenchimentos interpretativos, a *legal rule* tem elevado nível de concretude, pois indissociável dos fatos da causa. Nota René David, em face da casuística própria desse sistema jurídico, que “os fatos penetram na estrutura do direito inglês e eles próprios entram, muitas vezes, na classe de regra de direito”²⁴.

Ao passo que aplica o direito, a jurisprudência inglesa também destaca as regras jurídicas em vigor, as quais deveriam ser seguidas nos novos julgados, sob pena de comprometer-se a certeza e racionalidade do direito. Como refere Ronaldo Cramer, entre 1235 e 1250, o juiz da *Court of King's Bench*, Henry de Bracton, escreveu o livro *De Legibus*

²¹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 16.

²² Vale registrar a observação de Neil Duxbury no sentido de que, muito embora os autores concordem em geral que a *ratio decidendi* seria a parte vinculativa de uma decisão judicial, não existe acordo sobre o que efetivamente é a *ratio decidendi*, isto é, se melhor seria caracterizada como regra, princípio ou razão incorporada em um caso. Nas palavras do citado autor: “*nobody could say for sure whether the ratio decidendi is best characterized as the rule, the principle, or the reason embodied in a case*”. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 78.

²³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 408-409.

²⁴ *Ibid.*, 2014, p. 414.

et Consuetudinibus Angliae, onde comenta casos julgados (*case law*), já afirmando a importância de se seguirem os precedentes. Fora o livro de Henry Bracton influenciador do hábito de citação de precedentes que, apesar de ainda não obrigatoriamente vinculantes, deveriam ser seguidos por coerência²⁵.

Somente no século XIX é que se estabeleceu formalmente a regra de rigorosa observância das decisões anteriores, tendo o sistema da *common law* existido por longo período sem impor a seus juízes a obrigação de seguir os julgados precedentes. Sobre o ponto, destaca Ronaldo Cramer que a eficácia vinculante dos precedentes judiciais fora estabelecida pela *House of Lords* em 1861, quando do julgamento do caso *Beamish v. Beamish*. No referido julgado, a *House of Lords* afirmou que também se encontrava vinculada a seus próprios julgados anteriores, vindo posteriormente, em 1898, por ocasião do julgamento do caso *London Tramways Company v. London County Council*, a confirmar a regra do *stare decisis*²⁶⁻²⁷. Assim, ainda que se estabeleça de plano a relação entre o *stare decisis* e o sistema da *common law*, por ser uma decorrência lógica para segurança, justiça e igualdade da ordem jurídica, o fato é que o sistema existiu por largo período de tempo sem obrigação de estar o juiz vinculado às decisões anteriores. Nesse sentido, vale destacar as palavras de René David:

A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial. Contudo, a necessidade de certeza e de segurança não foi sentida sempre no mesmo grau, e só depois da primeira metade do século XIX é que a *regra do precedente* (*rule of precedent*), impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores, rigorosamente se estabeleceu. Anteriormente a esta época houve a preocupação de assegurar a coesão da jurisprudência e considerou-se, cada vez mais frequentemente, o que tinha sido julgado para encontrar a solução que comportava um litígio, mas nunca se tinha adotado o princípio de que fosse rigorosamente obrigatório seguir os precedentes²⁸.

Pelo visto, a observância obrigatória do precedente judicial nem sempre foi condição necessária à existência do sistema jurídico *common law*, na tradição anglo-saxã. De fato, como bem destaca Neil Duxbury, “a *common law* não precisa da doutrina do precedente para funcionar”²⁹. Ao contrário, essa tradição jurídica desenvolveu-se por aproximadamente

²⁵ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 16-17.

²⁶ *Ibid.*, 2016, p. 20.

²⁷ Vale registrar a advertência de Ronaldo Cramer, observando que, em 1483, um juiz da *Court of Common Pleas* teria afirmado estar vinculado a uma decisão da *Court of Exchequer Chamber*, tendo que adotar o mesmo posicionamento, apesar de dela discordar. Teria sido a primeira manifestação sobre a vinculação a precedente no direito inglês. *Ibid.*, 2016, p. 19.

²⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 428.

²⁹ Em suas palavras: “*the common law does not need the doctrine of precedent in order to function.*” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 34.

setecentos anos para que se estabelecesse formalmente a obrigatoriedade de vinculação dos juízes ingleses às decisões anteriores sobre causas semelhantes à posta em julgamento³⁰. Considera Willian Pugliese que a nota característica da tradição *common law*, que a diferencia dos sistemas da *civil law*, não é necessariamente a regra do *stare decisis*, a qual se foi estabelecendo ao logo dos anos como necessidade de segurança e coerência do ordenamento jurídico, mas o fato de ter-se desenvolvido a partir de decisões judiciais tomadas como revelação de um direito supostamente fundado em princípios e costumes imemoriais dos ingleses, ou seja, sem vinculação a um corpo de regras ou códigos escritos³¹.

Interessante notar que a revolução social (cultural e política) do século XIX conduz à apresentação de demandas de certeza, segurança e racionalidade tanto para a tradição jurídica continental quanto para a *common law* inglesa. Em verdade, as sociedades jurídicas desejavam elevar o nível de compreensão racional do seu direito, mas acabaram por adotar caminhos diferentes, adequados aos seus respectivos sistemas jurídicos. Se, por um lado, a Europa Continental, a exemplo da França e da Alemanha, apostou no direito legislado, com destaque para o movimento de codificação, pretendendo revelar um direito racional em uma totalidade legislada e sistemática, de onde o magistrado deveria extrair facilmente a solução a aplicar no caso concreto, valendo-se de um mero juízo lógico de subsunção, por outro, a Inglaterra resistiu à sedução das propostas positivistas direcionadas à supervalorização do direito legal. Em contrapartida, como forma de incrementar a segurança e a racionalidade no seu sistema de direito, a tradição inglesa apostou na obrigatoriedade dos precedentes judiciais, firmando expressamente a regra do *stare decisis*.

Não obstante o reconhecimento formal da regra do *stare decisis* apenas no Século XIX, como acima referido, deve-se registrar que, em importante estudo sobre os precedentes judiciais na tradição *common law*, Neil Duxbury argumenta que o principal fator para o surgimento da vinculação aos precedentes judiciais consubstanciou-se na mudança de regras processuais ainda no Século XVI, quando se possibilitou às partes a apresentação de argumentos em favor de suas teses antes da audiência, podendo ainda lançar novos argumentos sobre a suficiência das referidas razões após a prolação do ato decisório. Observa Duxbury que a referida alteração procedimental teria levado os magistrados ingleses a proferirem, com mais regularidade, decisões fundadas em razões. Para o referido autor, foi essa vinculação do ato

³⁰ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 35. (Coleção o novo processo civil).

³¹ *Ibid.*, 2016, p. 34.

decisório a fundamentos que suscitou primeiramente o *stare decisis*, sendo apenas desenvolvido, em seguida, pelo incremento de possibilidade de recursos aos tribunais e do aprimoramento dos meios de registro e consulta aos precedentes. Vejam-se suas palavras:

The principal reason for the emergence of stare decisis, I shaw argue, is the change in the structure of the trial during the sixteenth century: parties began to settle pleadings in advance of the hearing, thus leaving arguments concerning the sufficiency of those pleadings to be addressed post-veredict. A consequence of this development was that judges began more regularly to produce reasoned decisions rather than merely steer parties towards agreement on what we nowadays recognize to be judicial precedent. This process was aided, in due course, by the establishment of reliable, professionally-operated law reports, the development of shorthand and its utilization by reporters and, in the 1870s, the introduction of the hierarchical appellate court system. But these developments consolidated rather than produced the doctrine of stare decisis. The first and crucial stage in the development of stare decisis was that judgements came to be supported by reasons³².

Vale o registro de que, para o direito inglês, nem toda decisão judicial consubstancia precedente obrigatório. Com efeito, apenas os julgados dos tribunais superiores (Câmara dos Lordes, *Court of Appeal*, *High Court of Justice*) apresentam-se como vinculantes para os órgãos judiciários inferiores. As decisões judiciais proferidas pelos demais tribunais poderiam apresentar valor persuasivo, mas não estariam incluídas no conceito de precedentes obrigatórios³³. Vale ressaltar, todavia, que nos primórdios do *case law* inglês, como os precedentes eram considerados meramente ilustrativos, toda decisão anterior inserida nos *pleas rolls* era considerada precedente³⁴. Ademais, como refere Daniel Mitidiero, houve uma evolução no significado do precedente no direito inglês, desde a época medieval ao momento contemporâneo, passando da ilustração à persuasão e, sem seguida, à vinculação. Na origem do *case law*, o precedente surgiu como mera ilustração, ou seja, apenas para demonstrar e explicar o direito aplicado em determinado caso, sem compromisso de vinculação obrigatória. Evoluiu, então, nos séculos XVI e XVII, para uma função persuasiva, sendo tomado como critério para decisão de um caso, desde que o juiz da causa subsequente concordasse com a

³² Em tradução livre: “O principal motivo para o surgimento do *stare decisis*, eu devo argumentar, é a mudança na estrutura do julgamento durante o século XVI: as partes começaram a estabelecer os argumentos antes da audiência, deixando assim argumentos a respeito da suficiência desses articulados para serem abordados após o veredito. Uma consequência desse desenvolvimento foi que os juízes começaram mais regularmente a produzir decisões fundamentadas, em vez de apenas orientar as partes para acordo sobre o que hoje reconhecemos como precedente judicial. Este processo foi auxiliado, no devido tempo, pelo estabelecimento de relatórios legais confiáveis, operados profissionalmente, pelo desenvolvimento da taquigrafia e sua utilização por repórteres e, na década de 1870, a introdução do sistema hierárquico do tribunal de apelação. Mas esses desenvolvimentos consolidaram ao invés de produzir a doutrina do *stare decisis*. O primeiro e crucial estágio no desenvolvimento de *stare decisis* foi que os julgamentos passaram a ser sustentados por razões.” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 25.

³³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 428-429.

³⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 30.

correção e bondade da decisão anterior. Com essa função meramente persuasiva, o precedente ainda não constituía efetivamente direito, já que a sua aplicação ao caso posterior estava condicionada ao acolhimento e concordância do magistrado. Só posteriormente, no século XIX, como acima referido, é que se reconhece formalmente a vinculação obrigatória do precedente³⁵.

O conceito de precedente, no direito inglês, pode ser compreendido como a decisão judicial de órgão de hierarquia superior que vincula os julgamentos posteriores de causa semelhante, estabelecendo a regra jurídica (*legal rule*) para o caso concreto. De forma mais precisa, a regra do precedente não é a própria decisão, mas a sua *ratio decidendi*, ou seja, a regra jurisprudencial determinante do teor do julgado, que se incorpora ao sistema jurídico, impondo a necessidade de ser observada no futuro. Essa regra (*ratio decidendi*) não é indicada expressamente no julgado precedente, que se limita a resolver a causa e apontar a justificativa da decisão, mas sim encontrada pelo jurista incumbido de solucionar uma nova demanda semelhante, o qual deve utilizar-se da “técnica das distinções”³⁶, separando a parte do julgado que é vinculante (*ratio decidendi*) de outras passagens não essenciais para a solução do caso, e, portanto, não vinculantes (*obiter dictum*). Como observam Zenon Bankowski, Neil MacCormick e Geoffrey Marshall, sobre a importância de distinguir *ratio decidendi* de *obiter dictum*, na tradição jurídica inglesa, “*The whole business of legal argumentation in respect of stare decisis is to show what must be followed and what does not count as a precedent*”³⁷. De fato, essa técnica jurídica utilizada para distinguir elementos diversos dos julgados (vinculante e não vinculante) é essencial ao trabalho do jurista da tradição da *common law*, sendo, todavia, estranha à cultura jurídica desenvolvida na tradição romano-germânica.

2.1.2 *Stare decisis no sistema jurídico norte-americano*

A tradição jurídica inglesa da *common law* influenciou diversos países que, em algum momento da história, estiveram sob o jugo colonial inglês. É o caso, dentre outros, dos Estados Unidos da América, com exceção do Estado da Louisiana, do Canadá, salvo em

³⁵ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 27-40.

³⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 430.

³⁷ Em livre tradução: “Todo o trabalho da argumentação jurídica em matéria de *stare decisis* é mostrar o que deve ser seguido e o que não conta como um precedente.” BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 323.

Quebec, da Austrália e da Nova Zelândia³⁸. Em cada uma desses países, o sistema jurídico britânico prevaleceu como influência cultural, mas sempre reformulado a partir das diferenças inerentes à formação de suas respectivas nações.

Neste tópico, a pesquisa se concentra em investigar alguns elementos do direito dos Estados Unidos da América, não somente por sua posição de elevado destaque no mundo contemporâneo, mas principalmente por ter sido fonte de influência e inspiração direta ao direito brasileiro, desde a proclamação da República até os atuais dias. De fato, como se observará mais detalhadamente em outro momento do trabalho, é o solo da América do Norte que reflete para o Brasil algumas luzes da tradição jurídica inglesa, alterando pontos essenciais da concepção de direito próprios da *civil law*, herdados de Portugal, para formatar com alguma originalidade (ou excentricidade) o sistema jurídico brasileiro, na convergência das duas tradições ocidentais. Ademais, impossível, em razão dos limites da presente pesquisa, pretender ir muito além dessa abordagem, pelo que se atentar-se nesse momento apenas ao direito dos Estados Unidos da América.

Conforme acima mencionado, a influência jurídica inglesa mostrou-se ao final vitoriosa nos Estados Unidos da América. Entretanto, a incorporação da tradição *common law* não se deu em sua integralidade, nem sem modificações impostas pela influência de outros países e até de certa oposição à Inglaterra, a qual, por óbvio, fora vista como inimiga pelos colonos, por ocasião da luta pela independência das treze colônias norte-americanas. Inegável que o sistema jurídico americano fora influenciado pelo direito espanhol-mexicano, italiano, holandês e, principalmente, francês³⁹. Note-se que os vínculos com a França foram fundamentais para a independência dos Estados Unidos da América. Assim, o modo inglês de compreender a constituição do direito, os conceitos e categorias jurídicas, foram incorporados à cultura americana, ainda que com algumas diferenças. Como observa Rodolfo de Camargo Mancuso, mesmo em face da colonização pela Inglaterra, a diversidade de condições sócio-econômico-político-culturais dos Estados Unidos da América conduziu a que seu direito não pudesse ser visto “como uma singela *longa manus* da experiência inglesa”⁴⁰. De fato, mesmo tendo seu sistema jurídico inaugurado e fundado por uma Constituição escrita, com a larga

³⁸ CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 136.

³⁹ *Ibid.*, 2012, p. 137.

⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 57.

edição de normas legais, inclusive em formato de códigos, os americanos permaneceram, de forma significativa, vinculados ao modo de pensar inglês, no que se refere ao trato do direito.

Destaca Luiz Guilherme Marinoni ser “provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano”, não servindo, por si só, a quantidade de leis e sua autoridade como critérios para diferenciar o sistema jurídico da *common law* da tradição romano-germânica⁴¹. Com efeito, não é apenas o maior ou menor número de leis ou mesmo o respeito ou a inobservância de regras jurisprudenciais (*stare decisis*) o que define com exclusividade uma tradição jurídica, pois tanto no modelo da *common law* quanto na *civil law* há normas editadas pelo Legislativo e interpretadas pelo Judiciário, assim como regras de maior ou menor vinculação aos precedentes judiciais. A tradição se delinea e se define, também, pela forma de enxergar o fenômeno jurídico, de raciocinar para solução de problemas práticos a partir de conceitos e categorias próprias e do modo de revelação/criação da regra de direito. Ao adotar os conceitos e categorias jurídicas britânicas, sua cultura jurídica e forma de pensar o direito, os Estados Unidos da América vincularam-se à *common law*, mas com modificações inerentes à sua formação histórica.

Observe-se, de início, haver o princípio de que o direito inglês se aplicava aos súditos da Inglaterra, quando estavam em áreas não sujeitas a nações civilizadas, o que era o caso das colônias americanas. Todavia, esse princípio demandava que as regras da *common law* fossem adequadas às condições de vida das colônias, o que na maioria das vezes não acontecia. Com efeito, os colonos americanos, apesar de súditos ingleses, estavam submetidos a um estilo de vida muito diferente do existente na Inglaterra, não só pela vastidão do território colonial, quanto pela estrutura econômica, organização social e nível de conhecimento das regras jurídicas. Nota René David que, como uma reação a decisões arbitrárias de magistrados locais, que decidiam com base em direito rudimentar, os colonos, ao contrário dos ingleses, viam com bons olhos a elaboração de normas legais escritas, o que fez surgir códigos sumários em Massachusetts (1634) e na Pensilvânia (1682)⁴².

Mesmo com a independência americana (1776), a doção de uma Constituição escrita e de diversos códigos em vários Estados, à semelhança do direito francês, os Estados Unidos da América permaneceram vinculados à tradição da *common law*, tendo contribuído decisivamente para isso o aspecto linguístico e a origem britânica do povoamento,

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 34.

⁴² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 449-450.

favorecendo o acolhimento na ex-colônia do modo de pensar o direito corrente na Inglaterra, aprendido através das obras dos autores ingleses, a exemplo de Blackstone e Kent⁴³. Como antes referido, a cultura jurídica inglesa própria da *common law*, ou seja, os conceitos e as categorias jurídicas, a forma de raciocínio para solução das lides e a teoria das fontes normativas, permanecem conduzindo a construção do direito norte-americano, sem desconsiderar as influências da cultura romano-germânica.

Da mesma forma que acontece no direito inglês, ainda que haja uma profusão de normas legais escritas, o jurista americano concebe as regras jurídicas, essencialmente, como emanadas da jurisprudência. A assimilação adequada das leis (*statutes*) no direito norte-americano ocorre somente após serem interpretadas e aplicadas pelos tribunais, passando os juristas a se reportarem aos julgados, e não diretamente à norma legislada. Destaca René David que, inexistindo precedente a tratar da questão, “o jurista americano dirá naturalmente: ‘*There is no law on the point*’ (Não há direito sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que a preveja”⁴⁴. Nota-se, assim, a vinculação americana à forma de raciocínio inerente à *common law*, pretendendo encontrar a norma jurídica no interior dos julgados precedentes, fonte natural e primária de emanção do fenômeno jurídico, e não a extrair diretamente de um estatuto legal, antes da interpretação judiciária. Como refere Robert Summers, inicialmente as cortes de justiça americanas utilizaram-se da regra do *stare decisis* nas áreas tradicionalmente inerentes à *common law*, mas a prática de vinculação a precedentes em seguida foi adotada também no que se refere à interpretação das leis⁴⁵.

Aspecto importante do direito americano é o que se relaciona com a formação e organização político-administrativa e judiciária daquele país. Em verdade, sendo constituído

⁴³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 451-453.

⁴⁴ *Ibid.*, 2014, p. 459.

⁴⁵ “*Early American Courts relied heavily on precedents derived from English common law, especially in decisions affecting traditional common law areas such as contracts, torts, property, and wills and trusts* (FRIEDMAN, 1973, p.282). *American courts soon extended the principle of stare decisis by following precedents interpreting statutes. After the federal and state constitutions were adopted, the federal and state courts began following precedents interpreting constitutions, too.*” Em livre tradução: “Os primeiros tribunais americanos dependeram fortemente de precedentes derivados do *common law* inglês, especialmente nas decisões que afetam áreas tradicionais de *common law*, áreas, tais como contratos, responsabilidade civil, propriedade e testamentos e fundos (FRIEDMAN, 1973, p.282). Os tribunais americanos logo estenderam o princípio de *stare decisis* seguindo os precedentes de interpretação das leis. Depois que as constituições federal e estaduais foram adotadas, os tribunais federais e estaduais começaram a seguir os precedentes que interpretam constituições também.” SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 355.

por vários Estados com elevada autonomia legislativa e judicial, os Estados Unidos da América poderiam apresentar maior dificuldade em assegurar a unidade de seu direito, considerando-se que cada ente da federação tem uma suprema corte, sem se desconsiderar que, ao lado da justiça estadual, há uma estrutura judiciária federal. Nota-se, ainda, que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos já pontuou que não existe propriamente uma *common law* federal (*there is no federal general common law*)⁴⁶. Assim, em face da eventual ausência de lei federal para solucionar determinado caso, um juiz federal deve aplicar o direito estadual, ou seja, as regras normativas da *common law* daquele específico Estado, que pode eventualmente mostrar-se diferente da existente em outra unidade da federação americana, dificultando a compreensão integral e unitária do direito. Apesar dessas dificuldades, haveria um estado de espírito do jurista americano no sentido da unidade do direito daquele país, de forma que, não existindo precedente judiciário no Estado da lide, considera-se normalmente o que fora estabelecido em julgamento ocorrido em outro Estado da Federação⁴⁷.

Quanto ao precedente judicial no direito americano, destaca René David que a regra do *stare decisis*, que ganhou corpo no direito inglês após a segunda metade do século XIX, não tem o mesmo rigor nos Estados Unidos da América, restando enfraquecida pela estrutura federal do país, mostrando-se necessário um certo nível de flexibilidade para evitar grandes diferenças entre o direito em vigor nas várias unidades da federação. Ademais, vale notar que nem o Supremo Tribunal dos Estados Unidos nem os Supremos Tribunais dos diversos Estados americanos encontram-se obrigados a seguir suas próprias decisões, tendo certa liberdade para mudar a jurisprudência⁴⁸. Essas alterações na jurisprudência, importante frisar, não são raras na Suprema Corte americana, consideradas, inclusive, como necessárias e desejadas para alinhar o direito vigente às novas realidades que surgem na sociedade, sendo, para muitos, um fator importante de progresso social, mormente no tocante à cidadania e aos direitos civis. Nesse ponto, importa lembrar que, no direito inglês, a *House of Lords* se considerava obrigatoriamente vinculada a seus próprios julgados desde a segunda metade do século XIX. Somente em 1966, por meio do ato intitulado *Practice Statement of Judicial Precedent*, a *House of Lords* reconheceu que detinha o poder de superar seus próprios precedentes⁴⁹.

⁴⁶DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 468.

⁴⁷ *Ibid.*, 2014, p. 471.

⁴⁸ *Ibid.*, 2014, p. 489-490.

⁴⁹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 22.

Muito embora haja sempre um conflito entre os princípios da segurança jurídica, que demanda estabilidade da regra jurisprudencial, e da justiça, impondo a necessidade de evolução do direito para amoldar-se aos novos ditames da vida social, representando as novas expectativas do justo, a regra de respeito ao precedente permanece vigorando no direito americano. Como acima referido, a *common law* existiu por largo período de tempo, na Inglaterra, sem a consciência da obrigatoriedade de observar as regras jurídicas inerentes aos julgamentos anteriores. O movimento em direção a tornar o direito inglês mais seguro e sistemático, afastando-o das decisões casuísticas arbitrárias, é que direcionou os juristas, no século XIX, a exigirem o respeito aos precedentes, ao passo que o direito francês da mesma época, também buscando evitar o arbítrio e assegurar o respeito à lei, pregava uma aplicação literal das disposições legais, as quais não poderiam ser interpretadas livremente pelos juízes. Nota-se, portanto, que é possível pensar na existência da regra do *stare decisis*, mesmo não se considerando uma rigidez absoluta. É o que ocorre nos Estados Unidos da América.

Conforme referido anteriormente, o direito americano conta com uma elevada quantidade de normas jurídicas produto do Poder Legislativo, semelhantes às produzidas nos países de tradição *civil law*, as quais, segundo parte da doutrina, poderiam modificar e revogar regras estabelecidas em precedentes judiciais, por serem a elas superiores⁵⁰. Todavia, não se pode olvidar que a própria Constituição americana é um típico exemplo de direito escrito, mas que está sujeita à interpretação da Suprema Corte. Ainda que em elevado número, os *statutes* continuam como elementos estranhos ao modelo de direito da tradição *common law*, somente passando a “fazer sentido” para o jurista americano, revelando o real conteúdo deontológico, após interpretados e aplicados em casos reais pelos tribunais de justiça.

Interessante notar que a Suprema Corte americana não se propõe a analisar a constitucionalidade de uma lei de um Estado da Federação, enquanto essa norma legal não for efetivamente interpretada e aplicada pelas jurisdições locais, estabelecendo o seu real significado⁵¹. Nesse modo de compreender a realidade jurídica, a despeito da existência de uma norma legal, a regra de direito somente surge e é incorporada ao sistema jurídico, quando revelado seu conteúdo deontológico pela aplicação judicial em um caso concreto. Nesse ponto, destaque-se que, para Luiz Guilherme Marinoni, quando se trata de precedentes meramente

⁵⁰ CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 134.

⁵¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 504.

interpretativos, ou seja, quando o Judiciário se volta à definição do conteúdo da norma legal por aplicação em um caso concreto, não ocorreria efetivamente criação judicial do direito, porque o direito já existiria, com força normativa⁵². Entretanto, não se pode olvidar a revolução na teoria da interpretação jurídica ensejada pelo acolhimento doutrinário da distinção entre texto legal e norma jurídica, pelo que a norma somente se revelaria como produto do ato interpretativo. Assim, não se pode considerar absolutamente exata essa afirmação de Marinoni, eis que apenas o suporte textual estaria disponível antes do processo de interpretação-aplicação, este último construtor ou reconstrutor do conteúdo deontológico da norma. Com a delimitação da norma pelo Poder Judiciário americano, ou seja, com a interpretação do texto legal, o ato decisório revela a *legal rule*, a qual se incorpora ao sistema jurídico.

Como visto, o direito americano, ainda que claramente vinculado à tradição jurídica inglesa, de onde importou seus conceitos, categorias e forma de revelação das regras normativas, possui características próprias, sendo mais flexível na observação do *stare decisis*, além de mais propenso ao direito escrito. Teriam os norte-americanos um direito de modelo inglês, mas dotado de certas características originais que revelariam um sistema *common law sui generis*⁵³. Importa observar esse aspecto do direito americano que, em alguma medida, se aproxima do modelo jurídico brasileiro, no que diz respeito à herança de uma tradição jurídica arrefecida pela forte influência de outra.

Note-se que, se os Estados Unidos da América utilizam no trato das questões judiciais o arcabouço teórico próprio da *common law*, mas enfrentam problemas inerentes ao sistema romano-germânico, especialmente no que se refere à interpretação de textos normativos, o Brasil é reconhecidamente herdeiro da tradição jurídica romano-germânica, e com base nos seus postulados científicos propõe-se a resolver as dificuldades naturalmente surgidas no ambiente jurídico, ainda que haja em seu ordenamento traços próprios da *common law*, como a maior liberdade judicial frente ao Legislativo, haja vista o controle difuso de constitucionalidade, e a unidade da jurisdição.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 35.

⁵³ CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 138.

2.2 A tradição jurídica romano-germânica e o precedente judicial: da prioridade da lei à importância da jurisprudência em face do constitucionalismo moderno

Conforme registra René David, a família jurídica romano-germânica surge na Europa Continental no século XIII, no mesmo curso do renascimento cultural, que se voltava a valorizar aspectos humanos da antiguidade clássica greco-romana. O ressurgimento das cidades e a intensificação do comércio põem em evidência a busca da regulação jurídica das relações humanas, com o fim de possibilitar segurança e ordem⁵⁴. Nesse sentido, somente um direito fundado nas pretensões de justiça que a razão humana pudesse conhecer poderia atender a esse objetivo. Observa Juraci Mourão Lopes Filho ser a tradição metafísica ocidental que fundamenta filosoficamente a pretensão humana de “criar um Direito universal e atemporal”, por meio da razão, a qual se acreditava poder “acessar a essência das coisas para produzir um conhecimento puro e invariável”⁵⁵, ensejando a posterior centralização do universo jurídico continental no princípio da legalidade.

Importa notar que o sistema jurídico romano-germânico, ao contrário da *common law*, que fora gestada por anos de prática no âmbito dos Tribunais Reais de Justiça, por obra do poder político soberano do rei, surgiu inicialmente sem qualquer apoio de autoridade política, como um projeto cultural comum, no âmbito das universidades da Europa Continental. Com efeito, a tradição romano-germânica fora fundada “sobre uma comunidade de cultura”, existindo “independentemente de qualquer intenção política”, a partir dos estudos levados a efeito nas universidades, com o desenvolvimento de “método apto a destacar as regras de fundo consideradas as mais justas, as mais conforme à moral, as mais favoráveis ao bom funcionamento da sociedade”⁵⁶. Note-se que a pretensão dos professores e estudiosos não era, em verdade, ensinar a prática do direito existente à época, que se mostrava fragmentado, incerto e assistemático, mas sim desenvolver um direito justo, conforme a razão humana. Para a *civil law*, que estava em processo de nascimento, a razão de ser do sistema jurídico era revelar em abstrato a conduta humana correta e exigida pela sociedade, pelo que não se deu maior importância ao processo, ou seja, ao instrumento para se obter a efetiva tutela jurisdicional. O importante era indicar, previamente, a solução justa de um caso em abstrato.

⁵⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 39.

⁵⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 38-39.

⁵⁶ DAVID, René. Op. cit., 2014, p. 41.

É no estudo do direito romano que as universidades concentram seus esforços, dele retirando a base da construção de um modelo de direito racional e justo. Por um lado, o direito romano era admirado enquanto obra de uma grande civilização, com elevação cultural no âmbito jurídico, contrastando com o caráter fragmentário e bárbaro dos costumes locais. Por outro, as compilações de Justiniano, em latim, favoreceram o conhecimento e o estudo das regras jurídicas romanas, retirando qualquer dificuldade de acesso àquele modelo jurídico da antiguidade. Assim, direito romano, ao lado de direito canônico, fora o objeto central de estudo e ensino jurídico, somente de forma tardia vindo a surgir lições de direito nacional nas universidades da Europa⁵⁷. Esse modelo teórico de pensar os problemas jurídicos, desenvolvido no âmbito das universidades do continente europeu, somente em momento posterior é adotado em maior medida como prática jurídica, principalmente a partir do positivismo-exegético pós-revolucionário francês.

Observa-se, assim, que a diversidade de origem impõe marcantes distinções entre a tradição romano-germânica e a *common law*. Além do vocabulário, das categorias e dos conceitos jurídicos serem diferentes nas duas tradições, impondo aos juristas modos diferentes de raciocinar e de atuar em uma ou outra realidade normativa, a formatação do *jus commune* no âmbito das universidades europeias, como um saber científico, orientado, portanto, pela razão, pressupõe que o direito seja, em sua própria natureza, justo. Dessa forma, um sistema de *equity*, paralelo ao sistema jurídico comum, não faria sentido na tradição romano-germânica, já que a noção de direito estrito, descompromissado com a equidade/justiça, não seria compreendida como efetivo direito⁵⁸. Como registrado, as soluções de direito preconizadas pelos estudiosos seriam, em tese, sempre justas, encontrando a justiça do caso respaldo na razão humana, em franco processo de valorização à época.

Estavam os estudiosos das universidades espalhadas pela Europa Continental promovendo uma ressignificação do jurídico, como elemento essencial à vida em sociedade, enquanto promotor da ordem, da segurança e da justiça. A importância desses estudos mostra-se, assim, também em atribuir essa renovada dignidade ao Direito, produto da razão humana mais apto a ordenar a conduta social. Lado outro, os estudos dos romanistas desenvolvem os pressupostos de uma própria ciência do direito, com vocabulário específico, categorias de ordenação das regras e conceitos claros. O objetivo era, como já referido, permitir ao jurista

⁵⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 43.

⁵⁸ *Ibid.*, 2014, p.46.

encontrar a melhor regra de direito para a solução dos problemas⁵⁹. A ciência jurídica, fundada a partir dos estudos do direito romano, entendida por muitos como “razão escrita”, estabelece uma forma própria de raciocinar sobre o direito, que passa a ser compartilhada no continente europeu.

Como se sabe, no século XIX, observa-se na Europa Continental a elaboração de códigos jurídicos (França – 1804; Alemanha – 1896)⁶⁰, como ordenação de regras e princípios de modo pretensamente sistemático para a regulação da vida social, positivando-se normas que deveriam ser justas, por serem produto da razão humana, como preconizavam os estudos universitários. Por outro lado, ao passo em que, supostamente, se trasladava a razão humana à letra da lei, o mundo jurídico da *civil law* passa a confundir o Direito com o produto do trabalho do legislador, ensejando um período de positivismo jurídico com uma atenção quase absoluta à lei. Na visão jurídica positivista clássica, Direito e lei se confundem. Surge o mito que identifica o Direito com a lei, sendo esta a vontade do Estado⁶¹. Tanto que a Escola de Exegese, na França, influenciada pela estrita separação entre as funções de legislar e julgar idealizada por Montesquieu, preconiza a desnecessidade e mesmo a impossibilidade de interpretação dos textos legislativos pelo Judiciário, o qual funcionaria apenas como a “boca da lei” (“*bouche de la loi*”), sob pena de pôr em risco a vontade legal através de distorções hermenêuticas. O fetichismo legal francês tem dois motivos claros. Primeiro, há o pressuposto teórico de que a lei encerraria em si toda a razão jurídica, sendo clara e sistemática. Segundo, há a desconfiança da magistratura pré-revolucionária, por sua ligação histórica com o antigo regime. Sobre o vínculo entre o positivismo exegético francês e os ideais revolucionários, ensejando a supervalorização da lei, vejam-se as palavras de Juraci Mourão Lopes Filho:

O mais expressivo produto da Revolução Francesa é o Estado de Direito, o Estado da Razão e da lei racional imposta por um legislador igualmente racional, representante objetivo da vontade geral. O embasamento teórico para esse pensamento é a crença de que a lei escrita e posta por um ato do Estado seria, assim, o dado objetivo por excelência do Direito, único possível de uma compreensão racional e neutra. Eis o ponto fulcral para compreensão do Estado de Direito de contorno francês: caracterização inicial como um Estado Legislativo compreendido com arrimo em um positivismo exegético⁶².

⁵⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 52-53.

⁶⁰ Ibid., 2014, p. 68.

⁶¹ CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 120.

⁶² LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 35.

Nesse contexto, no que se refere à regra de direito, a tradição romano-germânica diferencia-se da *common law*. De fato, para os juristas da Europa Continental, a regra de direito não seria propriamente a norma reguladora do caso concreto, próxima aos fatos, casuística, como ocorre na tradição inglesa e americana (*rule of law*). Ao contrário, a regra de direito da tradição romano-germânica é concebida como uma regra de conduta, com generalidade e abstração, colocada em um plano superior à aplicação prática pelos tribunais⁶³, não tendo caráter essencialmente contencioso. Ademais, o locus próprio dessa norma geral e abstrata, na visão positivista-exegética francesa, inspirada nas ideias de Montesquieu, é o texto legal. É o Estado Legislativo que avulta, na França pós-revolucionária, expandindo-se em seguida para outros países, como legítimo revelador desse direito pretensamente racional e justo, consistente na idealizada “vontade geral”, plasmada em textos legais. Nesse ambiente de revolução social, a lei surge na França como a promessa de novos tempos para o mundo jurídico, significando um direito racional, assegurador de certeza, segurança e justiça⁶⁴, sendo, portanto, um valoroso contraponto às arbitrariedades atribuídas ao *Ancien Régime*.

Entende René David que essa regra de direito dos juristas continentais “situa-se a meio caminho entre a decisão do litígio, considerada como uma aplicação concreta da regra, e os princípios dotados de elevada generalidade”⁶⁵. Esse caráter de generalidade e abstração impõe que a tarefa essencial do jurista de tradição romano-germânica seja interpretar os textos legislativos, enquanto na tradição *common law*, como já visto, se concentra na técnica da distinção. É a partir da interpretação da moldura legislativa que o juiz alcança a regra a aplicar no caso concreto. Todavia, essa visão da atividade jurisdicional como prática interpretativa permanece de certa forma ofuscada pelo ideal exegético francês, sustentando o dogma de que o magistrado atuaria somente de forma lógico-dedutiva, ou seja, a partir da premissa legal, encontraria a resposta ao caso concreto por mera dedução, colhendo do catálogo normativo, em forma de código, a resposta previamente formulada a encaixar no mundo dos fatos revolvidos na lide posta em juízo. Não havia, nesse modelo original extremado, espaço para criatividade na atuação judicial, vista somente com o fim de declarar, sem interferência interpretativa, o direito preexistente imposto pelo Legislador. Nesse contexto é que surgem as

⁶³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 101.

⁶⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão, **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 36-37.

⁶⁵ DAVID, René. Op. cit., 2014, p. 103.

cortes de cassação, com o fim de controlar a interpretação judicial, anulando decisões que fossem além da mera enunciação do direito legislado⁶⁶.

A postura de pretender englobar num corpo de normas escritas e ditadas por um legislador racional todas as previsões sobre as condutas humanas juridicamente relevantes faz da *civil law* um sistema fechado⁶⁷ e centralizado na lei. Deve-se observar que, no caso brasileiro, é a própria lei que regula as fontes secundárias a serem consultadas pelo magistrado em caso de lacuna legal. Nesse ponto, é sintomático que o art. 4º do Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) trate como fontes secundárias aptas à integração do sistema jurídico a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, mas em momento algum se refira à jurisprudência. Como observa Weber Luiz de Oliveira, quando o sistema jurídico da tradição *civil law* permite a vinculação à jurisprudência, o faz por meio de norma legal ou constitucional, como se deu com a súmula vinculante (art. 103-A, CF) e a regulação dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015⁶⁸. Ou seja, a centralidade no legislador impõe a autorização deste (ou do constituinte derivado) para que se utilize a fonte jurisprudencial, na pretensão de que o Judiciário não exerça atividade criativa, mas apenas colha das previsões legais a solução a aplicar nos casos concretos, por mero juízo lógico-dedutivo.

Todavia, a construção do raciocínio jurídico nem sempre se mostra simples e direta. Não se dá, em grande número de casos, a partir de um simples exercício de lógica, na forma de um silogismo, em que a norma jurídica exposta na lei seria a premissa maior, os fatos da causa, a menor, ensejando uma conclusão facilitada pela rápida subsunção. O fato é que não se aplica uma norma legal (dispositivo) isolada, mas sim um conjunto de disposições normativas interligadas em um sistema jurídico. Para uma mesma conclusão, apresentam-se com fundamento da decisão judicial os dispositivos de uma determinada lei, os princípios expostos na Constituição, a linha de entendimento jurisprudencial sobre casos semelhantes, e a compreensão da doutrina quanto à matéria. Ademais, mesmo em se tratando de um sistema jurídico da tradição *civil law*, onde releva em importância a normatização imposta pelo Poder Legislativo, não mais se imagina que a lei (*stricto sensu*) seria suficiente a assegurar a

⁶⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Op. cit., 2016, p. 40.

⁶⁷ OLIVEIRA, Weber Luiz. **Precedentes judiciais na administração pública**: limites e possibilidades de aplicação. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 43.

⁶⁸ Ibid., 2016, p. 45.

previsibilidade, certeza e segurança jurídica nas decisões judiciais⁶⁹. O desafio dos juristas da tradição romano-germânica há muito não é o reconhecimento da lei como fonte primordial do direito, mas sim a definição correta do conteúdo (sentido) do texto normativo, a partir de critérios que permitam a aferição racional e possam refrear o excesso de discricionariedade na escolha do significado da norma.

Como acima referido, no início da era moderna, o espírito revolucionário francês, animado pelo racionalismo iluminista e imbuído do propósito de satisfazer a necessidade de previsibilidade e segurança jurídica, elevou a lei a fonte exclusiva do direito. Como produto da vontade da maioria do povo, a lei se confundia com o direito e conteria todo o sentido do jurídico, naquilo que a doutrina denominou de “fetiche da lei”⁷⁰. O Poder Legislativo, com a legitimação popular, é que exerceria uma função efetivamente criativa do direito. Por outro lado, ao Judiciário caberia apenas a identificação fática das situações conflituosas e sua correta acomodação por meio da técnica de subsunção ao direito legislado⁷¹. Havia a expectativa de que a completude de um corpo de leis claras pudesse estabelecer a certeza, previsibilidade e segurança jurídica necessárias às relações sociais em ambiente de florescimento econômico⁷², restando pouca ou nenhuma margem de discricionariedade ao aplicador da lei, que sequer estaria legitimado a interpretá-la. A lei conteria – aos olhos da Escola de Exegese – o integral parâmetro para a decisão judicial, sendo bem nítidas e distintas as funções de criação do direito, a cargo do Legislador, e a mera aplicação da norma jurídica às situações litigiosas, pelo julgador. Sobre o ponto, vejam-se as palavras de Leonard Ziesemer Schmiz:

O Poder Legislativo, que recém havia conquistado seu espaço na manutenção da democracia francesa, passou a ter o monopólio da produção do Direito. Nesse contexto surgiu a ‘*École de l’exégèse*’, que é o resultado do Código Napoleônico (1804), editado e promulgado para consolidar um novo regime que ali se iniciava e que enxergava o Direito como a mera reprodução, na prática, do que previam os dispositivos legais. ‘Lei’ e ‘Direito’ foram reduzidos a uma só coisa, e ao julgador caberia apenas verificar, no contexto fático que lhe era apresentado, qual dispositivo legal seria aplicável. Todo esforço hermenêutico teria sido feito, acreditava-se, pelo Legislador, e o Código era um texto onipotente, basicamente livre de lacunas⁷³.

⁶⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 61.

⁷⁰ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 68.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 148.

⁷² *Ibid.*, 2014, p. 149.

⁷³ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

De todo modo, a tradição *civil law* não pôde manter viva por muito tempo a ideia de ter uma separação estanque entre as atividades de legislar e aplicar judicialmente o direito. Com efeito, ao longo dos anos, evidenciou-se um alargamento das funções criativas (ou reconstrutivas) do aplicador da lei, ao passo que o legislador nunca fora realmente capaz de prever todas as hipóteses possíveis de ocorrer na prática do mundo da vida nem de determinar o sentido único e inequívoco da disposição legal por ele criada. Verificou-se que, na realidade, a interpretação levada a efeito pelo juiz não pode ser visualizada como atividade meramente declaratória da norma jurídica, sendo inerente à aplicação do direito um certo nível de criatividade, concernente à (re)construção⁷⁴ da norma a incidir no caso. Como observa Francisco Gérson Marques de Lima, a lei isolada não apresenta força, “e enquanto os tribunais não a interpretam, pouco se entende sobre seu real sentido”⁷⁵.

O crescimento da liberdade criativa dos juízes no mundo ocidental foi destacado por Mauro Cappelletti como tendo sido causado, sob certo aspecto, por uma “revolta contra o formalismo”, seja em face do “formalismo do *case method*”, nos Estados Unidos da América, seja contra o positivismo jurídico de inspiração francesa, ou mesmo contra o “formalismo ‘científico’ e conceitual” da Alemanha⁷⁶. De outro lado, essa referida rejeição ao formalismo vem acompanhando as mudanças no papel do direito e do Estado, mormente a partir da elevação do nível de influência estatal exigido pelo denominado *welfare state*⁷⁷, onde os direitos sociais estabelecidos exigem atuação muito mais proativa do ente estatal. A efetivação dos direitos sociais impõe ao julgador modo diferenciado de decidir, e maior criatividade em face das omissões tanto do legislador quanto do administrador. Por certo, a elevação do nível de ativismo judicial nessa seara desperta forças que, em sentido contrário, buscam refrear posturas exageradas de discricionariedades que possam conduzir a arbitrariedade. Sobre o papel criativo na atividade jurisdicional, interessantes as palavras de Mauro Cappelletti:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas

⁷⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia falibilista e teoria do direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**, ano 3, n.1, 2014, p.239. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00197_00260.pdf> Acesso em: 26 maio 2016.

⁷⁵ LIMA, Francisco Gérson Marques de. A jurisprudência como fonte do direito. **Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v.11, n.1/2, p. 249-263, 1992.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31-32.

⁷⁷ *Ibid.*, 1993, p. 35.

abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes⁷⁸.

No que se refere à tradição jurídica romano-germânica, Juraci Mourão Lopes Filho destaca a crise surgida no âmbito do Estado legislativo, que se propôs como único centro irradiador da criação jurídica. Como visto, a segurança e certeza jurídica deveriam ser garantidas, nesse modelo, pela submissão dos juízes à letra da lei, impedidos que estavam de afastar-se da estrita literalidade por recursos hermenêuticos. Essa crença na possibilidade de assegurar previsibilidade ao direito por meio de amarras interpretativas colocadas aos magistrados aos poucos vai sendo vencida pela realidade. Como elemento fomentador dessa crise, pondo em xeque o dogma da supremacia legal, Lopes Filho destaca o incremento da heterogeneidade dos parlamentos, no início do século XX, quebrando a unidade do ideário liberal, substituído cada vez mais por demandas sociais, o que conduziu ao rápido envelhecimento das leis, cujas estreitas margens não mais podiam impedir o alargamento dos poderes dos magistrados na interpretação dos textos legais. Do mesmo modo, dos escombros do típico Estado Liberal, erigia-se o Estado social intervencionista, mais poderoso em razão da necessidade de dar vãsão a políticas de implementação dos direitos sociais, conduzindo ao crescimento do Poder Executivo, que acabou assumindo importante função na produção normativa, por meio de delegação legislativa⁷⁹. Note-se, nos dias atuais, a importância assumida pelas medidas provisórias no direito brasileiro.

Vale destacar, também, o grande impacto causado pelo constitucionalismo na visão tradicional da jurisdição típica do Estado Legislativo. Com efeito, em face da rigidez das Constituições, que passam a assumir o ápice do sistema normativo, a lei perde seu posto de supremacia, devendo curvar-se à Constituição. Dessa forma, o Poder Legislativo passa a encontrar limites mais estreitos para a sua atividade, pois o produto de sua vontade, ou seja, a lei, somente tem sua validade reconhecida se compatível com os princípios constitucionais⁸⁰. Nesse sentido, observa Luiz Guilherme Marinoni que houve uma clara transformação da concepção de direito e de jurisdição na *civil law* em razão do constitucionalismo, pois “se o

⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., 1993, p. 42.

⁷⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 41-45.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 56-57.

direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição”⁸¹. Note-se que, nessa óptica própria do constitucionalismo, a fonte primordial do mundo jurídico é o Texto Constitucional, devendo o juiz da tradição romano-germânica observar a lei, mas sempre à luz da Constituição, com base na qual deve exercer sua atividade interpretativo-aplicativa. Assim, podendo subir um degrau acima da lei, o julgador depara-se com maior espectro de possibilidades interpretativas, mormente em se considerando o caráter pouco denso e eminentemente principiológico das normas constitucionais.

Ainda, com a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis, o Judiciário da tradição *civil law* encampa maiores poderes no que se refere à modelagem das normas jurídicas, abandonando de vez a condição de mero repetidor das fórmulas adrede preparadas pelo legislador, para assumir a função de real censor da atividade legislativa, no que se refere à sua compatibilidade com a Constituição. Podendo afastar a aplicação da lei em um caso concreto, subindo os olhos ao texto constitucional, para dele retirar diretamente a norma jurídica que regulará o caso em julgamento, o magistrado tem então reconhecida larga margem de possibilidades interpretativas, o que, sem dúvida, conduz a maiores incertezas sobre o conteúdo do direito. Quando se olha para o caso brasileiro, em que o controle difuso de constitucionalidade permite aos juízes de qualquer instância deixar de aplicar a lei que considera inconstitucional, pode-se perceber o efeito que esse modelo gera para a igualdade e a racionalidade da prestação jurisdicional.

Em face do impacto do constitucionalismo e do sistema de controle de constitucionalidade, é que Luiz Guilherme Marinoni destaca a aproximação do modelo de juiz da tradição *civil law* com o juiz da *common law*, ambos com importante papel no processo de criação do direito, contrariando o ideal do positivismo-exegético francês. Para referido autor, o apego dogmático à rígida separação dos poderes-funções, como se o Judiciário permanecesse na postura de servo da óptica legislativa, impediria a exata compreensão da necessidade de adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais na *civil law*. Vejam-se suas palavras:

A dificuldade em ver o papel do juiz sob o constitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 58.

das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes na *civil law*⁸².

Em verdade, a vedação à interpretação da lei pelo julgador como critério para segurança jurídica efetivamente não apresenta potencial de sucesso, eis que sempre houve uma margem de liberdade interpretativa daquele que aplica um dispositivo legal. Aliás, é inafastável da condição humana a interpretação dos textos com que se depara, para deles extrair algum sentido, não sendo diferente em se tratando de texto normativo. Ressalte-se, por importante neste ponto, a maior dificuldade de encontrar-se o sentido e o alcance exato das normas inseridas na Constituição, quando da análise de sua incidência em um caso concreto. Com efeito, conforme ressalta Paulo Bonavides, tais comandos normativos, por força do caráter político de que se revestem em razão de seu conteúdo, afastam-se dos tradicionais métodos empregados para a interpretação das outras normas jurídicas, que estariam em um “círculo menos sujeito a incertezas e dificuldades”⁸³.

De fato, ponto relevante, nessa questão, diz respeito à atribuição de sentido às normas definidoras de direitos fundamentais no momento da decisão judicial proferida em processo instaurado para a sua tutela, mormente por serem muitos deles previstos como princípios e, ainda, poderem conflitar com outros direitos de mesma natureza, conduzindo o intérprete a adotar práticas hermenêuticas que levem à harmonização ou concordância prática⁸⁴ na situação concreta. Considere-se que os direitos fundamentais, verdadeiras conquistas da modernidade em favor do ser humano, demandam novas propostas interpretativas, em razão da maior abstração e generalidade das normas definidoras, mais ainda quando são calcadas em princípios. Como é sabido, os métodos ditos “tradicionais” de hermenêutica mostraram-se logo inadequados ou pelo menos insuficientes ao labor do jurista, para lidar com a realidade principiológica. Os direitos fundamentais, como destacado por Robert Alexy, têm duas construções distintas: uma “estreita e rigorosa”, relativa às normas regra; outra “larga e ampla”, concernente às normas princípio, com implicação necessária no processo interpretativo. Assim, segundo entende Alexy, no caso de colisão entre normas da segunda espécie, seria necessário recorrer à ponderação⁸⁵.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 60.

⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 131-132.

⁸⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 61.

⁸⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Org. e Trad. de Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 108.

Como visto, nos sistemas jurídicos da família romano-germânica, a lei inicialmente se mostrou o principal elemento de revelação do direito, sua fonte primária. Por essa tradição, o jurista sempre se volta ao direito legislado para buscar o suporte das soluções jurídicas encontradas para os casos concretos, sob pena de ver sua conclusão tida por arbitrária, ainda que se tenha consciência, na atualidade, superando o positivismo clássico, que direito e lei não se confundem de forma absoluta, havendo outras fontes a serem observadas. Com o constitucionalismo e a proliferação de constituições escritas, observou-se a construção teórica de sistemas jurídicos constituídos por direito escrito em fontes hierárquica e sistematicamente ordenadas, partindo-se da Constituição para a lei, desta para os regulamentos etc. Desse manancial de direito escrito e obrigatório em abstrato, é que o jurista da *civil law* busca extrair a norma reguladora dos casos concretos, através de interpretação dos textos normativos. Ademais, nessa visão, mesmo quando se observa o valor da fonte jurisprudencial, de regra essa força é vinculada à própria norma positiva. De fato, segundo Michele Taruffo e Massimo La Torre, na *civil law* italiana, os precedentes constituem um meio para a compreensão da própria regra jurídica interpretada, e não uma substituição aos códigos, às leis ou à Constituição. Em suas palavras:

The reference to precedent is not an alternative to reference to codes, statutes or constitution. On the contrary, precedent is very often a sort of medium for the reference to codes, statutory provisions and constitution. Judges, rather infrequently refer to a 'pure' rule, in its original textual terms. In fact this happens only when 'literal argument' is used, or when the statute is new and no case law yet exists. But very frequently the rule is considered, analysed and interpreted by means of the discussion of precedents concerning it⁸⁶.

Não obstante, como antes mencionado, superada a visão do positivismo jurídico clássico, com a ficção de que a lei seria fonte absoluta do direito, a doutrina da tradição romano-germânica passou a reconhecer, ainda que em um plano secundário, outras fontes de onde emanam elementos jurídicos, dentre elas, a jurisprudência. Com efeito, se o direito não se confunde em absoluto com a lei, e se a regra de direito desponta como um elemento geral e abstrato, longe dos fatos concretos, é a mediação hermenêutica levada a efeito pelo juiz que transmuda o texto legislado na norma concreta que regulará a situação real deduzida em juízo.

⁸⁶ Em livre tradução: “A referência ao precedente não é uma alternativa à referência a códigos, leis ou Constituição. Pelo contrário, o precedente é muitas vezes uma espécie de meio de referência para códigos, disposições legais e Constituição. Os juízes, muito raramente, se referem a uma regra ‘pura’, em seus originais termos textuais. Na verdade, isso acontece somente quando o ‘argumento literal’ é usado, ou quando a lei é nova e ainda não existe jurisprudência sobre ela. Mas, com muita frequência, a regra é considerada, analisada e interpretada por meio da discussão de precedentes a seu respeito. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 152

O afastamento do mito da lei permite à própria doutrina reconhecer nessa atividade interpretativa um papel criativo à jurisprudência.

No papel de intérprete oficial do direito escrito, favorecido pela abertura de métodos hermenêuticos preconizados por diversas escolas que surgem, com propostas de sistemas interpretativos cada vez menos dogmáticos e mais abertos à atividade criadora ou atualizadora do juiz, a exemplo do sistema Histórico-Evolutivo, da Livre Investigação Científica do Direito e do Direito Livre⁸⁷, bem como, em face dos efeitos do constitucionalismo, o Poder Judiciário vai se firmando como um ator fundamental na revelação das normas jurídicas. Ao tempo em que se liberta de uma doutrina que, a pouco tempo, exigia a exegese praticamente literal dos textos normativos, a jurisprudência da Europa Continental passa a desempenhar papel abertamente fundamental para a evolução do direito e da sociedade. Em alguns países, como a Alemanha, a fonte jurisprudencial se mostra cada vez mais importante, a ponto de serem frequentes as referências a decisões anteriores na fundamentação de novos julgados. Assim, ainda que negado por parte da doutrina, o poder criativo da jurisprudência é sentido na prática, mostrando-se necessário o desenvolvimento de processos para uniformização do direito jurisprudencial, sob pena de prejuízo à segurança jurídica e à certeza⁸⁸.

Não obstante esse papel explicitamente criativo da jurisprudência, as decisões judiciais na tradição romano-germânica permanecem, em regra, como não vinculativas de novos julgados, pois, como acima observado, a norma jurídica é colhida diretamente do direito escrito e legislado, por meio de processos interpretativos. A solução encontrada em um caso concreto, por decisão de um juiz, como regra, não obriga o magistrado prolator do julgamento futuro, que deve se reportar novamente ao sistema jurídico em abstrato, podendo olvidar a decisão judicial precedente ou, quando muito, referir-se a ela como elemento de reforço argumentativo, de mera persuasão. Em verdade, mesmo quando se assegura a vinculação a decisões judiciais nos países da tradição romano-germânica, a doutrina tende a considerar que a força do precedente decorre da própria norma jurídica interpretada. Nesse sentido, observam Alfonso Ruiz Miguel e Francisco J. Laporta, quanto à vinculação da força dos precedentes dos tribunais espanhóis à própria lei: “*the bindingness or force of precedent is*

⁸⁷ MAGALHÃES FILHO, Glauco B. **Curso de hermenêutica jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 84.

⁸⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 158-159.

*in Spain general dependent on the pre-existence of enacted norms which the precedent interprets*⁸⁹.

De toda sorte, como exceção, é possível observar em países da tradição romano-germânica normas tornando “obrigatório para os juízes seguirem determinado precedente, ou linha de precedentes”⁹⁰, como ocorre na Alemanha, quanto às decisões do Tribunal Federal Constitucional, assim como na Suíça, em Portugal, na Argentina e na Colômbia, com relação a certos julgados das respectivas Cortes Supremas, além de, mais recentemente, no Brasil. Ou seja, mesmo vista tradicionalmente como fonte secundária na doutrina, a jurisprudência exerce função essencial na revelação do direito nos países da *civil law*, de modo a tornar desejável, em favor da segurança e estabilidade na compreensão do fenômeno jurídico, a obrigatoriedade de seguirem-se alguns precedentes.

2.3 A compreensão da jurisprudência e do precedente judicial na cultura jurídica brasileira contemporânea: sobre a aproximação das duas tradições jurídicas ocidentais

A história de sua formação político-cultural lançou o Brasil naturalmente no domínio da tradição jurídica romano-germânica. Tendo sido colonizado pela metrópole lusitana, o território brasileiro acolheu uma população cujas estruturas sociais moldaram-se sob o impacto de um Estado legalista, sendo desconsiderados como valiosos, a princípio, elementos deontológicos consuetudinários ou a decantação paulatina dos arestos dos tribunais. Por certo, a fonte primária do direito sempre foi o próprio Estado, que o revela através de elementos formais, como leis, decretos, etc. Ademais, a formação dos juristas brasileiros sofreu influência da Europa Continental, com valorização dos textos normativos estatais e dos correspondentes estudos doutrinários. Não se mostrou de suma importância para os estudiosos e práticos do Direito, por bastante tempo, a consulta a repertórios de julgados dos tribunais, havendo séria resistência doutrinária a considerar a jurisprudência como fonte normativa primária.

Essa pouca consideração dos julgados pretéritos para a determinação do direito a ser aplicado em novas causas foi sentida por quase todo o período da história nacional, tendo

⁸⁹ Em livre tradução: “a vinculação ou a força do precedente é, na Espanha, dependente em geral da pré-existência de normas promulgadas que o precedente interpreta”. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 277.

⁹⁰ DAVID, René. Op. cit., 2014, p. 160.

reflexos até os dias atuais, ainda que amenizada pelas mudanças ocorridas após a segunda metade do século passado, quando a referência aos acórdãos dos tribunais passou a ser mais comumente utilizada na prática forense para justificar pretensões e fundamentar novas decisões judiciais. Referia-se à jurisprudência, no mesmo sentido da pretensão ou do entendimento judicial, como elemento de persuasão, de mero reforço argumentativo quanto à correção do pedido ou do dispositivo da decisão, mas praticamente sem qualquer alusão à obrigatoriedade de seguir-se naquela mesma direção. Note-se que, mesmo em caso de lacuna legal, o sistema jurídico não apontava a jurisprudência como fonte subsidiária à integração do sistema, constando no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942), referência à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, mas sem qualquer alusão aos julgados precedentes.

Muito embora a origem histórica da civilização brasileira não deixe dúvida sobre a filiação primária ao direito europeu-continenta, o que também resta claro pela própria compreensão do fenômeno jurídico e da forma de resolução de problemas prático-legais, há autores que observam certa simbiose, no Brasil, entre as tradições *civil law* e *common law*, por influência dos Estados Unidos da América. De fato, não se pode negar que o sistema jurídico brasileiro, ainda que fundado na tradição jurídica legalista do *civil law*, sofreu significativa influência do constitucionalismo americano, do qual herdou características de relevante importância, a exemplo do sistema uno de jurisdição – sem divisão entre contencioso cível e administrativo própria do sistema duplo da Europa continental –, e a revisão judicial como modelo de controle do poder (*judicial review*)⁹¹. Ademais, foi incorporado ao sistema constitucional brasileiro, por influência da tradição jurisprudencial norte-americana, o controle difuso de constitucionalidade (por via de exceção), ao lado de um modelo concentrado, permitindo a todos os juízes, em qualquer instância, a aferição de eventual incompatibilidade da lei com a Constituição. Mais recentemente, com a Emenda Constitucional n. 45/04, foram estabelecidas as súmulas vinculantes, incorporando o espírito do *stare decisis*⁹². Tais influências do modelo constitucional norte-americano foram destacadas por Hermes Zaneti Jr., que caracterizou o sistema jurídico brasileiro como híbrido, em razão da imbricação de aspectos do modelo legalista e de características próprias do *common law*. Sobre o ponto, vejam-se as palavras do citado autor:

⁹¹ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 30.

⁹² *Ibid.*, 2016, p. 63.

Da ligação entre um sistema da legalidade (*L'État Légal* e *Rechtsstaat* – códigos e predominância do Poder Legislativo) e um sistema de controle de poder baseado na Constituição Norte-Americana e no *common law* (*Rule of Law* – controle dos poderes e vinculatividade das decisões judiciais em um sistema de freios e contrapesos) surgiu a particularidade híbrida do ordenamento brasileiro. Em decorrência da influência norte-americana, também foi incorporado o sistema inglês de unidade da jurisdição. Ocorre, assim e como consequência, a plenitude do acesso à jurisdição, como garantia primeira da Constituição, na proteção do cidadão contra lesão ou ameaça de lesão a direito. Essa plenitude resta potencializada pelo monopólio que o Poder Judiciário exerce sobre a jurisdição⁹³.

Todavia, é certo que, em alguma medida, mesmo antes da proclamação da República e da formalização dessa referida influência do constitucionalismo norte-americano, o direito brasileiro conviveu com algum efeito normativo de decisões de tribunais, principalmente no que se refere à resolução de contenda quanto à interpretação de normas legais e constitucionais. Como refere Caio Márcio Gutterres Taranto, desde a época do descobrimento até a fase do Império, vigoraram no território brasileiro os assentos da Casa de Suplicação de Lisboa que tinham por finalidade solucionar dúvidas surgidas na interpretação das leis (Ordenações do Reino) por ocasião de julgamentos pelos Desembargadores. Os assentos, cuja previsão já constava nas Ordenações Manuelinas de 1512, consistiam em “orientações interpretativas de seguimento obrigatório por parte dos juízos inferiores”, tendo sido reafirmados pela Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, e permanecido com algum efeito no Brasil, mesmo após a independência, em razão do Decreto n. 6.142, de 10 de março de 1876⁹⁴. Não obstante seu caráter vinculante, os assentos eram elementos excepcionais, dirigidos à interpretação de normas legais.

Após a proclamação da república, e instituída a Justiça Federal, estabeleceu-se no país, por meio do Decreto n. 484, de 11 de novembro de 1890, e depois confirmada pela Constituição de 1891, a fiscalização judicial de constitucionalidade das leis, mas apenas em caráter incidental, por inspiração no *judicial review* norte-americano, todavia sem efeito vinculante, pela não adoção da doutrina do *stare decisis*. Conforme refere Taranto, os precedentes judiciais encontravam-se em desprestígio no país, mormente em face de o movimento republicano ter sido erigido sob influência do positivismo filosófico e também jurídico, pondo a lei como fonte exclusiva do direito⁹⁵. O que veio a surgir no período foram previsões legislativas para uniformização de jurisprudência, em razão de divergência de entendimento, nos códigos de processo civil estaduais, assim como, em 1926, por Emenda

⁹³ ZANETI JR., Hermes. Op. cit., 2016, p. 59.

⁹⁴ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24-27.

⁹⁵ Ibid., 2010, p. 28-29.

Constitucional, a possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal para uniformizar interpretação de lei federal em caso de divergência nos tribunais locais. Ademais, o Código de Processo Civil de 1939 estabeleceu em seu artigo 861⁹⁶ o incidente denominado de prejudgado, destinado a solucionar divergência de interpretação entre os órgãos fracionários de um tribunal. O instituto do prejudgado também foi previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452/43), mas com maior força normativa e vinculante, até ser negado esse caráter geral e abstrato de vinculação no julgamento da Representação por Inconstitucionalidade n. 946, pelo Supremo Tribunal Federal, em 12 de maio de 1977⁹⁷.

Momento importante para a compreensão da história da jurisprudência como fonte do direito no Brasil é a instituição das súmulas pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 1963. Como refere Vanessa Maria Feletti, as súmulas surgiram de um projeto do Ministro Victor Nunes Leal, que tinha por finalidade prática promover a organização e facilitar a consulta à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, não somente para estudantes e advogados, mas para os próprios Ministros daquela Corte Suprema, que também tinham dificuldade na identificação das matérias já pacificadas⁹⁸. Na visão do Ministro Victor Nunes Leal, a criação da súmula objetivava estabelecer um sistema oficial de referência aos precedentes da corte, permitindo distinguir a jurisprudência já consolidada, possibilitando a abreviação de julgamento de casos repetitivos, além de evitar soluções jurídicas não isonômicas⁹⁹. Todavia, como se sabe, as súmulas não tinham inicialmente qualquer efeito vinculante, sendo tão-somente persuasivas, isto é, apesar de representarem um extrato (enunciado) da jurisprudência pacificada no mais elevado tribunal do país, não tinham força de promulgação que lhes outorgasse autoridade, nem a cultura jurídica nacional, forjada no paradigma do positivismo legalista, reconhecia a obrigatoriedade de serem observadas pelas instâncias inferiores do Judiciário.

Conforme anota Caio Márcio Gutterres Taranto, foi a introdução do controle concentrado de constitucionalidade, a partir da Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, que fez surgir no direito brasileiro “os precedentes judiciais

⁹⁶ CPC/39: “Art. 861. A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas”.

⁹⁷ TARANTO, Caio Márcio Gutterres, op. cit., 2010, p. 36-37.

⁹⁸ FELETTI, Vanessa Maria. **Súmulas vinculantes, hermenêutica e jurisdição constitucional**: um estudo sobre a interpretação e aplicação das súmulas vinculantes sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais na tarefa de julgar. Campinas: Servanda, 2013, p. 77.

⁹⁹ Ibid., 2013, p. 80-81.

originariamente objetivos”, permitindo que, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal reconhecesse, nos julgamentos afetos ao controle abstrato, a eficácia *erga omnes*¹⁰⁰. De outra parte, vale ainda registrar que o Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 479¹⁰¹, estendeu a todos os tribunais nacionais a possibilidade de edição de súmulas, por ocasião da uniformização da jurisprudência. Note-se que, muito embora dissesse respeito à interpretação do direito pacificada no âmbito de determinado tribunal, e referido como precedente pela própria lei processual, o julgamento objeto da súmula não tinha força vinculante.

Lado outro, com a Constituição Federal de 1988, alargou-se no Brasil o campo propício para o desenvolvimento do potencial normativo dos precedentes judiciais, seja em razão da necessidade de “filtragem constitucional” dos textos legais, sejam pela maior fluidez das normas principiológicas, demandando incremento no esforço interpretativo-argumentativo dos julgadores na delimitação de sua concretude. Segundo Caio Márcio Gutterres Taranto, com a nova ordem constitucional, o Supremo Tribunal Federal apresenta evolução jurisprudencial, utilizando-se da técnica da interpretação conforme, empenhando-se “em decantar os elementos dos precedentes projetando a *ratio decidendi* para além da parte dispositiva do julgado, rumando-se para a cristalização da transcendência dos motivos determinantes, mesmo que, para tanto, venha a editar súmulas vinculantes”¹⁰². De fato, não somente o texto da Constituição Federal de 1988, mas o próprio constitucionalismo contemporâneo tende a incrementar os poderes jurisdicionais, na medida em que enfraquece as rígidas fronteiras legais, que passam a ser tuteladas por normas principiológicas supralegais, sob o crivo judicial. Nesse sentido, é que Amilcar Araújo Carneiro Júnior destaca que, em razão do neoconstitucionalismo, o sistema jurídico brasileiro se aproximaria e dialogaria com a *common law*, valorizando-se a jurisprudência criativa e o precedente como fonte normativa¹⁰³. Em estudo sobre a jurisprudência como fonte do direito, bem antes da idealização dos parâmetros do novo diploma processual civil, Francisco Gérson Marques de Lima observava o caráter normativo da jurisprudência, especialmente sumulada. Segundo observa Marques de Lima, “as Súmulas constituem fontes do direito, porquanto satisfazem

¹⁰⁰ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 39-40.

¹⁰¹ CPC/73: “Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante”.

¹⁰² TARANTO, Caio Márcio Gutterres. Op. cit., 2010, p. 43.

¹⁰³ CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 186.

aos requisitos de certeza, segurança e vincula (não radicalmente) o juiz, direta ou via transversal, seguindo os passos da lei¹⁰⁴. Com efeito, a nova concepção do direito não consegue encaixá-lo com perfeição em nenhuma moldura rígida, sendo a própria atividade jurisdicional responsável por parte da modelagem deontológica. Logo, surge a necessidade de algum parâmetro para controle da prática interpretativo-aplicativa.

Não há dúvida de que, se já não fosse suficientemente grave a desesperança positivista quanto à previsibilidade da conduta correta a partir do direito legislado, o constitucionalismo lançou novos desafios à atividade interpretativa/aplicativa das normas jurídicas, ao retirar a lei do pedestal em que fora colocada como ponto inicial do processo interpretativo. A supremacia do Legislativo idealizada pelo espírito iluminista francês restou sensivelmente reduzida na medida em que crescia a importância da Constituição como fonte primordial do Direito. O constitucionalismo – principalmente de matriz americana – permitiu que o Judiciário passasse de mero cumpridor do direito criado pelo Legislativo para real censor da atividade legislativa, verificando a compatibilidade da lei criada com as diretrizes constitucionais, podendo excluir do mundo jurídico – como uma espécie de legislador negativo – as normas legisladas que fossem incompatíveis com a Constituição. Assim, ao buscar fundamento para suas decisões em um nível acima do direito legal, ou seja, diretamente da Constituição, o julgador depara-se com mais amplas possibilidades hermenêuticas, mormente em face do controle difuso de constitucionalidade, como existe no Brasil.

A ampliação dos poderes de interpretação do juiz brasileiro e a insuficiência do modelo legalista do positivismo, em razão do constitucionalismo pós-moderno, especialmente com o permissivo de controle difuso de constitucionalidade, também foi destacado por Luiz Guilherme Marinoni, para quem seria necessária a adoção de um modelo de precedentes vinculantes como forma de assegurar previsibilidade ao sistema. Destaque-se parte de seu texto:

No Brasil, o impacto do constitucionalismo foi maior, na medida em que todo e qualquer juiz, com base na elaboração teórica de que a validade da lei se subordina aos direitos fundamentais, passou a reter o poder de conferir significado aos direitos fundamentais. Não é preciso dizer que a tarefa de conferir significado a um direito fundamental é algo que está muito longe do raciocínio judicial moldado pelos esquemas do positivismo clássico – interpretação cognitivista de uma norma pré-existente dada exclusivamente pelo legislador e aplicação logicista da norma –, pois revela a necessidade de consideração de fatores que devem ser observados e compreendidos em outras perspectivas, como a moral e a econômica. Portanto, o verdadeiro significado da transformação da função jurisdicional está em que, ao se subordinar a lei aos direitos fundamentais, impôs-se ao juiz, além do dever de

¹⁰⁴ LIMA, Francisco Gérson Marques de. A jurisprudência como fonte do direito. **Nomos** – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v.11, n.1/2, p. 249-263, 1992.

raciocinar a partir de princípios que projetam figuras não precisas, a necessidade de considerar questões de ordem moral, política e econômica que estão inseridas no tecido aberto das disposições constitucionais, o que amplifica a latitude do espaço judicial para expressar o significado do direito e resolver o caso litigioso. Como é óbvio, isso fez ruir a crença de que o juiz poderia decidir mediante mero raciocínio lógico, subsumindo as situações concretas às hipóteses abstratas contidas no sistema jurídico. Elimina-se, portanto, a pretensão de se obter certeza jurídica e previsibilidade mediante o esquema positivista próprio ao *civil law* do final do século XIX e início do século XX, marcado pela sistematicidade e pela plenitude¹⁰⁵.

Nota-se que a adoção de um sistema contramajoritário, com maior apoderamento do Judiciário em face da necessidade de controle dos demais poderes frente a Constituição, ensejando o enfraquecimento do modelo extremo de legalismo, ao passo que a norma legal deve ser antes validada e interpretada à luz da Constituição, tem o potencial de abrir o sistema para maiores possibilidades hermenêuticas. Com efeito, a elevada liberdade de interpretação da lei, em face dos princípios constitucionais, que possuem uma textura mais aberta, exigindo densificação pelo próprio intérprete-aplicador à luz do caso concreto, conduz ao questionamento de possível arbitrariedade judicial, eis que a discricionariedade para escolha de uma das interpretações possíveis pode restar carente de controle, como já pensava Kelsen em seu normativismo. Ademais, parte da doutrina tem questionado a proliferação do uso de princípios extraídos ou derivados da Constituição, que elevariam a insegurança jurídica, principalmente quando proporcionalidade e ponderação são utilizados *ad hoc*, em argumentação que se aplica somente ao caso em julgamento, não oferecendo “critérios para que se reduza o ‘valor surpresa’ das decisões de futuros casos em que haja identidade jurídica dos fatos subjacentes”, ao tempo em que “não se sedimenta uma jurisprudência que construa precedentes orientadores de futuros julgamentos”¹⁰⁶. Onde estariam, então, a certeza e a previsibilidade do direito no sistema jurídico brasileiro? Para alguns autores, como Luiz Guilherme Marinoni, a resposta somente se encontraria na adoção de um sistema de precedentes vinculantes.

Ademais, importa notar que não apenas houve ao longo dos anos influência da *common law* nos sistemas jurídicos da tradição romano-germânica. Ao contrário, as duas tradições jurídicas ocidentais colheram valiosos frutos do intercâmbio de ideias sobre como lidar com o fenômeno jurídico em Estados pretensamente democráticos. Como refere Rodolfo de Camargo Mancuso, sobre a aproximação das duas tradições jurídicas, observou-se clara

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 54-55.

¹⁰⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 199.

valorização dos precedentes nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, ao passo que os sistemas da tradição *common law* encontram-se cada vez mais vinculados aos textos legais:

Hoje não se pode afirmar, peremptoriamente, que no *common law* o precedente judiciário reina absoluto, sem restrições ou condicionamentos, como também não se pode afirmar que no *civil law* a norma legal reina soberana, afastadas outras fontes jurígenas. Em verdade, em cada qual dessas famílias o parâmetro valorativo dos atos e condutas é tomado em termos de predominância, e não de exclusividade, sendo cada vez mais evidente o ambiente de aproximação e integração. Assim é que no *common law* a norma legal (*Statute*) beneficia de prestígio crescente, ao passo que no *civil law* é o precedente judiciário que vai galgando espaços cada vez mais generosos e expressivos¹⁰⁷.

Importa registrar, neste ponto, a advertência de Juraci Mourão Lopes Filho. Embora não negue que tenha havido uma aproximação entre as duas tradições jurídicas ocidentais, destaca Lopes Filho que seria um erro acreditar que o neoconstitucionalismo conduziu à importação de institutos alienígenas e que “o arcabouço teórico destes é mais apto a lidar com os desafios da atualidade”¹⁰⁸. Observa que, mesmo sem influência direta do modelo exegético continental, o *stare decisis* teria suporte em “bases realistas e positivistas”, havendo também na Inglaterra intensas disputas teóricas entre positivistas, jusnaturalistas, pós-analíticos, dentre outros, pondo o sistema em dúvida na sua própria origem¹⁰⁹. Para o citado autor, não bastaria a importação do instituto do *stare decisis*, mas uma aproximação dos sistemas que permitisse fosse remodelado o próprio raciocínio jurídico nacional. Observe-se parte de seu texto:

Os reais motivos para o fortalecimento dos precedentes no Brasil, como visto, em seu aspecto teórico, foram a constitucionalização e a judicialização do Direito, fenômenos igualmente recentes nos Estados Unidos e na Inglaterra (que os experimenta com menor intensidade). É necessário, então, que se conheçam institutos destes últimos, mas não para simplesmente reproduzi-los e sim para tomá-los como dados de elaboração de um referencial inédito.

Então, o correto não é simplesmente propor a aproximação do sistema brasileiro ao *common law* ou importar a teoria do *stare decisis*. muito menos correto é propor uma aproximação ao que se diz ser o *common law* e o *stare decisis*. Deve-se intercambiar elementos que puderem contribuir para modelagem de um novo raciocínio jurídico, baseado nas conquistas da Hermenêutica. O que estiver fora disso ou em dissonância deve ser rechaçado¹¹⁰.

A observação de Lopes Filho mostra-se pertinente, eis que a simples tentativa de importar institutos jurídicos, como o *stare decisis*, não parece caminho seguro a obter

¹⁰⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 75.

¹⁰⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 117.

¹⁰⁹ Ibid., 2016, p. 118.

¹¹⁰ Ibid., 2016, p. 118.

melhores resultados, sem que se tenha o desenvolvimento de uma teoria jurídica capaz de harmonizar a prática de precedentes normativos vinculantes à tradição jurídica local. *Stare decisis* e *common law* não se confundem, conforme também registra Marinoni¹¹¹, sendo importante encontrar o ponto ideal de contato em que as tradições possam aprender uma com a outra, mas com a necessidade de tradução adequada dos institutos jurídicos para cada realidade. Sobre a tendência histórica de convergência das duas tradições jurídicas, impondo o reconhecimento da força vinculante dos precedentes, veja-se o registro de Summers e MacCormick:

*The historical tendency towards convergence (even with highly significant surviving differences) between the civil law systems and the common law systems in their recognition of precedent as an independently grounded type of authoritative reason for decision with distinctive justificatory force of its own strongly reinforces the proposition that any concept of law that cannot felicitously accommodate among genuine propositions of law those that are precedent-based must be untenable*¹¹².

De toda sorte, a constitucionalização, impondo a releitura dos textos legais à luz dos princípios constitucionais, aliada ao incremento da demanda ao Poder Judiciário, o que se sentiu no Brasil com maior intensidade após a redemocratização e promulgação da Constituição Federal de 1988, permitiu o alargamento da atuação dos magistrados na definição do conteúdo normativo, tanto em razão das maiores possibilidades hermenêuticas quanto pela necessidade de tornar efetivos os direitos fundamentais. Nesse ambiente, ao mesmo tempo que se espera a firme atuação do Judiciário na defesa dos direitos dos cidadãos, inclusive os de natureza prestacional, surgem questionamentos políticos e doutrinários quanto ao mais livre exercício da jurisdição, suscitando temas relativos a “ativismo judicial”, “judicialização da política”, “interferência da jurisdição na Administração Pública”, etc. Incrementaram-se na doutrina e na prática afirmações sobre ser imperativo algum controle sobre a interpretação jurídica, principalmente em razão das divergências na aplicação do direito. Ademais, tanto quanto a necessidade de refrear possíveis “ativismos”, o volume processual e a necessidade de reduzir-se a morosidade estimulam o desenvolvimento das técnicas processuais já conhecidas de uniformização e valorização da jurisprudência.

¹¹¹ MARINONI, Luiz G. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 32.

¹¹² Em tradução livre: “A tendência histórica para a convergência (mesmo com a sobrevivência de diferenças altamente significativas) entre os sistemas de *civil law* e os sistemas de *common law* em seu reconhecimento do precedente como um tipo independente de fundamentação autorizada para a decisão com distintiva força de justificação própria reforça fortemente a proposição de que qualquer conceito de lei que não possa felizmente acomodar entre proposições genuínas de direito, aqueles que são baseados em precedentes, devem ser insustentáveis.” MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 542.

Como efeito, observou-se na legislação brasileira valorização dos precedentes judiciais, inclusive mediante o incremento de técnicas de direito processual tendentes à abreviação de procedimentos. Sobre o ponto, refere Taranto que “uma vez que se consolida a estrutura dos precedentes judiciais, o ordenamento processual passa a desenvolver instrumentos para efetivá-los”¹¹³. Não apenas se utilizava a referência a precedentes (jurisprudência) para reforço argumentativo, ou seja, como mera persuasão, mas o próprio sistema jurídico outorgava efeitos práticos de maior efetividade. Nesse sentido, pode-se citar a previsão, já no art. 38 da Lei n. 8.038/90, atualmente revogado pelo novo CPC, atribuindo poderes ao relator, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para negar seguimento a pedido ou recurso “que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal”. No caso, a súmula deixa de ser simples instrumento de facilitação de consulta da jurisprudência, para permitir incremento de poderes ao relator e definir o destino da lide.

Vale registra, com relação ao Código de Processo Civil de 1973, os procedimentos de uniformização da jurisprudência (art. 476¹¹⁴) e de assunção de competência (art. 555, § 1º¹¹⁵), semelhantes ao antigo prejudgado. Importa observar ainda o teor do art. 557, e seu § 1º-A, com redação dada pela Lei n. 9.756/98, permitindo ao relator negar seguimento a recurso ou dar provimento ao mesmo com base em “súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”¹¹⁶. Relevante também o teor do art. 475, § 3º¹¹⁷, do CPC/73, alterado pela Lei n. 10.352/2001, dispensando o reexame necessário quanto a decisão estiver fundada em jurisprudência ou súmula do Supremo Tribunal Federal ou súmula de tribunal superior. Da mesma forma, no processo de

¹¹³ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 44.

¹¹⁴ CPC/73: “Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo”.

¹¹⁵ CPC/73: “Art. 555. [...] § 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”.

¹¹⁶ CPC/73: “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

¹¹⁷ CPC/73: “Art. 475. [...] § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”.

valorização da jurisprudência, o art. 518, § 1º¹¹⁸, do CPC/73, alterado pela Lei n. 11.276/2006, estabeleceu precedente com efeito impeditivo de recurso de apelação, ao passo que o art. 285-A¹¹⁹, incluído pela Lei n. 11.277/2006, permitia ao juiz julgar liminarmente o pedido, em caso de improcedência fundada em precedente do próprio juízo. Por fim, vale ainda a referência ao art. 543-B¹²⁰, acrescentado pela Lei n. 11.418/2006, e ao art. 543-C¹²¹ do CPC/73, acrescentado pela Lei n. 11.672/2008, relativos ao processamento de recursos extraordinários e especiais em demandas de massa, com técnica de julgamento de multiplicidade de recursos a partir de resolução de casos paradigmas sobre a mesma questão de direito.

Momento de suma importância nesse processo de valorização dos precedentes judiciais no âmbito do sistema jurídico nacional foi protagonizado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, quando da criação da Súmula Vinculante¹²², além da repercussão

¹¹⁸ CPC/73: “Art. 518. [...] § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

¹¹⁹ CPC/73 “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

¹²⁰ CPC/73: “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada”.

¹²¹ CPC/73: “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. [...] § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça”.

¹²² CF/88: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente,

geral para fim de admissibilidade do recurso extraordinário. Vale observar, como registra Francisco Gérson Marques de Lima, que a transcendência do recuso extraordinário, em face do estabelecimento da repercussão geral, visou “contornar a crise dos números”, tendo em vista a elevada carga processual do Supremo Tribunal Federal. Como observa Marques de Lima, no que se refere ao Direito do Trabalho, “a CLT já cuidava desse assunto no âmbito do TST (art. 896-A, princípio da transcendência, no Recurso de Revista – MP 2.226/2001)”¹²³. Note-se que, ao criar a Súmula Vinculante, mediante condições e procedimento específico de aprovação, o Constituinte derivado mantém a natureza meramente persuasiva das demais súmulas. Para Vanessa Maria Feletti, a súmula vinculante representa “o resultado da soma da jurisprudência dominante em sede de controle difuso com o efeito vinculante do controle concentrado”¹²⁴. É certo que a súmula vinculante apresenta eficácia especial, não se confundindo com um mero precedente a ser observado no âmbito da jurisdição, haja vista a vinculação direta da própria Administração Pública, sendo que, embora seja pretensamente interpretativa, sua forma de aprovação a aproxima de ato legislativo, evidenciando força de promulgação (*enactment force*), ainda que não se possa interpretá-la como elemento normativo abstrato, sem considerar-se os precedentes que suscitaram sua edição.

A valorização da jurisprudência como fonte normativa no Brasil culminou na edição do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), que apresenta uma disciplina normativa sobre os precedentes formalmente vinculantes. Conforme registra Ronaldo Cramer, o novo diploma processual civil “valoriza o precedente judicial, reforçando os já existentes, criando novos e fortalecendo sua aplicação”¹²⁵. De fato, o novo diploma processual inova ao disciplinar não somente procedimentos de unificação de jurisprudência, mas ao estabelecer que se trata de um dever dos tribunais, que devem mantê-la estável, íntegra e coerente. Ademais, impõe-se a edição de súmulas aos tribunais, com a exigência de que deverão observar as circunstâncias fáticas relativas aos precedentes que a motivaram (art. 926¹²⁶). De

anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

¹²³ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira: estudo de casos – abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 536-537.

¹²⁴ FELETTI, Vanessa Maria. **Súmulas vinculantes, hermenêutica e jurisdição constitucional: um estudo sobre a interpretação e aplicação das súmulas vinculantes sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais na tarefa de julgar**. Campinas: Servanda, 2013, p. 85.

¹²⁵ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 48.

¹²⁶ CPC/2015: “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”.

outra parte, no seu art. 927¹²⁷, o novo Código de Processo Civil impõe expressamente que os juízes e tribunais “observem” determinados precedentes que relaciona, além de prever regras para organização, publicação e modificação dos precedentes. Em resumo, o atual Código de Processo Civil é um marco na compreensão do papel do precedente judicial no Brasil, enquanto elemento normativo utilizado na fundamentação de novos julgados. A regra de observância dos precedentes (*stare decisis*) passa a ser geral, impondo ao julgador sempre ter em conta os julgados anteriores sobre a matéria tratada. Como observa, Hermes Zaneti Jr.:

O Brasil apresentava até o advento do Código de Processo Civil de 2015 um modelo fraco de precedentes judiciais. Muito embora em alguns casos houvesse vinculatividade (ex.: súmulas vinculantes) não havia uma regra geral de *stare decisis* e a recepção do modelo do *stare decisis* tinha sido até o presente momento apenas uma percepção parcial e mitigada. Tínhamos uma ideologia que, do ponto de vista cultural e normativo, compreendia os precedentes como instrumentos fracos de persuasão e não como normas vinculantes do nosso sistema. A teoria das fontes reconhecia aos precedentes um papel de fontes secundárias e a prática judicial lhes emprestava o caráter de argumentos de reforço, muitas vezes relevantes, mas não vinculantes em relação às decisões dos casos-iguais¹²⁸.

Além da regra geral de observância de certos precedentes judiciais incluída no art. 927, dentre os dispositivos do novo diploma processual civil de valorização dos precedentes, vale destacar o art. 311, II¹²⁹, possibilitando a tutela de evidência com base em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, o art. 332¹³⁰, o qual permite o

¹²⁷ CPC/2015: “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. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 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. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

¹²⁸ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 357.

¹²⁹ CPC/2015: “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...] II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;”

¹³⁰ CPC/2015: “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”.

juízo liminar de improcedência de pedido que contrarie certos precedentes, nas causas que dispensem instrução probatória, e o art. 496, § 4º, incisos I a III¹³¹, que dispensa remessa necessária quando a decisão estiver fundada em determinados precedentes. Ademais, o art. 932, incisos IV e V¹³², confere poder ao relator para negar ou dar provimento a recurso com base em alguns precedentes. Por outro lado, vale destacar que o próprio Código de Processo Civil, no seu art. 489, § 1º, V e VI¹³³, estabelece que o julgador não pode invocar ou afastar a aplicação de precedente sem a correta fundamentação, evitando automatismo ou discricionariedade.

Como se observa, o novo Código de Processo Civil trata de forma significativamente mais ampla da aplicação dos “precedentes judiciais”, que não se confundem com a “jurisprudência”, termo bem mais utilizado no sistema processual anterior. De fato, precedente e jurisprudência são conceitos correlatos, mas não idênticos. Embora haja variadas definições de precedentes judiciais, com requisitos específicos para o seu reconhecimento, a depender da teoria aceita a seu respeito, Alexandre Freitas Câmara utiliza um critério quantitativo para distinguir do conceito de jurisprudência. Para referido autor, precedente é uma decisão judicial proferida no âmbito de um processo anterior, que serve de fundamento para um pronunciamento judicial posterior¹³⁴. Por outro lado, jurisprudência seria o conjunto de pronunciamentos dos tribunais em um mesmo sentido, sobre certa matéria. Vejam-se suas palavras:

Perceba-se, então, que há uma diferença *quantitativa* fundamental entre *precedente* e *jurisprudência*. É que falar sobre precedente é falar de *uma decisão judicial*, proferida em um determinado caso concreto (e que servirá de base para a prolação de futuras decisões judiciais). Já falar de jurisprudência é falar de um grande número

¹³¹ CPC/2015: “Art. 496. [...] § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; 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;”.

¹³² CPC/2015: “Art. 932. Incumbe ao relator: IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;”.

¹³³ CPC/2015: “Art. 489. [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

¹³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 431.

de decisões judiciais, que estabelecem uma linha constante de decisões a respeito de certa matéria, permitindo que se compreenda o modo como os tribunais interpretam determinada norma jurídica¹³⁵.

Conclui-se, portanto, que embora seja herdeiro da tradição jurídica romano-germânica, tendo a lei como fonte primordial do direito, o sistema jurídico brasileiro veio, ao longo do tempo, implementando mecanismos de valorização da jurisprudência, que passou de meramente persuasiva para efetivamente vinculante de novos julgados. Não se trata, com efeito, de afirmar que haja uma mutação estrutural na ordem jurídica a ponto de fazer surgir no Brasil um sistema de *common law*. Como visto, a tradição jurídica vai além da fonte normativa, para envolver a compreensão geral sobre a prática do Direito, sua forma de pesquisa e ensino, seus conceitos acadêmicos etc. Todavia, não se pode negar o diálogo dos sistemas, para mútuo aprendizado. Embora não se confunda com a *common law*, o *stare decisis* é bem mais desenvolvido na tradição inglesa e norte-americana, sendo importante observar essas tradições para aprender com suas experiências. O fortalecimento da cultura dos precedentes no sistema brasileiro revela um processo de superação do dogma de que a lei, por si só, seria capaz de proporcionar segurança e previsibilidade, para o que contribuiu o constitucionalismo moderno, evidenciando um importante papel do julgador na definição do conteúdo da norma.

Por outro lado, não bastando a previsão normativa para sua correta observância, é preciso construir uma cultura jurídica que integre de forma adequada os precedentes judiciais na prática forense nacional, de modo harmônico, racional e legítimo. Para tanto, os estudos sobre os precedentes, que já ganharam corpo no âmbito nacional, devem continuar, em busca de teorias que justifiquem essa prática no paradigma do Estado Democrático de Direito que vigora no país. Com efeito, não se trata mais de mera unificação de jurisprudência ou de referência a julgado pretérito para fim meramente persuasivo, pois o que se verifica é a vinculação compulsória do julgador à história de decisões precedentes do Poder que integra. Não se pode perder de vista que há inúmeros equívocos na prática jurídica, no que se refere à utilização dos precedentes judiciais. Por exemplo, não é raro utilizarem-se enunciados de súmula de forma abstrata, sem referência aos precedentes que os fundamentam, assim como, ainda se mostra comum referir-se a ementa de julgado como se fosse precedente, sem observar a correspondência dos fatos das causas, nem a eventual superação do entendimento. Assim, impõe-se a continuidade dos estudos sobre essa realidade que se mostra mais forte no

¹³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 432.

direito brasileiro, para a formação de uma cultura jurídica consistente, cuja base teórica possa ser compreendida e utilizada tanto por advogados quanto por magistrados.

Nessa linha, o presente estudo visa acrescentar uma pequena contribuição à discussão sobre o tema, ao analisar o precedente judicial sob a perspectiva epistemológica. Na tentativa de traçar o esboço de uma teoria geral sobre os precedentes judiciais, utiliza-se o suporte dos estudos de Ronald Dworkin, destacando-se o fundamento epistemológico subjacente à sua teoria do direito como integridade. Ao passo que são revisados os fundamentos justificadores da observância dos precedentes no sistema jurídico nacional, abre-se oportunidade para a análise do problema sob o enfoque do paradigma epistemológico coerentista, implícito na teoria de Dworkin, que guarda correlação com a tese da existência de resposta correta em direito.

3 FUNDAMENTOS DO RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A promulgação do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) explicitando diversas regras sobre a vinculação da atividade jurisdicional a precedentes judiciais, deixou clara a opção do sistema jurídico por um modelo em que a jurisprudência se mantenha uniforme, estável, íntegra e coerente¹. A partir dessa adoção expressa pelo direito positivo nacional de regras sobre precedentes vinculantes, como o ápice de um projeto defendido por boa parte da doutrina processual brasileira, poder-se-ia imaginar, de forma apressada, serem despiciendo novos estudos sobre os fundamentos da utilização dos precedentes, eis que, sendo o Brasil um país da tradição legalista, e já tendo a lei determinado a observação dos precedentes que relaciona, o problema da justificativa teórica estaria resolvido.

Todavia, essa questão não é tão simples como pode parecer à primeira vista. Não se pode pensar seriamente que uma simples mudança na lei torne completamente inútil a doutrina construída ao longo de muitos anos. É cediço que o direito não se encerra na lei, sendo imprescindível uma base teórico-cultural para o seu adequado manejo, como instrumento de controle e pacificação social com justiça. Ao contrário do que se possa intuir apressadamente, as novas disposições legais tornam imperiosa a continuidade dos estudos sobre a matéria, seja para a difusão da nova cultura de respeito aos precedentes, num país ainda vinculado ao imaginário de que a lei poderia isoladamente ser fonte normativa, seja para identificar a base teórica que estabelece de forma racional a necessidade de observar as decisões anteriores, para que se possam solucionar as questões da prática jurídica aplicando correta e adequadamente os institutos que, como se sabe, têm um nível de desenvolvimento muito maior nos países da tradição *common law*. Para além do mero apego à imposição legal, imperioso se mostra o desenvolvimento de estudos para identificar as bases teóricas de sustentação do precedente judicial como elemento vinculante no sistema jurídico, possibilitando o exercício da prática forense de modo coerente com essa teoria.

Nessa parte do trabalho, apresentam-se os principais argumentos utilizados pela doutrina das duas tradições ocidentais para justificar a necessidade de respeito aos precedentes judiciais. Os argumentos de justificação representam a base sobre a qual se constrói uma teoria para a utilização dos precedentes, pelo que se destaca a importância dessa exposição para a conclusão da pesquisa. De fato, é observando os motivos do respeito ao precedente que se pode

¹ CPC/2015: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

concluir sobre a melhor forma de compreender a posição ocupada pela jurisprudência vinculante no processo jurídico, assim como a forma mais adequada de utilização dessas decisões anteriores obrigatórias como suporte para fundamentar novos julgados.

A partir da análise dos fundamentos mais utilizados na doutrina nacional, procedeu-se ao agrupamento em razão da natureza de fundo desses argumentos. Como se sabe, toda classificação tem um tanto de arbitrária, não se podendo questionar em absoluto a opção do pesquisador que a elabora, mas apenas avaliar sua possível utilidade. Acredita-se que, para os fins do presente trabalho, que concentra sua atenção em desenvolver um esboço de teoria que possa justificar da forma mais adequada possível a vinculação dos juízes brasileiros a julgados anteriores, ainda que herdeiros da tradição jurídica romano-germânica, com prioridade de respeito aos dispositivos legais positivados, a classificação proposta se mostra razoável, por evidenciar os pressupostos teóricos que sustentam os argumentos.

Assim, agruparam-se os fundamentos mais correntes na doutrina em três classes, os meramente formais, os de fundo deontológico e os pragmáticos, para ao final apresentar o argumento chave nesta pesquisa, que é de natureza epistemológica. Por certo, os fundamentos adotados pela doutrina não se podem considerar falsos ou verdadeiros em absoluto, ou plenamente certos ou errados, eis que cada um deles aponta em certa medida para a imprescindibilidade de serem observados os precedentes judiciais, apenas evidenciando a postura teórica ou ideológica encampada pelo defensor frente ao problema, do que decorrem, como consequência lógica, as soluções apresentadas aos problemas práticos que naturalmente surgem nas lides forenses. É a partir desse pressuposto teórico que se desenvolvem os raciocínios direcionados a solucionar os entraves jurídicos. A base teórica influencia, por exemplo, o próprio conceito de precedente judicial, sua função frente ao princípio da legalidade, além do grau de vinculação do julgador às decisões anteriores.

Como contraponto aos argumentos de justificação positiva, e para melhor situar o problema no campo doutrinário nacional, ao final do capítulo, elencam-se as principais bases de argumentação contrárias à vinculação dos magistrados às decisões precedentes.

3.1 Fundamentos formais do respeito aos precedentes

Serão analisados, nesse momento, os fundamentos meramente formais de respeito aos precedentes judiciais, isto é, a previsão normativa expressa e a obediência hierárquica, que sempre são lembrados pela doutrina, apesar de, como se observará, não terem elevada consistência teórica.

3.1.1 *Previsão normativa expressa: imposição constitucional ou legal*

O primeiro fundamento a se destacar, com viés formal, é a previsão normativa expressa da obrigatoriedade dos órgãos julgadores respeitarem os precedentes judiciais das instâncias superiores, ou seja, a existência de norma legal ou constitucional estabelecida formalmente pelo Legislador ou Constituinte, que os julgados de determinados tribunais vinculam por suas razões de decidir a atuação dos juízos inferiores. Sem dúvida, a previsão normativa é de fundamental importância para a prática jurídica, principalmente em países da tradição romano-germânica e influência jurídica francesa, por inserir no sistema jurídico novos valores encampados pelos detentores do poder político e convolados em textos normativos para observação geral. O acolhimento pelas instâncias políticas da ideia de ser relevante o teor dos pronunciamentos judiciais para a delimitação do conteúdo deontológico de projeção futura torna-se uma sinalização de relevante força, com capacidade de redirecionar a prática jurídica para a observação mais atenta das decisões vinculantes.

No caso brasileiro, a edição do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) é paradigmática, nessa seara. Com efeito, uma das principais inovações introduzidas pelo novo diploma normativo no direito processual civil brasileiro foi o disciplinamento dos precedentes judiciais, de forma mais ampliada, direta e específica. De fato, o Novo Código de Processo Civil avança significativamente na regulação do uso de precedentes judiciais para vincular o julgador e fundamentar novas decisões, estabelecendo logo no início do Livro III, nos artigos 926 e 927, principalmente, várias disposições sobre uniformização de jurisprudência pelos tribunais e quanto à necessidade de observação pelos julgadores de alguns precedentes (*lato sensu*) especiais que relaciona. Reconhece o legislador a importância da referência à jurisprudência como justificadora de novas decisões judiciais, prática que se veio tornando comum ao longo dos anos no sistema jurídico brasileiro, mesmo sendo herdeiro da tradição *civil law*.

Ademais, quando trata da fundamentação das decisões judiciais, o legislador refere-se diretamente ao uso dos precedentes no novo ato decisório, estabelecendo, por exemplo, que não se considera fundamentado o *decisum* que deixe 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” (art. 489, § 1º, VI, NCPC). Resta claro, assim, que foi formalmente incorporado (ou reconhecido) pelo direito positivo brasileiro o uso dos precedentes como parâmetro jurídico para novas decisões judiciais, de

forma bem mais ampla, não se restringindo às súmulas vinculantes (art. 103-A, CF/88) ou às orientações/teses firmadas em casos de multiplicidade de recursos, extraordinários ou especiais, fundados em idêntica questão jurídica, pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça (543-B e 543-C, CPC/73).

Nota-se, nesse contexto, que houve um processo de evolução do sistema jurídico brasileiro no que se refere à utilização de precedentes judiciais, gradualmente passando da prática de indicação da jurisprudência meramente persuasiva para identificar precedentes que se tornam vinculativos aos novos julgados, por força de lei. Todavia, mesmo antes do novo Código de Processo Civil, já havia alguma formalização normativa da vinculação obrigatória a precedente, como é o caso das já referidas súmulas vinculantes (art. 103-A), inseridas no corpo da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, além dos já citados instrumentos processuais de uniformização de jurisprudência e de abreviação de procedimentos.

Essa previsão formal, embora de suma importância, tem sido tomada equivocadamente como suficiente a justificar o respeito aos precedentes judiciais, em uma visão meramente formalista e ainda apegada ao superado modelo de separação absoluta entre as funções de legislar e julgar, atribuindo apenas à primeira o potencial criador do direito, a ser declarado literalmente no exercício da segunda. Em suma, é a crença limitada a admitir a vinculação dos precedentes porque a lei formal assim o determina. Vale notar que, para boa parte da doutrina processual, independentemente de lei expressa, dever-se-iam observar os precedentes judiciais, para garantir melhores decisões, assegurando a unidade do sistema jurídico e a efetividade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, vejam-se as palavras de Amílcar Araújo Carneiro Júnior:

Não bastam soluções velozes, mas sim soluções melhores, o que somente se consegue com uma nova postura do Poder Judiciário que, independentemente de lei, pode adotar uma cultura de seguir precedentes, assegurando a unidade do sistema e, igualmente, que os Direitos Fundamentais já sacramentados nos Tribunais Superiores tenham a efetividade e eficácia prometidas pelo legislador constituinte².

Nota William Pugliese que, no direito norte-americano, nunca fora editada uma lei obrigando os magistrados a seguir os precedentes dos tribunais superiores, sendo essa prática

² CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 317-318.

criada no âmbito dos próprios tribunais³, decorrente, portanto, daquela cultura jurídica. Destaca referido autor que, considerando a previsão na Constituição americana de uma Corte Suprema (art. 3º), algumas opiniões se firmaram no sentido de que estaria o texto constitucional firmando “uma relação de subordinação dos tribunais em relação à Suprema Corte”, pelo que “as decisões da Suprema Corte devem ser obedecidas e difundidas pelos demais juízes”⁴. No caso brasileiro, a Constituição Federal estrutura o Poder Judiciário em um modelo piramidal, estado no ápice o Supremo Tribunal Federal, que desfruta tanto de poder de controle de constitucionalidade quanto de reforma de decisões dos juízos inferiores. Ademais, como já visto, a previsão das súmulas vinculantes alavancou o poder do Supremo Tribunal Federal de impor sua interpretação de modo vinculativo aos demais órgãos jurisdicionais e à própria Administração Pública.

Não obstante se reconheça a suma importância das disposições normativa previstas nas leis e na Constituição, considera-se, no âmbito deste estudo, que não são suficientes à formação de uma prática adequada de respeito aos precedentes judiciais. Com efeito, o direito não se resume à lei formal. É imprescindível para a prática jurídica a adoção de uma teoria compatível com a tradição jurídica da sociedade a que se destina, sob pena de sérios equívocos na aplicação literal dos dispositivos. Note-se que apenas o acesso ao direito legislado não constitui um bom jurista. Do contrário, as escolas de Direito seriam dispensáveis, ou se tornariam instituições voltadas a reproduzir textos legais, buscando a memorização pelos estudantes, a exemplo do idealizado no pensamento exegético francês pós-revolucionário. Em verdade, é o estudo das teorias sobre o Direito e a Justiça, além dos meros textos legais, que outorga maior autoridade ao graduado nas Faculdades de Direito frente às demais pessoas que conseguem ler e interpretar um texto. Aliás, o próprio direito positivo de uma dada sociedade somente é plenamente compreendido sob o ponto de vista interno ao sistema, ou seja, se o observador também participar da cultura local. É a cultura comum compartilhada que passa às mãos do jurista a chave de acesso ao mundo jurídico. No caso do Direito, as teorias estudadas nos bancos das universidades constituem parte fundamental da cultura comum, sendo indissociáveis da compreensão do fenômeno jurídico e da prática forense.

Dessa forma, para além da mera previsão normativa, importa estudar e compreender teoricamente como se deve dar essa conduta do julgador, que lança no mundo

³ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 55. (Coleção o novo processo civil).

⁴ Ibid., 2016, p. 57.

uma nova decisão tendo por suporte jurídico uma tese firmada em julgado anterior que adquiriria força normativa e vinculante. Sem dúvida, os precedentes judiciais ocupam posição de destaque na argumentação jurídica, sendo imprescindível compreender sua natureza e seu papel, enquanto ponto de poio de novas decisões jurídicas. Em suma, revelar a função desempenhada pelo precedente judicial enquanto integrante da fundamentação de um novo julgado. Considera-se, assim, conquanto seja importante, que a previsão formal da lei permanece incompleta para justificar o respeito aos precedentes, sem uma base teórica que a justifique adequadamente, tendo em vista o sistema jurídico tomado em sua totalidade.

Nesse mesmo sentido, vale destacar as lições de Juraci Mourão Lopes Filho, que situa a previsão normativa expressa, a exemplo do Código de Processo Civil, apenas em um nível superficial do Direito, não sendo suficiente para indicar de forma segura o modo de serem interpretadas e aplicadas as decisões judiciais precedentes na fundamentação de novos julgados. Para referido autor, o novo diploma processual não teria como informar de modo adequado a maneira de se vincularem os juízes aos precedentes, não esclarece “como os juízes e tribunais posteriores devem utilizar o precedente, qual o grau de deferência, se irrestrita e subordinada ou dialógica e refletida”⁵. Os elementos formais do direito positivo, para Lopes Filho, nessa camada superficial da realidade jurídica em que se encontram, somente se tornariam úteis se conjugados com os níveis mais profundos do conhecimento jurídico, isto é, com uma base teórico-filosófica adequada ao constitucionalismo contemporâneo, pelo que propõe a abordagem dos precedentes à luz do paradigma sistemático-hermenêutico⁶. Vale destacar as palavras do citado autor:

Nessa linha de ideias, percebe-se que nenhum enunciado normativo do Direito positivo brasileiro, nem mesmo o Código de Processo Civil recém-editado, determina, em sua literalidade ou sentido semântico, que o precedente se reduza a uma regra ou que seja aplicado por mera subsunção, por exemplo. Também não se pode falar que imponha uma noção formal de justiça, de segurança ou de sistema jurídico. Não se pode afirmar, ainda, que vinculação a precedentes, súmulas ou jurisprudência signifique uma subordinação meramente hierárquica e absoluta, uma constrição que impeça o juiz ou tribunal de analisar seu conteúdo, sua coerência e integridade, a fim de, se for o caso, desafiar-lo ou distingui-lo, desde que o faça de maneira exigida para tanto.

Uma análise meramente dogmática, em função dos textos positivados, não é capaz de firmar qualquer posicionamento nesse tocante. Tudo depende das tomadas de

⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 283.

⁶ *Ibid.*, 2016, p. 280.

posições em âmbito mais profundo, ao nível mesmo da infraestrutura filosófica, as quais condicionam a apreensão de sentido desses mesmos enunciados⁷.

Em suma, a previsão normativa expressa não deve de forma alguma ser desprezada, mas não pode ser tomada como suficiente à aplicação dos precedentes judiciais, pois os dispositivos legais e constitucionais são necessariamente dependentes da cultura jurídica compartilhada pelos juristas, somente sendo adequadamente compreendidos a partir de uma base teórica compatível com o nível de desenvolvimento jurídico-constitucional da sociedade.

3.1.2 *Obediência hierárquica*

Outro fundamento formal utilizado por alguns doutrinadores para a justificação do respeito aos precedentes judiciais no direito brasileiro é a obediência hierárquica. Partem os defensores desse ponto de vista da observação de que o Poder Judiciário apresenta uma estrutura hierarquizada, com órgãos de primeiro e segundo graus, em nível estadual ou regional, correspondentes aos juízes (de Direito, Federais, do Trabalho, etc) e respectivos tribunais (TJ, TRF, TRT, etc), além dos órgãos de superposição, ou seja, os tribunais superiores (STJ, TST, TSE) e o Supremo Tribunal Federal. O caráter nacional e hierárquico do Judiciário brasileiro, estratificado em níveis de jurisdição superpostas, com atribuição competência revisional às instâncias superiores, justificaria a observância aos precedentes judiciais. Ou seja, o poder do órgão jurisdicional superior de reformar o entendimento dos juízos inferiores seria o fundamento para que se observassem os precedentes das instâncias mais elevadas. Dessa forma, como observa Willian Pugliese, para saber quais os precedentes a serem seguidos, bastaria “seguir a ordem recursal no caminho inverso”⁸.

Para alguns autores, ao deixar de seguir precedente de tribunal superior, o magistrado estaria desrespeitando a hierarquia. Luiz Guilherme Marinone considera que a hierarquia decorreria da lógica do sistema, estruturado com base em tribunais e recursos⁹. Para referido autor, a falta de observância dos precedentes de cortes superiores “geraria deslegitimação do próprio Judiciário” e também “inadmissível falta de respeito à hierarquia,

⁷ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 279.

⁸ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53. (Coleção o novo processo civil).

⁹ MARINONI, Luiz G. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 126.

base lógica de todo e qualquer sistema que se proponha a razoavelmente funcionar”¹⁰. Poder-se-ia questionar, portanto: essa inobservância referida constituiria infração funcional sujeita à apuração de sua conduta de julgador?¹¹ Para Daniel Mitidiero, por exemplo, somente seriam precedentes as decisões oriundas dos tribunais que denomina de “Cortes Supremas” (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), sendo que a força vinculativa do precedente decorreria da própria autoridade daqueles tribunais. Vejam-se suas palavras:

Os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre *obrigatórios* – isto é, *vinculantes*. Do contrário, poderiam ser confundidos com simples exemplos. Isso quer dizer que existe no direito brasileiro um *forte efeito vinculante dos precedentes* (*‘strong-binding-force’*). Embora o Novo Código tenha introduzido legislativamente o conceito de precedente entre nós, *a autoridade do precedente obviamente dele não decorre*. Na verdade, a autoridade do precedente decorre do fato desse encarnar o significado que é adstrito ao direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Vale dizer: *a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta*¹².

Note-se que, por essa linha argumentativa, a razão de o juiz adotar um modelo de decisão compatível com a tese albergada nos órgãos jurisdicionais superiores seria a obediência a comando de superior hierárquico, convertendo-se o magistrado em uma espécie de *longa manus* do tribunal ou dos tribunais de superposição, desvestido de sua liberdade interpretativa. Não atuaria o juiz, sob esse fundamento, com plena independência funcional, eis que, quando da decisão de determinado caso, não se concentraria integralmente apenas no que se refere à correta solução à luz do ordenamento jurídico, mas também deveria voltar os olhos para eventual repercussão da decisão em face de sua pessoa. Nessa óptica, o motivo de seguir os precedentes não se encontraria na busca da igualdade entre as pessoas e da coerência do sistema jurídico, mas no cumprimento de uma ordem de superior.

Não se pode concordar com o presente fundamento formal, tendo em vista o regime democrático de direito. Com efeito, os magistrados exercem função de poder que a eles impõe plena liberdade funcional, ou seja, no que se refere aos pronunciamentos técnicos, ao teor de suas decisões, desde que fundamentadas à luz do ordenamento jurídico, não se há

¹⁰ MARINONI, Luiz G. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 127.

¹¹ Importa destacar, neste ponto, a observação de Juraci Mourão Lopes Filho, com base na reflexão de José de Albuquerque Rocha, no sentido de que, no Brasil, haveria uma dupla subordinação dos magistrados a seus respectivos tribunais que os constrangeria a seguir os precedentes, já que os mesmos órgãos encarregados de analisar a correção ou necessidade de reforma de suas decisões seriam incumbidos de decidir sobre sua progressão funcional na carreira. LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 85-86.

¹² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 84-85.

de conceber que sofram ingerências hierárquicas, ou que se motivem na decisão pelo cumprimento de ordem de superior, ao invés de concentrarem-se na concretização do melhor direito para regular o caso. Em outras palavras, não há fundamento justificado para punir o juiz por seu entendimento ao julgar, assim como não há como pretender a punição do legislador ao editar uma lei posteriormente considerada inconstitucional. Tais atividades, tanto de legislar quanto de julgar, configuram exercício de Poder Político que não se realiza plenamente sem que o agente público desfrute de plena independência hermenêutica. Ademais, essa ideia de constrangimento de caráter punitivo ao magistrado é típica do pensamento positivista. Observa Neil Duxbury que, na visão dos positivistas clássicos, “a ideia de que os precedentes vinculam os futuros julgadores é inteligível apenas se houver uma doutrina ou sanção estipulada que seja *prima facie* aplicável a esses julgadores quando ignorarem os precedentes”¹³. Ora, é certo que os magistrados devem seguir os precedentes dos órgãos jurisdicionais superiores, mas não por esse motivo reverencial.

Importante crítica a essa visão hierarquizada da aplicação dos precedentes judiciais é apresentada por Juraci Mourão Lopes Filho, para quem a concentração de poder no âmbito dos tribunais superiores seria uma reação ao controle difuso de constitucionalidade, o qual permitiria que qualquer juiz controlasse os atos do Poder Legislativo¹⁴. Refere Lopes Filho ser equivocada essa vinculação do precedente meramente pelo seu aspecto formal, ou seja, apenas com base na posição hierárquica do órgão judiciário emissor (*pedigree*), “independentemente do conteúdo da decisão, tenha ela boa ou má fundamentação, seja justa ou injusta, seja coerente ou não com outras fontes jurídicas, entre outros critérios materiais que podem ser investigados”, sendo, portanto, aplicados com se encerrassem em si todo o significado que não poderia ser submetido a qualquer acréscimo ou subtração¹⁵. Dessa forma, o citado autor critica o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni, por buscar reduzir a função das primeiras instâncias do Poder Judiciário. Vejam-se suas palavras:

Ao longo de sua obra sobre o tema, Marinoni é enfático em expressar a obediência aos precedentes em termos de uma reverência hierárquica, o que é estranho, pois as contribuições da jurisprudência dos valores que inspirou o constitucionalismo, em que ele alega se abeberar, não concebeu a atuação jurisdicional com essa bipartição.

¹³ Nas palavras do citado autor: “*For the classical positivist, however, the idea that precedents bind future decision makers is intelligible only if there is a stipulated doctrine or sanction which will be prima facie applicable to those decision-makers when they ignore precedents.*” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 16.

¹⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 75.

¹⁵ *Ibid.*, 2016, p. 76.

Tão feroz reação ante o incremento de poderes das instâncias inferiores se torna compreensível ao se considerar como costumeiramente funcionam judiciários hierárquicos e piramidais como o brasileiro¹⁶.

Note-se que não há verdadeiramente um poder hierárquico na magistratura no que diz respeito à atividade fim, isto é, o órgão superior não pode impor ao órgão de jurisdição inferior esta ou aquela decisão para qualquer caso, como uma ordem a ser cumprida pelo subalterno. A competência para revisar as decisões dos juízos de primeiro grau não atribui esse pretense poder aos tribunais. Os magistrados devem seguir os precedentes pelo mesmo motivo que seguem as leis do país, por serem fontes de emanação do fenômeno jurídico, mas sem nunca perderem a independência funcional que lhes é imposta pelo ordenamento como um todo. Nesse sentido, Amilcar Araújo Carneiro Júnior considera que não se pode pretender uma “aplicação mecânica dos precedentes” pelos juízes, podendo eles, desde que justificadamente, deixar de aplicar inclusive as teses plasmadas em súmulas vinculantes:

Não se impede igualmente que os juízes interpretem a lei até mesmo de forma frontalmente contrária a uma súmula vinculante, não podendo lhe ser aplicada qualquer sanção, pelo menos não se prevê isto legalmente. Abre-se, neste caso, a oportunidade de propositura de reclamação ao Supremo Tribunal Federal¹⁷.

Imperioso notar que a súmula ou tese jurídica firmada em precedente vinculante, não obstante sua relevante função para compreensão do direito, não tem maior estatura que a lei, apresentando-se através do mesmo substrato, ou seja, da linguagem, também demandando interpretação. Isso é inevitável. Não se cumpre um comando plasmado em linguagem sem realizar o processo de internalização mental do conteúdo para compreensão do sentido. Pretender que os magistrados sigam os precedentes como mero repetidores de ordens emanadas de órgãos jurisdicionais superiores assemelha-se à velha pretensão positivista-exegética de impedimento da atividade hermenêutica aos juízes. A nova roupagem – “boca da jurisprudência” em vez de “boca da lei” – não desnatura a proposta de acrisolamento do potencial interpretativo do julgado, pela construção de uma normatividade linear e unidirecional, de cariz epistemológico nitidamente fundacionalista, partindo do ápice da pirâmide judiciária às suas bases, meramente reprodutivas de determinada tese. Esse pensamento hierarquizado justifica a ideia de alguns juristas de que somente seriam precedentes vinculantes as decisões dos tribunais superiores, esquecendo-se que não há como

¹⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 82.

¹⁷ CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 309.

exigir do magistrado coerência para com o sistema jurídico como um todo, se não for ele coerente com suas próprias decisões passadas.

Observa Willian Pugliese, na linha das lições de Evan Caminker, que no sistema norte-americano não haveria “uma regra rígida que obrigue os magistrados a seguir os precedentes, mas tão somente a possibilidade de reforma da decisão”¹⁸. Nesse sentido, Pugliese constata que a tese da hierarquia seria insuficiente para justificar a teoria dos precedentes¹⁹. De fato, assiste razão a referido autor, pois ainda que se considerasse verdadeira, a tese da hierarquia somente resolveria parte do problema, ou seja, aquele que diz respeito à vinculação aos precedentes na linha vertical, deixando de lado a justificativa para que uma corte seja obrigada a seguir seus próprios precedentes, isto é, as decisões por ela mesma proferidas anteriormente sobre o mesmo tema jurídico. Como se sabe, existe um nível forte de vinculação horizontal dos precedentes das cortes, pois somente situações excepcionais conduziram à superação dos julgados pretéritos (*overruling*). Para essa vinculação horizontal, a tese da hierarquia não pode sequer ser levantada.

Vale ressaltar que, como observa Duxbury, o surgimento da regra do *stare decisis* não decorreu da estruturação hierárquica dos tribunais, mas, antes disso, a autoridade dos precedentes estabeleceu-se ao passar a ser considerado como fonte de razões para novas decisões em casos idênticos²⁰. Assim, a tese do respeito hierárquico não se mostra a melhor justificativa para a observância aos precedentes judiciais, não permitindo uma construção teórica consistente com a prática jurídica nacional. Se devem os magistrados observância aos entendimentos sufragados nas cortes superiores, efetivamente não se deve a obediência hierárquica, incompatível com a função de julgar.

3.2 Fundamentos deontológicos do respeito aos precedentes

Neste momento, a pesquisa se volta à análise dos fundamentos de ordem deontológica normalmente invocados como motivo principal para se acolher a vinculação aos precedentes judiciais. Representam, como se notará, dois valores fundamentais no Direito, isto é, a igualdade, que é corolário da ideia de justiça, e a segurança jurídica, mas que também

¹⁸ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53. (Coleção o novo processo civil).

¹⁹ Ibid., 2016, p. 54.

²⁰ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 56-57.

são insuficientes para justificar adequadamente uma teoria sobre os precedentes judiciais, sem o suporte de outros elementos teóricos decorrentes da racionalidade.

3.2.1 *Promoção da igualdade: a isonomia em face da interpretação jurisdicional dos textos normativos e os precedentes judiciais (treat like cases alike)*

No mundo jurídico, igualdade de tratamento é praticamente sinônimo de justiça, sendo esta um dos principais fundamentos utilizados pelos defensores do respeito ao precedente judicial, mesmo nos sistemas da *civil law*. De fato, como refere Paulo Dourado de Gusmão, com base nas lições de Aristóteles e do pensamento dos juristas romanos, ao lado da proporcionalidade e da reciprocidade, a igualdade é reconhecida na filosofia como um dos mais importantes critérios de definição da justiça²¹. Vale registrar, como ensina Paulo Nader, que a medida de igualdade, assim como de proporcionalidade, foi assimilada por Aristóteles como critério de definição do justo com base nos pitagóricos²². Com efeito, nada há de mais importante para a conformação da justiça que a observação da igualdade entre as pessoas, sendo uma noção elementar nos tratados de Direito e Política, além de intuitiva ao ser humano, que a detém como critério do correto agir desde a tenra idade.

Apontando a igualdade, enquanto isonomia, como a própria condição do agir com justiça, afirma ainda Paulo Nader que “ser justo é tratar, igualmente, a todos que se encontram na mesma situação”²³. De outra parte, Eduardo Bittar e Guilherme de Assis de Almeida, referindo que a justiça, enquanto valor, orientaria a “construção histórico-dialética dos direitos”, sendo, todavia, muito difícil a sua conceituação, destacam seu vínculo direto com a ideia de isonomia, aduzindo que nela moraria “a semente da igualdade”²⁴. No âmbito do direito positivo brasileiro, a igualdade é prescrita logo no *caput* e no inciso I do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que inicia seu título II, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, declarando igual condição jurídica do ser humano, seja homem ou mulher²⁵.

²¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 90.

²² NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 156.

²³ *Ibid.*, 2012, p. 72.

²⁴ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 539.

²⁵ CF/88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”.

Partindo do Texto Constitucional, é o sistema jurídico orientado a tutelar a igualdade de tratamento, bem como, a reprimir as condutas que apresentem discriminação despropositada²⁶.

Note-se que todas as construções teóricas modernas sobre o Direito têm como pressuposto a igualdade entre as pessoas, se não a igualdade material, permitindo a mesma fruição dos bens da vida, pelo menos a igualdade formal, retratada pelo tratamento igual perante a lei. Observe-se, nesse sentido, o pensamento de John Rawls, em seu livro *Uma Teoria da Justiça*, onde explica sua tese de justiça como equidade, tendo por importante o vínculo entre o sentimento do justo (justiça como virtude) e o estabelecimento de regras primárias para uma sociedade, disciplinando tanto distribuição dos deveres e direitos fundamentais quanto a divisão equitativa dos benefícios da cooperação social²⁷. Sendo crítico da visão utilitarista, Rawls lança uma teoria alternativa da justiça, partindo de uma base de princípios que seria construída em consenso entre homens iguais e livres por ocasião do pacto social. Em seu experimento imaginário, simulando as condições ideais para a definição das normas básicas de regramento social, referido autor entende que, nessa imaginada situação ideal de igualdade, pessoas racionais, livres e iguais, naturalmente dotadas de senso de justiça, escolheriam os melhores princípios de justiça, o que resultaria de um acordo a partir de procedimento discursivo de justificação, onde todos poderiam livremente fazer propostas e apresentar suas razões²⁸. A racionalidade desinteressada no discurso seria obtida, nesse empreendimento, segundo Rawls, se os participantes estivessem inconscientes da condição social em que seriam lançados no mundo, como sua classe social, dons naturais, inteligência, força etc., pelo que propõe, para a condição inicial, o que denominou de “véu da ignorância”, que os impediria de enxergar sua situação individual. Note-se que, para o autor, a igualdade tanto é condição necessária ao discurso na condição inicial²⁹, quanto produto da escolha, como

²⁶ CF/88: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

²⁷ RAWLS, John. *Justiça e equidade (uma teoria da justiça)*. In: MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. **A ideia de justiça de Platão a Rawls**. Tradução Karina Jannini; revisão da tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 390.

²⁸ *Ibid.*, 2005, p. 404.

²⁹ Vale registrar, no ponto, que ao elaborar sua teoria sobre a posição original da escolha dos princípios de justiça, John Rawls evidencia uma posição epistemológica coerentista, na linha do defendido neste trabalho, afastando o processo dedutivo a partir de axiomas, como no fundacionalismo. Vejam-se suas palavras: “No processo de chegar à interpretação mais adequada da situação inicial, não há um ponto onde se apele ao que é evidente por si mesmo no sentido tradicional, quer de concepções gerais, quer de convicções específicas. Não afirmo que os princípios de justiça propostos sejam verdades necessárias ou dedutíveis de tais verdades. Não se pode deduzir uma concepção de justiça de premissas axiomáticas ou de condições impostas a princípios; mais precisamente, a justificação de tal concepção é uma questão de corroboração mútua de muitas ponderações, do ajuste de todas as partes em uma visão coerente”. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 25.

o primeiro princípio da condição justa. De fato, afirma Rawls que, naquelas condições, os homens escolheriam dois princípios:

o primeiro requer a igualdade na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais, o segundo sustenta que as desigualdades econômicas e sociais, bem como aquelas de riqueza e poder, são justas apenas se produzirem benefícios compensatórios para cada um e, em particular, para os membros menos favorecidos da sociedade³⁰.

Igualdade de tratamento jurídico é, portanto, fundamental para uma sociedade justa, não se olvidando que as diferenças compensatórias devem ser observadas, no âmbito da isonomia. Assim é que os iguais devem ser tratados da mesma forma, sendo que as desigualdades justificadas podem impor tratamento desigual, desde que adequado ao caráter compensatório e observando a dignidade inerente ao ser humano. Do contrário, ou seja, em face de discriminações desarrazoadas, os membros da sociedade imediatamente interpretam o fato como injustiça manifesta, como ocorre quando duas pessoas ingressam em juízo, com lides semelhantes, mas obtêm respostas diferentes, em razão tão-somente da diversidade de entendimento dos órgãos jurisdicionais quanto à compreensão do direito. Tais situações, que não são incomuns em países da tradição romano-germânica, como o Brasil, ainda que teoricamente justificadas, sob o vetusto argumento positivista de que o julgador somente se vincularia à lei e à sua consciência, não convence as pessoas comuns do povo, que as interpretam simplesmente como injustiça, na popular expressão “dois pesos e duas medidas”.

Dessa forma é que a necessidade de estabelecer igualdade de tratamento entre as pessoas configura um dos fundamentos mais utilizados para justificar a vinculação do julgador aos precedentes judiciais, de modo que haja uma uniformidade na prestação jurisdicional. Assim, tratar os casos iguais da mesma forma (*treat like cases alike*) é fundamento básico do direito da tradição *common law*, confundindo-se com o próprio sentido do justo, ao impor aos órgãos jurisdicionais o respeito aos precedentes. É cediço que os tribunais, como os demais órgãos públicos, ao se manifestar sobre um caso, dão ensejo à justa expectativa de que aquela decisão realmente consubstancia o direito em vigor e que voltarão a comportar-se da mesma forma, em casos semelhantes futuros. Note-se que a jurisdição exerce uma função com um certo caráter docente, exemplificando o modo “correto” de compreender o direito vigente. Do contrário, havendo alternância injustificada na interpretação do direito, a

³⁰ RAWLS, John. Justiça e equidade (uma teoria da justiça). In: MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. **A ideia de justiça de Platão a Rawls**. Tradução Karina Jannini; revisão da tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 399.

mensagem que se passa é de insegurança e injustiça. Observem-se, sobre o ponto, as palavras de Ronaldo Cramer:

Treat like cases alike. Apenas nessa máxima, repetida como um dos principais mandamentos do *Common Law*, vê-se que a lógica do respeito aos precedentes é fazer com que casos idênticos sejam tratados de forma idêntica. Ou seja, casos que apresentam tese jurídica já julgada pelo Judiciário devem ser decididos da mesma maneira³¹.

Os que advogam a importância dos precedentes vinculantes também para os países da tradição *civil law* destacam a necessidade de estabilização da interpretação dos textos legais e constitucionais, por respeito à igualdade. De fato, pouco serve a igualdade formal perante a lei, se o texto normativo pode dar ensejo a uma larga amplitude interpretativa, com consequências contraditórias para pessoas que se encontram na mesma situação fática. Assim, mormente em face dos textos constitucionais, que apresentam teor mais próximo dos valores em abstrato, sem muita concretude no que se refere ao delineamento do conteúdo deontológico imposto pela norma, imperioso se mostra o respeito aos julgamentos anteriores, como elementos de revelação e sedimentação desse conteúdo concretizado caso a caso. Os parâmetros interpretativos devem ser seguidos, ou no mínimo justificadamente superados, sob pena de prevalecer aquilo que se convencionou chamar de “jurisprudência lotérica”³², incompatível com o princípio da igualdade de todos perante a lei. Conforme refere Luiz Guilherme Marinoni, em havendo a definição judicial do conteúdo de um direito fundamental ou do significado de um texto legal, essa mesma definição deveria ser aplicada a todas as pessoas, sob pena de violação do princípio da igualdade perante a jurisdição:

Se há uma definição de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas. A menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal, o que eliminaria qualquer possibilidade de se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria sem qualquer razão de ser as normas constitucionais que consagram as funções jurisdicionais de uniformização da interpretação da lei federal ou de atribuição de sentido à

³¹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 59.

³² Vale destacar a crítica de Luiz Guilherme Marinoni sobre a prática judicial brasileira, para ele violadora do princípio da igualdade: “Considerando a atual realidade da prática judicial brasileira, percebe-se que se aceita com naturalidade a ideia de juízes e tribunais proferirem decisões diferentes em casos iguais. Não há surpresa sequer quando um mesmo órgão jurisdicional decide casos iguais de modo diverso num curto período de tempo. Aliás, sequer os juízes ficam constrangidos quando, em face da massa de trabalho que lhes é reservada, proferem decisões absolutamente contraditórias. Por esse motivo se tornou lugar-comum falar na propositura de ação como ‘aposta lotérica’. Não é preciso dizer que isso é fator de deslegitimação da ‘justiça’. Nessa situação, do mesmo modo que a função judicial é desacreditada, o papel do advogado é desprestigiado. Pior: coloca-se em dúvida a imparcialidade do juiz e a ética do exercício da advocacia.” MARINONI, Luiz G. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 105.

Constituição, além de, obviamente, violar a ideia imprescindível de igualdade perante a jurisdição³³.

Para Juraci Mourão Lopes Filho, todavia, a busca por igualdade seria somente uma função secundária do precedente, cuja finalidade principal se consubstanciaria no enriquecimento hermenêutico do sistema jurídico. Lopes Filho adverte que a isonomia proporcionada pelos precedentes judiciais não se concentraria na interpretação da lei, mas seria “uma isonomia na resposta institucional”, de forma que, aquele que se encontra em uma “situação substancialmente similar” deveria receber uma decisão judicial equivalente. Considera referido autor que sempre haveria o risco de “desintegrar” o sistema, com a realização de distinções injustificadas, ou de o “superintegrar”, afastando indevidamente as peculiaridades que deveriam ser reconhecidas no caso seguinte³⁴. Por isso, haveria uma tensão entre segurança e igualdade a ser solucionada pelo julgador. Vejam-se suas palavras:

Essas falácias são especialmente danosas em se tratando de precedentes. Há uma tensão inata entre segurança e igualdade (material). Quanto menos distinções houver, mais fácil será definir o resultado com alguma precisão. A seu turno, quanto mais atenção se der a particularidades, mais difícil será tecer previsões. Tal tensão não é inteiramente tratada pela lei, pois, como esta se volta a tratamento em massa, situações-padrão, casos comuns, quando busca diferenciar, nunca é em um grau preciso. A lei, então, pende para a segurança, formulando apenas diferenciações padronizadas.

Acontece que o ato de julgar é perfeitamente adequado para realizar a “sintonia fina” entre os dois princípios. O juiz, na multicitada mediação lei/realidade, será capaz de aferir a medida certa entre segurança e igualdade material. E essa aferição mais acurada ingressará no sistema como precedente. Esse ganho deve ser valorizado e não elidido transformando-o em norma geral e abstrata que, novamente, penderá para a segurança formal pela hiperintegração³⁵.

Nesse sentido, o respeito aos precedentes judiciais, tanto na linha vertical e superior de produção de decisões quanto no plano horizontal, permite sem dúvida que as pessoas que se encontrem na mesma situação de fato, ou melhor, em situações semelhantes, recebam o mesmo tratamento jurídico, alavancando o nível de igualdade no âmbito social. Todavia, essa igualdade (isonomia) deve ser analisada caso a caso pelo julgador, com o cuidado de não enxergar distinções desarrazoadas que afetariam a igualdade de tratamento, nem deixar de considerar situações particulares relevantes que demandam o recurso à distinção.

³³ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 115.

³⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 385.

³⁵ *Ibid.*, 2016, p. 387.

Importa registrar, ainda, a observação de Neil Duxbury, rejeitando a ideia de que a busca do tratamento igualitário é que teria movido a criação da regra de vinculação obrigatória aos precedentes. Nota Duxbury a antiguidade do princípio da igualdade, pois já era considerado como elemento básico de justiça desde Aristóteles. Assim, o impulso direcionado a esse tratamento com igualdade teria informado “o pensamento na *common law* muito antes do surgimento do *stare decisis*”³⁶. Ademais, o próprio princípio tem suas limitações quanto à vinculação a precedentes, pois, como é óbvio, um precedente evidentemente injusto ou equivocado não deveria ser necessariamente seguido por princípio de igualdade, mas sim superado. Isto é, uma injustiça ou um erro de julgamento não deve ser perpetuado, somente porque todos devem ser tratados da mesma forma. De toda sorte, a busca por igualdade é um dos principais argumentos favoráveis à adoção de um modelo de sistema jurídico que observa os precedentes judiciais, por vincular diretamente o respeito às decisões anteriores com o valor máximo do direito, isto é, à própria ideia de justiça. *Treat like cases alike* é máxima própria do *common law*, mas que se coaduna perfeitamente a qualquer sistema de justiça que se pretenda minimamente justo.

3.2.2 *Promoção da segurança jurídica: estabilidade e previsibilidade pela observância dos precedentes judiciais*

Não somente a justiça, enquanto valor representado pela igualdade e proporcionalidade, interessa ao Direito, pois esse também estabelece como um de seus pilares a segurança, para permitir a ordem, a estabilidade e a previsibilidade das consequências da conduta humana. Com efeito, sem o resguardo da segurança jurídica, o bem constituído pela justiça é frágil e temporário, não servindo aos propósitos humanos. Sobre a importância do valor da segurança, ao lado da justiça, na constituição do Direito, observa Paulo Nader:

Se a justiça é a *meta optata* do Direito, seu grande alvo, não constitui, entretanto, um valor exclusivo deste instrumento de controle social. A segurança jurídica é, também, importante valor a ser consagrado pelo legislador e considerado nas decisões judiciais. Cumpre à Filosofia do Direito, conforme anteriormente salientado, buscar a harmonia entre ambos e, não sendo isto possível, orientar quanto à prevalência à vista dos casos concretos³⁷.

³⁶ Nas suas palavras: “Aristotle considered the impulse to dispense such treatment a basic element of justice. There is certainly some evidence that this impulse informed common-law thinking long before the emergence of *stare decisis*.” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 36.

³⁷ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 68.

Com efeito, a ânsia por segurança (*lato sensu*) é inerente à constituição psicológica da pessoa humana, o que a impele a pôr em movimento uma série de condutas e estratégias para resguardo de sua pessoa e de seus bens no âmbito do convívio social. Desse modo, a própria organização da vida em sociedade desenvolve-se de forma a permitir o maior controle possível dos elementos de instabilidade, com o fim de promover proteção do patrimônio adquirido e a busca de novos fatores de satisfação das necessidades humanas, ao passo que se evita a ocorrência de situações de supressão desses bens. Assim, sem perder a consciência de que se trata de uma visão simplificada do ser humano, muito mais complexo em todas as faces de sua vida, impondo sempre um nível de simplificação nos enunciados a seu respeito, e sem endossar qualquer visão utilitarista da realidade, pode-se dizer que o homem se conduz com vistas a aumentar as possibilidades (presentes e futuras) de fruição dos bens da vida que satisfazem às suas necessidades, ao tempo que busca evitar a perda desses elementos de satisfação.

Em suma, e reiterando que se trata de uma visão sabidamente simplificada, mas necessária ao desenvolvimento deste ponto do discurso, pode-se concluir que se move o ser humano em direção à satisfação de suas necessidades, ao passo que se tenta desviar das situações de redução dos bens presentes ou das possibilidades de incremento futuro. A necessidade de assegurar a permanência das posições jurídicas de vantagem já consolidadas e integradas ao patrimônio jurídico de seu titular (*status quo*) e permitir a previsão das consequências de sua conduta, mostra-se imprescindível ao progresso e ao desenvolvimento humano. De fato, nada freia mais os impulsos da ação humana quanto a incerteza das consequências de sua conduta para a preservação de sua integridade física e moral, sua liberdade e proteção de seu patrimônio e de sua família. Assim, a possibilidade de antecipar mentalmente o resultado de sua ação é o que permite ao ser humano desenvolver-se integralmente, tanto no âmbito pessoal quanto profissional.

A segurança jurídica, nesse sentido, é apenas uma das faces da estrutura geral de proteção desejada pelo ser humano, mas das mais importantes. Com efeito, a sociedade que se outorga algum nível de democracia passa a observar o direito como elemento de proteção contra o arbítrio do poder político, assim como instrumento de salvaguarda de seu patrimônio existencial contra ingerências indevidas. Ainda que não se adote o reducionismo marxista de superestimação econômica do espírito humano, pode-se observar o direito como uma estrutura fundamental ao trânsito da vida econômica, permitindo a racionalização das condutas, com expectativas de resultados previsíveis. O

Estado de Direito é, assim, não somente aquele em que o próprio governante se submete à lei, mas também o que consegue lançar aos homens instrumentos de garantia para a condução autônoma e segura da própria vida.

Se é possível alçar a justiça como valor maior a ser concretizado pelo Direito, pode-se sem temor cunhar a segurança no lado oposto da mesma moeda. Sem segurança jurídica, qualquer vestígio de justiça é contingente e incerto³⁸. Por isso que a Constituição Federal de 1988 estabelece normas de proteção à estabilidade das relações jurídicas e a previsibilidade das consequências das ações humanas, quando dispõe, por exemplo, no já *caput* do art. 5º, a inviolabilidade, dentre outros, do direito à segurança³⁹, bem como, no inciso XXXVI do mesmo dispositivo, a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada mesmo em face do legislador⁴⁰, e no inciso XL a irretroatividade da lei penal não benéfica⁴¹. Ainda no âmbito do texto constitucional, não se pode esquecer das normas de proteção ao contribuinte quanto a exações não previamente estabelecidas em lei, como se observa no art. 150, I⁴². A Constituição Federal, pode-se perceber, busca proteger o cidadão e o contribuinte contra possíveis arbitrariedades do Poder Público, por ações imprevisíveis.

³⁸ Vale reproduzir a observação de Paulo Dourado de Gusmão sobre a fragilidade do valor justiça em face da ausência de segurança: “Variando historicamente a justiça e devendo realizá-la o direito, forçoso admitir a incerteza, o caos, a insegurança, se reduzida ao único fim do direito (a não ser que santos sejam os homens). Tal consequência é incompatível com ela mesma. Por isso, além dela o direito deve ter por objetivo a segurança jurídica. Como entendê-la? A *segurança jurídica* é a relativa estabilidade da ordem jurídica, garantidora, por um período razoável, do conteúdo das normas que a compõem. Expressa o espírito conservador inerente ao direito. Pode ser entendida como: 1) proteção aos direitos adquiridos; 2) certeza da obrigatoriedade e da aplicação igual do direito a todos indistintamente; 3) garantia de as situações jurídicas perfeitas e de a coisa julgada não estarem ao sabor das modificações da legislação; 4) possibilidade do conhecimento do direito por qualquer um. Decorre daí três princípios: 1) anterioridade da lei ao fato; 2) igualdade de todos diante a lei; 3) proteção dos direitos adquiridos e das situações jurídicas perfeitas, não alcançáveis pela lei nova. Inicialmente a segurança jurídica foi entendida como o fim do direito tendo por objeto a proteção do homem contra os arbítrios do poder. Com o crescimento e a complexidade do Estado e dos grupos de pressão, passou a ser invocada também pelo Estado, seja como segurança nacional, seja como segurança da ordem jurídica ou de suas decisões políticas. Desde então entre os seus princípios encontra-se a ordem pública. A segurança, diz respeito, pois, à segurança individual, social, estatal, política e internacional. Pressuposta em todos os ramos do direito, no direito público, na teoria da divisão dos poderes, no princípio de ordem pública; no direito penal, na proibição da aplicação de analogia da lei penal e no princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*); no direito privado, na exclusão da analogia das leis excepcionais, das que restringem direitos e na teoria do direito adquirido e da irretroatividade das leis.” – GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 80-81.

³⁹ CF/88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

⁴⁰ CF/88: “Art. 5º [...], XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

⁴¹ CF/88: “Art. 5º [...], XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”

⁴² CF/88: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”

De outra parte, nem mesmo o princípio da legalidade pode assegurar plenamente a proteção contra arbitrariedades, quando o texto normativo se coloca sujeito a diversas possibilidades de compreensão de seu sentido. Note-se que a interpretação do sistema jurídico pelos juízes, enquanto processo sujeito a modificações de entendimento e reflexos de elementos subjetivos do intérprete-aplicador, foi e continua sendo objeto de discussão no âmbito da ciência jurídica, por ser fator que coloca em risco a segurança. As estratégias adotadas para lidar com essa insegurança inerente à atividade judiciária não foi a mesma em todas as tradições. Como visto, no século XIX, enquanto a França editou seu Código Civil, proibindo a interpretação dos magistrados⁴³ que não fosse eminentemente literal dos dispositivos legais, instituindo tribunais de cassação para o controle hermenêutico, a Inglaterra, com seu sistema da *common law*, apostou na obrigatoriedade de seguirem-se os precedentes judiciais, como forma de manter a estabilidade da aplicação das regras jurídicas (*rules of law*).

Inegável que, com a desvinculação ontológica entre texto legal e norma jurídica, entendida esta última como o resultado de um processo interpretativo, ou seja, como o sentido apreendido (ou construído) pelo intérprete-aplicador, sempre se observará uma certa instabilidade no conteúdo normativo, pois o dispositivo legal é novamente posto em observação para compreensão pelo juiz a cada novo caso julgado, em um círculo hermenêutico que tende a um infinito de possibilidades. Assim, peculiaridades de cada caso ou mesmo o *background* do julgador poderia, em tese, modificar o sentido normativo final do mesmo texto. No caso da *common law*, a observação obrigatória dos precedentes tende a reduzir o casuísmo próprio do sistema, eis que, em muitas ocasiões, sequer há um texto legislado para orientar a decisão. Foi essa a opção do direito Inglês, como solução às incertezas que levavam a críticas doutrinárias, como às de Bentham, que denominada impiedosamente o sistema de *dog law*. O sistema francês, por outro lado, ao passo que elegia a lei como solução para incertezas e um marco de racionalidade, relegou inicialmente o precedente ao esquecimento, por não nutrir confiança na jurisprudência.

Todavia, a própria história tratou de mostrar o equívoco do modelo exegético francês, eis que o positivismo clássico nunca foi capaz de conter a discricionariedade do

⁴³ Como observam Michel Troper e Christophe Crzegorczyk, não se considera o precedente vinculante no direito francês: “*In the French legal language, the word ‘precedent’ never means a binding decision, because courts are never bound by precedentes*”. Em livre tradução: “Na linguagem jurídica francesa, o termo ‘precedente’ nunca significa uma decisão vinculante, porque os tribunais não estão vinculados aos precedentes.” TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 111.

juiz, deixando sempre um campo aberto à “livre” escolha de sentido a atribuir ao texto legal, como a moldura hermenêutica de que falava Kelsen. Ora, se o aplicador não se vincula aos sentidos já expressos nos julgados precedentes, parte sempre de um grau zero de sentido a cada nova interpretação-aplicação, ligado que está apenas a um texto de generalidade e abstração máximas. Assim, a doutrina, mesmo nos países de tradição romano-germânica, passou a defender a observação obrigatória dos precedentes judiciais, principalmente das cortes superiores, como um dos elementos de estabilidade jurídica. Não resta dúvida de que conhecer como os tribunais interpretam a lei é fundamental para que os cidadãos desfrutem de alguma segurança jurídica, o que se torna impossível se a interpretação é fluida e instável.

Dessa forma, a segurança jurídica é um dos fundamentos deontológicos mais comumente levantados em defesa da adoção de um sistema jurídico que respeite os precedentes judiciais também nos países de tradição romano-germânica, incluindo o Brasil, revelando-se esse valor, como visto, tanto na dimensão de estabilidade quanto de previsibilidade. No caso do direito constitucional brasileiro, deve-se observar que a insegurança jurídica em face de controvérsia interpretativa de órgãos do judiciário é um dos motivos que pode ensejar a edição de uma súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do § 1º, do art. 103-A, da Constituição Federal⁴⁴. De outra parte, o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), ao deixar clara a adoção de um modelo jurisdicional de respeito aos precedentes, reforçou a necessidade de estabilidade da jurisprudência nacional, no *caput* do seu art. 926⁴⁵.

Enquanto estabilidade, a segurança jurídica somente é preservada quando a jurisprudência observa a mesma compreensão a respeito das normas jurídicas integrantes do sistema ao longo do tempo⁴⁶, isto é, sem produzir bruscas oscilações na interpretação jurídica. Assim, a estabilidade consubstancia a dimensão objetiva da segurança jurídica, possibilitando aos jurisdicionados ambiente seguro ao desenvolvimento de suas potencialidades, sem receio de que a licitude imaginada se convole repentinamente em ilicitude ao sabor das ocasiões.

⁴⁴ CF/88: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

⁴⁵ CPC/2015: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

⁴⁶ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 59.

Não se espera, por óbvio, imutabilidade absoluta na condução dos assuntos jurídicos, já que se encontra o direito a serviço de uma sociedade que modifica gradativamente seus valores ao longo do tempo. Todavia, como nota Ronaldo Cramer, “a alteração de leis e precedentes sem critério e com frequência maior do que a tolerável torna a ordem jurídica incerta e compromete a eficácia das normas jurídicas”⁴⁷. É a estabilidade da interpretação jurídica que, em último caso, permite um mínimo de “previsibilidade” ou “calculabilidade” no âmbito do Direito, o que demanda certa uniformidade na interpretação e aplicação do substrato jurídico. Para Amilcar Araújo Carneiro Júnior, a estabilidade seria a “ideia nuclear do conceito de segurança jurídica”, do que se tem afastado a realidade brasileira, em relação às decisões judiciais⁴⁸.

Conforme refere Luiz Guilherme Marinoni, a estabilidade somente poder ser obtida quando os magistrados se observam como integrantes de um mesmo sistema de justiça, e não dotados de uma autonomia que os habilita a decidir de qualquer forma, desconsiderando “a globalidade do sistema de produção de decisões”, o que ocorreria no Brasil. Para referido autor, na cultura jurídica brasileira ainda se trabalharia com a ideia de que todo magistrado teria “poder para realizar a sua ‘justiça’ e não para colaborar como o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional”⁴⁹. Com efeito, ainda que haja frequentemente referência à jurisprudência nas peças jurídicas produzidas no âmbito dos processos judiciais do Brasil, a prática revela pouco mais que um instrumento de reforço argumentativo, isto é, um elemento de suporte à decisão já tomada neste ou naquele sentido, faltando o desenvolvimento de uma consciência jurídica que busque a coerência da ordem jurídica como um todo, para que em cada face de sua apresentação reflita a unidade do mesmo sistema. Essa busca pela coerência, pela relação de congruência e continuidade entre as decisões proferidas, é que pode conduzir à maior estabilidade do sistema de justiça.

Por outro lado, note-se que a previsibilidade consubstancia, em verdade, corolário da própria segurança jurídica, na sua dimensão subjetiva⁵⁰, possibilitando aos cidadãos e jurisdicionados antevê as consequências de seus atos em face da incidência das normas legais. Permite, pois, em um Estado de Direito, o trânsito mais seguro no âmbito jurídico, já que o

⁴⁷ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 58.

⁴⁸ CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 314.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 103.

⁵⁰ CRAMER, Ronaldo. Op. cit., 2016, p. 55.

futuro não se mostra mais tão obscuro, em razão da legítima expectativa de que as mesmas luzes que possibilitaram ao intérprete-aplicador a leitura do sistema jurídico em casos passados continuarão a conduzir seus passos nos próximos julgamentos, com a estabilização da jurisprudência através do respeito ao precedente. Como refere Ronaldo Cramer, “um sistema jurídico que tolera a não observância dos precedentes não apenas desinforma a sociedade do que é certo ou errado para o Direito, mas, principalmente, cria insegurança jurídica”⁵¹. Registre-se interessante relação estabelecida por Marinoni entre a previsibilidade jurídica promovida pelos precedentes e a racionalidade econômica:

A previsibilidade permite a definição das expectativas do empresário e, assim, colabora para a otimização dos investimentos e para a racionalização dos gastos com estrutura e matéria prima, viabilizando, ainda, a adequada remuneração dos trabalhadores. Os investimentos, na falta de previsibilidade, são mais onerosos e menos eficientes, o que desestimula o incremento dos negócios.

Além disso, a racionalidade econômica requer a tutela da confiança. A confiança nos atos do Poder Público é fundamental para o investimento econômico e o dispêndio de energia em projetos importantes para o desenvolvimento do país. Atos de violação da confiança, que se tornam inevitavelmente conhecidos pelos potenciais investidores, obviamente desestimulam novas iniciativas. Por isso, quando um projeto econômico se pauta num precedente, há necessidade de cautela em relação aos efeitos temporais da eventual decisão que o revoga⁵².

De uma forma geral, a previsibilidade é necessária não somente aos cidadãos, mas também à própria Administração Pública, que se encontra sempre envolta em disputas judiciais. Considera Pugliese que “a função primordial das leis é orientar as condutas sociais de pessoas e da Administração Pública, pelo que as regras devem ser bem definidas” de forma que, havendo “confusão ou dúvida a respeito do significado de uma norma, não há como um indivíduo pautar suas ações de acordo com o Direito”⁵³. Saber previamente o entendimento jurisprudencial sobre determinada matéria, e estar seguro quanto à permanência dessa interpretação permite, por exemplo, que o próprio Estado-Administração oriente a conduta de seus agentes para evitar demandas desnecessárias, ou mesmo para deixar de resistir judicialmente a pretensões consideradas legítimas. Essa seria, por exemplo, uma das funções a desempenhar a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal⁵⁴.

⁵¹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 55.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111.

⁵³ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil**. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 64. (Coleção o novo processo civil).

⁵⁴ Importante notar, todavia, que o estabelecimento de precedentes vinculantes, por si só, não exclui em absoluto a existência de insegurança jurídica. Tanto que o próprio Código de Processo Civil observa a possibilidade de modulação de efeitos de decisão em caso de alteração de jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal

De outra parte, o respeito aos precedentes judiciais poderia permitir às pessoas em geral o estabelecimento de expectativas legítimas quanto a suas condutas, conduzindo à racionalidade. Não apenas as pessoas comuns passam a estar mais cientes de seus direitos, na forma como compreendidos pelos tribunais, como os profissionais da área jurídica dispõem de maiores subsídios para orientação de seus clientes. Considera Amilcar Araújo Carneiro Júnior que ao se atingir um excelente grau de previsibilidade, “na mesma proporção se sedimentará a confiança no sistema”⁵⁵. Nesse sentido, destacando a maior previsibilidade proporcionada no sistema da *common law*, por basear-se na legítima expectativa sobre as decisões judiciais e não na própria lei, observa Marinoni:

A verdade é que o pleno conhecimento do direito legislado não apenas é impossível, mas igualmente dispensável para a previsibilidade e para a tutela da segurança. Sublinhe-se que o *common law*, que certamente confere maior segurança jurídica que o *civil law*, não relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas sim com a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. O advogado de *common law* tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado, porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não. A lógica dessa tradição não apenas é inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do *civil law* não é tão certo quanto o direito do *common law*, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário⁵⁶.

Lado outro, não se pode afirmar que a mera adoção de precedentes judiciais exclui, por si só, a imprevisibilidade do conteúdo normativo. Note-se que, conforme lição de Neil Duxbury, não é incomum no sistema da *common law* o desconhecimento de precedentes pelos participantes do processo, levando à alegação do que se denomina “precedente

e dos tribunais superiores, além da oriunda de julgamento de casos repetitivos, em favor do interesse social e da segurança jurídica (art. 927, § 3º, CPC/2015). Observe-se, por exemplo, que quando do advento da Súmula Vinculante n. 24, firmando o entendimento da necessidade de prévio exaurimento da via administrativa, com lançamento definitivo do tributo, para a tipificação de crime material previsto no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/90, restou a dúvida doutrinária sobre o início da contagem do prazo prescricional de fatos ilícitos ocorridos antes da virada jurisprudencial, se no momento da prática delituosa ou por ocasião do lançamento. Em artigo específico sobre o tema, Hugo de Brito Machado Segundo considera que o teor do enunciado não seria meramente interpretativo, mas inovaria o ordenamento jurídico, pelo que não poderia “retroagir para adiar o início do prazo de prescrição” em prejuízo do réu. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A irretroatividade da súmula vinculante 24 e a prescrição impeditiva da ação penal. **NOMOS**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará - PPGD/UFC, Fortaleza, v. 33, n. 1, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/870>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

⁵⁵ CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 315.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 99-100.

surpresa” (*surprise precedent*)⁵⁷. Ademais, importante observação é feita por Juraci Mourão Lopes Filho, no sentido de que não se poderia aguardar maior previsibilidade com o uso dos precedentes judiciais, em se mantendo a mesma visão exegética com que se pretendia a segurança através das leis. Com base na lição de Herbert Hart, pontua Lopes Filho que tanto as regras quanto os precedentes apresentariam textura aberta⁵⁸, com zonas de incerteza em que se lançam os intérpretes, não se podendo superar essa dificuldade como o estabelecimento de “uma estruturação sistemática hierarquizada e organizada de maneira piramidal e formal”⁵⁹. Nota que, assim como os enunciados legais, os precedentes demandam interpretação, discussão e debate, não se podendo “impedir a interpretação dos juízes”⁶⁰. Nesse sentido, Lopes Filho, que funda sua teoria na hermenêutica filosófica, observa que somente haverá contribuição dos precedentes caso se adote a perspectiva de abandono do positivismo. Sobre a insuficiência da visão hierárquica para garantia da previsibilidade, vejam-se as palavras do referido autor:

Enfim, o precedente não tem nenhuma característica para assegurar a absoluta antevisão de resultado, se tomado como simplesmente um padrão normativo definido com a abstrativização. Insistir nisso ocasionará uma frustração ou uma simples concentração de poder na última instância jurisdicional, que terá o único diferencial de ser a palavra final, fazendo que todo o arquétipo surgido tenha como pedra angular puramente autoridade do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais superiores. Não se pode admitir isso no constitucionalismo contemporâneo. Tentar alcançar a previsibilidade exegética mediante uma ingênua crença na vinculação é um grande equívoco. Essa é a razão para se criarem instrumentos acessórios de constrangimento da atividade do juiz, tais como a ideologia da subordinação hierárquica, difundindo a ideia de que as decisões de primeiro e segundo grau ‘não importam’, bem como os mecanismos de punição administrativa para os recalcitrantes; tudo a revelar não a força do precedente, mas sua fraqueza e debilidade⁶¹.

Em suma, é certo que a legalidade tem mais chance de ensejar segurança jurídica quando o conteúdo do texto legal permanece estável no âmbito da interpretação dos tribunais. De fato, o sentido do texto legal não pode variar arbitrariamente, a ponto de se converterem as pretensões jurídicas em “meras apostas”, cujo resultado depende da opção de entendimento do

⁵⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 6.

⁵⁸ Segundo Hart: “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 grande massa dos casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida; terão o que se tem chamado de textura aberta.” 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, 2012, p. 166.

⁵⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 119.

⁶⁰ *Ibid.*, 2016, p. 121.

⁶¹ *Ibid.*, 2016, p. 121-122.

julgador. De toda sorte, não basta substituir a lei pelo precedente para obter-se certeza do direito, pois tanto o texto normativo quanto o enunciado com fundamento em precedente judicial demandam interpretação pelo órgão judiciário aplicador. Torna-se necessário partir do pressuposto de que haja uma resposta “correta” (ou mais correta) do sistema jurídico a ser buscada racionalmente, a partir dos vínculos lógicos entre as respostas apresentadas no passado e as que se esperam obter no futuro, mas com base em uma teoria adequada, que não se justifique apenas em obediência hierárquica, mas que resguarde a coerência do sistema jurídico como um todo. Essa possibilidade de antever o posicionamento dos órgãos jurídicos frente às situações fáticas permite maior confiança⁶² do jurisdicionado nos agentes públicos encarregados da prestação jurisdicional.

3.3 Fundamentos pragmáticos do respeito aos precedentes

Há vários outros motivos para se defender a adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais. Alguns desses fundamentos são de ordem consequentialista, ou meramente pragmáticos, destacando os benefícios para o sistema de justiça com a regra do *stare decisis*, mas sem consistência teórica mais profunda.

3.3.1 Duração razoável do processo

Neste momento, serão expostos os fundamentos de índole meramente pragmática utilizados na fundamentação da defesa de um sistema jurídico em que se respeitam as teses jurídicas expostas em decisões anteriores como vinculantes de novos julgados. Note-se, desde logo, que são argumentos de âmbito mais periférico, sem maior densidade teórica, mas que servem como reforço em favor dos precedentes vinculantes, por evidenciarem benefícios prático ao sistema de justiça com a sua adoção.

Dos mais destacados argumentos de ordem prática, figura a promessa de ser o precedente um instrumento para a celeridade processual, ou seja, da sua colaboração para tornar efetivo o princípio constitucional da duração razoável do processo, expresso no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal⁶³, incluído no âmbito da reforma do Judiciário promovida pela Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004. Argumenta-se, em resumo, que a fixação de teses jurídicas mais estáveis, e de observância obrigatória pelos

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 108.

⁶³ CF/88: “Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

tribunais e juízes, conduziria à tramitação processual mais acelerada, por tornar desnecessários maiores debates acerca da posição jurídica de vantagem em face do sistema normativo e facilitar a decisão dos magistrados⁶⁴. Sobre o ponto, observem-se as palavras de William Pugliese:

Ao respeitar os precedentes, os magistrados poderão solucionar os casos repetidos com maior rapidez. Com isso, poderão dedicar maior parte de seu tempo para as questões novas e de difícil solução. Isso quer dizer que os precedentes também contribuem para que a duração do processo seja aprimorada. Ou seja, se o magistrado tem acesso a uma decisão compatível com a do caso que tem a julgar, proferida por ele mesmo ou por um tribunal que pode reformar sua decisão, é desnecessário que elabore uma sentença absolutamente nova⁶⁵.

No mesmo sentido, para Luiz Guilherme Marinoni, a observância dos precedentes judiciais contribuiria para a celeridade processual. Vejam-se suas palavras:

O respeito aos precedentes constitui excelente resposta à necessidade de dar efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo, privilegiando autor, réu e os cidadãos em geral. Se os tribunais estão obrigados a decidir de acordo com as Cortes Supremas, sendo o recurso admissível apenas em hipóteses excepcionálíssimas, a parte não tem de necessariamente chegar à Corte Suprema para fazer valer o seu direito, deixando de ser prejudicada pela demora e também de consumir o tempo e o trabalho da administração da justiça⁶⁶.

Nesse sentido, com a adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais, haveria não somente economia argumentativa ou supressão de vias recursais, quando essas tivessem por finalidade lançar dúvida sobre a tese jurídica adotada pelo julgador, mas também a própria abreviação do procedimento, como se poderia dar, por exemplo, com a improcedência liminar do pedido, previsto no art. 332 do novo Código de Processo Civil, para as causas em que não haja necessidade de instrução probatória e a pretensão do autor contrariar específicos precedentes dos tribunais, bem como, através do julgamento monocrático em via recursal, quando o relator pode negar provimento ao recurso, em face de sua contrariedade aos precedentes judiciais em referência, ou dar provimento ao pleito do recorrente, após apresentadas as contrarrazões, considerando a decisão recorrida contrária àqueles precedentes,

⁶⁴ Importa registrar que, para Juraci Mourão Lopes Filho, uma das funções secundárias do precedente é justamente proporcionar “economia argumentativa”, facilitando a prestação jurisdicional, já que dispensaria refazer toda uma argumentação estabelecida no caso anterior. Todavia, alerta o autor a economia argumentativa não dispensaria a necessária fundamentação do julgado, mas apenas a repetição do que fora institucionalmente sedimentado. LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 395-398.

⁶⁵ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 60. (Coleção o novo processo civil).

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 138-139.

conforme art. 932, IV e V, do estatuto processual civil em vigor. Essas possibilidades de suprimir etapas procedimentais, por necessidade de respeito ao entendimento sedimentado, são evidências de um bom uso da teoria dos precedentes no sistema da *civil law*, desde que respeitado o princípio do devido processo legal (*due process of law*).

Não há dúvida de que, com o incremento da duração razoável do processo, por meio dos reflexos da adoção do *stare decisis*, pode-se antevê melhora na própria efetividade da prestação jurisdicional, posto que tenderá a responder aos anseios da sociedade como mais brevidade, entregando efetivamente o bem da vida tutelado pelo direito substantivo em tempo oportuno. Nota Amilcar Araújo Carneiro Júnior que a observação dos precedentes dos Tribunais Superiores contribuiria “para a otimização do tempo do processo, tornando-o mais efetivo, diminuindo os custos, proporcionando maior eficiência e gerando maior credibilidade do próprio Poder Judiciário como um todo”⁶⁷.

Destaque-se, ademais, os instrumentos processuais vinculados aos precedentes destinados à solução para causas repetitivas. Em verdade, se existe uma litigiosidade exagerada que estrangula a prestação jurisdicional no Brasil, nota-se que se concentra principalmente em algumas áreas específicas do Direito (Direito do Consumidor, Direito Tributário, Direito Previdenciário, por exemplo) com algum ponto de duvidosa interpretação ou de instabilidade jurisprudencial. Assim, torna-se importante a uniformização da jurisprudência e a observância das teses jurídicas firmadas para solucionar de forma mais célere e segura essas demandas. Sobre o ponto, vejam-se as palavras de Ronaldo Cramer:

se o Judiciário julgar os casos repetitivos de forma particular, sem nenhum parâmetro decisório uniformizador, a tendência é que essas ações acabem abarrotando o estoque judicial e criando severos transtornos para o exercício da atividade jurisdicional, como, aliás, tem ocorrido com o Judiciário atual⁶⁸.

3.3.2 *Desestímulo à litigância e favorecimento de acordos*

Outro argumento lançado em defesa do respeito aos precedentes judiciais no sistema jurídico nacional é que haveria desestímulo à litigância, reduzindo o número de demandas ajuizadas e, conseqüentemente, permitindo a racionalização dos recursos materiais e humanos do Poder Judiciário.

⁶⁷ CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 319.

⁶⁸ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 63.

Em suma, argumenta-se que a estabilização da jurisprudência, com a fixação de teses jurídicas conhecidas por todos e observadas em geral pelos magistrados, arrefeceria o intento demandista, suprimindo não somente ações temerárias, denominadas pejorativamente, na prática forense, como “aventuras jurídicas”, mas também inúmeras ações propostas por profissionais da maior seriedade, em razão da dubiedade de compreensão de textos normativos, permitindo mais de uma interpretação. Os precedentes funcionariam aqui como uma chave para oclusão do sistema, evitando dispersões de entendimento e a insegurança jurídica dela naturalmente decorrente. Sobre o efeito dos precedentes para redução da demanda, valem as palavras de William Pugliese:

O litígio só prossegue se as partes acreditarem que têm chance de receber uma decisão favorável. Assim, a incerteza é uma condição necessária para que se dê continuidade ao processo judicial. Se a incerteza é grande, haverá um alto número de litígios, inclusive no âmbito recursal.

No entanto, se as decisões judiciais passam a ser respeitadas como precedentes, a incerteza é reduzida e, por consequência, o número de litígios torna-se menor. Nesse sentido, ao se revestir como precedente, a decisão projeta a influência dos juízes com maior eficácia para guiar comportamentos futuros e para que os particulares resolvam seus conflitos sem a necessidade de recorrer ao Judiciário⁶⁹.

No mesmo sentido, vejam-se as palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

A previsibilidade das decisões judiciais certamente dissuade a propositura de demandas. A parte que se julga prejudicada, quando tem conhecimento de que o Judiciário não ampara a sua pretensão certamente não tem razão para gastar tempo e dinheiro em busca de uma tutela jurisdicional que, de antemão, sabe que lhe será desfavorável. Contudo, quando ao advogado não resta outra alternativa a não ser informar ao seu cliente de que, no que diz respeito ao seu problema, o Judiciário já tem decidido de várias formas, fica a parte com a viva impressão de que deve propor a demanda, arriscando obter uma decisão favorável. Afinal, se um juiz ou uma Câmara ou Turma pode lhe dar ganho de causa, entre outros que podem lhe dar decisão favorável, vale a pena arcar com os custos do processo. O autor da ação é obrigado a pensar com a lógica de um apostador, transformando o distribuidor judicial em espécie de roleta, cujo último sopro determinará a sorte do litígio. Há nítida possibilidade de o Judiciário ser visto como casa lotérica, na qual a aposta é conveniente, mesmo se podendo pagar caro⁷⁰.

Como antes referido, o texto legal não encerra em si um significado pronto e estéril a ser aplicado pelo magistrado em um simples processo de subsunção, como que acoplando a hipótese plenamente delimitada na lei ao seu correspondente do mundo dos fatos. Ao contrário, é necessário primeiro reconstruir o sentido da norma, por meio do processo de interpretação, mediando o caminho entre as palavras da lei e a norma reconstruída como seu

⁶⁹ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 68. (Coleção o novo processo civil).

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 135.

sentido. Dessa forma, entre o texto legal e seu significado normativo há um percurso que somente pode ser realizado pelo intérprete. O que os precedentes fazem, na prática, é tornar mais denso o texto normativo, aproximando a norma em abstrato dos fatos da vida, o que enseja a redução das possibilidades hermenêuticas, tendo em vista que o intérprete-aplicador deverá sempre observar o sentido já atribuído por ocasião do julgamento anterior. No caso brasileiro, em que se tem um sistema com reconhecida prevalência da tradição romano-germânica, a lei é o elemento básico da normatividade em abstrato, pelo que prevalece a necessidade de precedentes interpretativos, para reduzir a dispersão da jurisprudência.

A crença, nesse ponto, é que a prévia compreensão do sentido normativo institucionalmente adotado, ou seja, da compreensão do direito pelo Poder Judiciário, desestimule o ingresso em juízo daqueles que sustentam pretensão jurídica contrária ao que se encontra arraigado na tradição judiciária. Como registra Ronaldo Cramer, “no sistema de precedentes, a tendência é que, quando fixado um precedente sobre determinada tese, as ações sobre essa tese diminuam ou deixem de ser propostas”⁷¹. Ademais, sustenta-se inclusive que, além da redução do fluxo de demandas, a observância dos precedentes deverá favorecer a realização de acordos, tendo em vista que as partes já conhecerão de antemão suas reais possibilidades de sucesso na lide, optando pela solução consensual. Nesse sentido, os próprios advogados teriam mais subsídios para orientar seus clientes, no que se refere à conveniência ou não de firmar acordos para prevenir ou solucionar demanda. Como observa Marinoni, “para chegarem a um acordo, as partes devem estar em situação em que suas vantagens e desvantagens possam ser claramente conhecidas e objetivamente negociadas”⁷². Para isso, contribui sem dúvida um sistema que respeite os precedentes judiciais, por permitir a previsibilidade das decisões judiciais futuras.

Considera a doutrina, ainda, a vantagem que a observância dos precedentes confere ao sistema judiciário, ao desestimular a interposição de recursos contra decisões calcadas em tese jurídica firmada em decisões anteriores vinculantes, arrefecendo o ímpeto de manejo de instrumentos recursais meramente protelatórios⁷³. Com efeito, consequência da insegurança jurídica é a constante tentativa das partes interessadas de fazer verter em seu favor novas interpretações dos textos normativos, quando se encontram em ambiente caótico e

⁷¹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 63.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 136.

⁷³ CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 318.

juridicamente instável, o que buscam através das vias recursais, tornando ainda mais assoberbada de trabalho a máquina judiciária.

3.3.3 Fortalecimento institucional do Poder Judiciário

Deve-se registrar, também, o argumento de ser importante o respeito aos precedentes judiciais para o fortalecimento institucional do Poder Judiciário. Segundo os que defendem esse ponto, adotando-se um sistema de respeito aos precedentes⁷⁴, os magistrados tenderiam a deixar de agir com exagerada autonomia interpretativa, passando a compreenderem-se como pertencentes a uma única estrutura de poder da qual devem emanar decisões harmônicas. Dessa forma, haveria a redução do que se convencionou chamar de “solipsismo judicial”⁷⁵, em que o guia para a decisão judicial seria apenas a consciência individual e desvinculada da tradição jurídica institucional, numa atitude pragmática semelhante à postura do realismo norte-americano, onde se buscava a “solução justa” do caso concreto, independentemente dos vínculos deontológicos estabelecidos pelos precedentes e pela interpretação das leis já consolidada na prática dos tribunais.

Com efeito, ainda que não se concorde em absoluto com a imagem um tanto caricatural e exagerada traçada por Lênio Streck quanto ao magistrado que se mostra tendente a decidir conforme sua compreensão individual de justiça, em razão de ser tênue a linha que divide o âmbito da independência e do livre convencimento motivado do campo de real desprezo pela legalidade ou pela jurisprudência consolidada, sendo fundamental para o regime democrático a liberdade de convicção judicial, o certo é que a observação da tradição

⁷⁴ Evita-se no âmbito deste trabalho a utilização da expressão “sistema de precedentes”, muito comumente usada na doutrina nacional, por considerá-la equivocada. Defende-se que não se implantou no Brasil um real “sistema de precedentes”, como se existisse um sistema formado por elementos exclusivamente jurisprudenciais, paralelo ao sistema normativo legal. Ao contrário, defende-se nesta dissertação que os precedentes vinculantes constituem elementos integrantes do mesmo ordenamento jurídico, que deve ser tomado como um todo harmônico, constituído por todas as fontes de emanção de influxos deontológicos, sejam provenientes de normas produzidas pelo Poder Legislativo, sejam resultado da interpretação levada a efeito pelo Judiciário.

⁷⁵ Por todos, vale registrar as críticas de Lenio Luiz Streck à decisão judicial baseada na consciência individual, afirmando que a base desse pensamento estaria no fundamento filosófico do sujeito moderno. Observe-se parte de seu texto sobre o ponto: “É preciso entender que o sujeito solipsita – que está na base da afirmação do tipo ‘decido conforme minha consciência’ – é uma construção filosófica que deita suas raízes no que antes delineei. Essa concepção tem como ponto de partida o *cogito ergo sum* de Descartes, passando pelas mônadas de Leibniz, pelo eu transcendental de Kant, até chegar a seu extremo em Schopenhauer, com a ideia de *mundo como vontade e representação*. Com efeito, como afirma Blackburn, o solipsismo ‘é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o *conhecimento* objetivo de algo para além deles’. Trata-se, portanto, de uma corrente filosófica que determina que exista apenas um *Eu* que comanda o Mundo, ou seja, *o mundo é controlado consciente ou inconscientemente pelo Sujeito*. Devido a isso, a única certeza de existência é o pensamento, instância psíquica que controla a vontade. *O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o Sujeito imagina, quer e decide o que é.*” STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

jurisprudencial, ao passo que se dirige à uniformização das respostas dadas à sociedade, tende a estreitar os vínculos dos membros do Poder Judiciário, para que se observem como integrantes de um mesmo sistema de justiça, que deve buscar a racionalidade e a coerência de suas manifestações. Soluções contraditórias para casos semelhantes, como acima referido, tendem a reduzir o grau de confiança na Justiça, ao passo que a segura prestação jurisdicional agrega mais legitimidade à ação do Poder Judiciário. Sobre o ponto, valem as palavras de William Pugliese:

Ora, sabe-se que o Judiciário é o poder com maior déficit democrático, já que seus membros não são escolhidos pelo sufrágio, mas sim por concurso público. Sem a legitimidade conferida pela população, e não tendo mais os juízes a mera função de aplicar a lei, as decisões precisam ter um fundamento mais forte do que a simples opinião pessoal do magistrado. Este elemento mais forte é encontrado, justamente, no respeito aos precedentes, o que se traduz para a população na imagem de que o Direito é uno e aplicado igualmente para todos⁷⁶.

Lado outro, a observância obrigatória dos precedentes judiciais ensejaria mais controle sobre o poder do magistrado na solução das lides, permitindo aferir com maior precisão, as manifestações judiciais que se aproximam ou se distanciam das legítimas expectativas da comunidade jurídica, sendo fator importante, segundo alguns, para garantia da imparcialidade. Note-se que soluções diferentes para casos semelhantes, sem destaque para elementos objetivos justificadores da distinção, tendem a espelhar injustiça aos olhos da sociedade, ou a percepção da falta de segurança na prestação jurisdicional. Refere Luiz Guilherme Marinoni que “ao permitir decisões díspares a casos iguais, o sistema estimula o arbítrio e a parcialidade”. Para Marinoni, a vinculação dos magistrados aos precedentes evitaria decisões arbitrárias. Ademais, “quando está sujeito ao seu passado, isto é, ao que já decidiu, o juiz não pode, ainda que deseje, ser parcial ou arbitrário”⁷⁷ pois não poderia “decidir casos iguais segundo o rosto das partes”⁷⁸.

⁷⁶ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 61. (Coleção o novo processo civil).

⁷⁷ Vale notar, neste ponto, um aspecto de incoerência no pensamento exposto por Luiz Guilherme Marinoni, quando defende que somente seriam precedentes as decisões oriundas dos tribunais que denomina de “Cortes Supremas” (STF e STJ) negando a produção de decisões vinculantes inclusive aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais. Apesar dessa visão estreita quanto ao precedente, referido autor acaba admitindo que o juiz deve estar vinculado ao seu passado, ou seja, às suas próprias decisões anteriores. Como se observa ao longo desta pesquisa, conclui-se que uma teoria adequada dos precedentes vinculantes não pode limitar o conceito de precedente às decisões dos tribunais superiores, pois todo o sistema deve tender à coerência, isto é, o magistrado singular deve agir de forma coerente inclusive em face de suas próprias decisões. A afirmação de Marinoni de que o juiz “está sujeito ao seu passado” corrobora a conclusão desta pesquisa, ao passo que infirma a visão exclusivista esposada pelo citado autor.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 130.

Por outro lado, respostas jurisdicionais coerentes com a tradição institucional, estabelecida no âmbito da jurisprudência, possibilitariam maior facilidade de aceitação, mesmo pela parte sucumbente, elevando a crença na Justiça. De fato, como refere Marinoni, “aquele que obtém decisão desfavorável quando, em caso idêntico, outro recebe decisão favorável, tem bons motivos para deixar de acreditar no Poder Judiciário”⁷⁹. O fortalecimento institucional do Poder Judiciário com a prática de respeito aos precedentes é destacado por Luiz Guilherme Marinoni como uma das justificativas ao modelo proposto no novo Código de Processo Civil, ainda que referido autor tenha uma visão hierarquizada no que respeita ao tema, entendendo que somente às cortes supremas caberia a interpretação das leis⁸⁰, com o que não se concorda neste trabalho.

3.3.4 *Economia processual e eficiência do Poder Judiciário*

Também como fundamento de ordem prática para a importância de os precedentes judiciais serem respeitados no exercício da jurisdição é o que diz respeito ao incremento da eficiência do Poder Judiciário. Não há dúvida de que, com a estabilização da jurisprudência, reduzindo as decisões contraditórias, em suma, tornando mais coerente e racional o exercício da jurisdição, a consequência é a maior eficiência da máquina judiciária, tanto pela redução das demandas, quanto pela possibilidade de solução mais célere dos feitos, na abreviação dos ritos e na economia argumentativa e recursal, conduzindo naturalmente à diminuição de custos e elevação da eficiência do Poder Judiciário. Por um lado, a sociedade pode obter uma resposta às demandas de forma mais segura e célere; por outro, os custos do aparelho estatal são reduzidos, ou melhor aproveitados, em se reduzindo os esforços processuais tendentes a dissolver as dúvidas sobre a titularidade e amplitude de direitos em face de textos normativos de interpretação aberta. Como registra Luiz Guilherme Marinoni, a irracionalidade na administração da justiça enseja diversos custos desnecessários:

O processo, a partir do instante em que o seu desenvolvimento se torna irracional, passa a ter um custo despropositado para o Estado. A pendência de processos que já deveriam ter sido encerrados desnecessariamente envolve juízes, funcionários e a própria estrutura do sistema, como prédios, equipamentos, materiais, etc., o que não apenas torna o acesso à justiça mais caro, como especialmente obriga o Estado a exercer função que, apesar de indispensável, poderia ter os seus custos melhor

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 137.

⁸⁰ Id. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 108.

otimizados e os seus gastos mais eficientemente distribuídos através da sua aplicação em outras funções relevantes⁸¹.

Em um sistema que respeita os precedentes judiciais, sobreleva-se a eficiência, tanto pela maior facilidade de trâmite dos processos, como já visto, quanto pela redução do ingresso de novas causas no sistema, em se considerando a maior consciência social sobre o conteúdo dos direitos e deveres, promovendo a economia de despesas processuais. Entende William Pugliese que o respeito aos precedentes seria favorável aos ocupantes de todos os polos do processo, facilitando inclusive a aceitação da decisão pela parte sucumbente, quando se evidencia que sua lide fora resolvida da mesma forma que outra semelhante julgada anteriormente⁸².

Pode-se destacar, nessa mesma linha, a própria racionalização do segundo grau de jurisdição, ao se dispensar o manejo de recursos, quando a decisão do magistrado monocrático for coerente com a linha decisória do seu tribunal ou dos tribunais superiores, em face da generalização da regra do *stare decisis*. Ademais, como já referido, o sistema já vinha, no processo paulatino de valorização da jurisprudência, criando instrumentos para abreviação de procedimentos, impedimento de recursos, etc. Sem dúvida, a economia processual e a maior eficiência do Poder Judiciário são argumentos favoráveis à adoção de um sistema jurídico que respeita precedentes judiciais. Todavia, referidos argumentos são ainda superficiais, não sendo suficientes, por si só, para fundamentar uma teoria que justifique e oriente a prática.

3.4 Fundamento epistemológico: a promoção da coerência do sistema jurídico e a tese da resposta correta em direito

Sem desconsiderar os demais fundamentos justificativos do respeito aos precedentes judiciais nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, incluindo o brasileiro, destaca-se neste trabalho o fundamento epistemológico da coerência, como condição de possibilidade do manejo racional dos elementos normativos que o integram. Com efeito, ao lado de importantes justificativas para a estruturação de um sistema jurídico que respeite o histórico de decisões dos órgãos jurisdicionais, como a promoção da igualdade e a busca de segurança jurídica, há quase sempre referência à necessidade de garantir a coerência

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 139-140.

⁸² PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 61. (Coleção o novo processo civil).

e a racionalidade do direito. O respeito ao precedente, nessa óptica, seria fundamental para a promoção da coerência do sistema jurídico.

Todavia, embora seja comum falar-se em coerência e racionalidade do sistema jurídico, nem sempre se esclarece com precisão qual o motivo chave de se pretender um sistema coerente. Como regra, não se aprofunda a discussão sobre a coerência, para detalhar o que significa para a ciência jurídica e a prática do Direito. O problema é tratado, ora como uma obviedade autoexplicativa, que dispensaria maiores delongas, ora de forma superficial, vinculado ao pressuposto lógico-formal da não contradição, que demandaria a repetição da decisão anterior em um caso semelhante. A fundamentação epistemológica da demanda de coerência, como regra, é deixada de lado, como se o jurista não precisasse deitar os olhos nas raízes gnosiológicas que sustentam as estruturas do conhecimento jurídico, por estarem supostamente plantadas em um nível abaixo do solo firme em que se situam as categorias eminentemente jurídicas. A partir dessa constatação, o presente estudo pretende contribuir de alguma forma para o debate da questão, investigando a coerência sob o ponto de vista epistemológico, aproximando a teoria do direito da teoria do conhecimento.

Não se esquece a existência de teorias sobre o direito que negam seu caráter científico ou mesmo racional. A visão pragmática do realismo norte-americano, por exemplo, observa o direito como aquilo que é meramente criado a cada decisão pelos juízes, para solucionar os problemas jurídicos, sem séria necessidade de vinculação com o passado institucional. Nessa linha, seria da natureza do direito, em maior medida, o elemento axiológico, mas não o racional. Por outro lado, há quem evite a própria referência à racionalidade, como se houvesse uma confusão entre ser racional frente ao direito e ser positivista. Ademais, a própria cientificidade do conhecimento jurídico há muito é questionada e às vezes tomada como irracional, sendo poucos os estudiosos da atualidade que se propõem a enfrentar essa *vexata quaestio*, preferindo partir de consensos dogmáticos para a resolução dos problemas jurídicos de ordem prática. Entretanto, neste trabalho, assume-se a possibilidade de análise racional do fenômeno jurídico, como uma condição para o próprio discurso de fundamentação das decisões judiciais. Observa-se a ligação da coerência com a racionalidade, e as possibilidades da ciência do direito em face do programa coerentista de autenticação do conhecimento.

Como acima referido, o termo coerência é comumente utilizado nas argumentações a respeito da justificativa de um sistema de precedentes judiciais vinculantes,

mas a partir de ângulos de visão diferentes, ainda que intrinsecamente relacionados à racionalidade. Em Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, observam-se várias acepções para o termo, podendo-se destacar: “Ligação ou harmonia entre situações, acontecimentos ou idéias”, “relação harmônica”, “conexão, nexa, lógica”, “congruência”, “conjunto de relações que unem os significados de sentenças”, “Ausência de contradição, i. e., acordo do pensamento consigo mesmo (dos princípios com as consequências, dos axiomas com os teoremas, etc.)”, “compatibilidade” e “consistência”⁸³. No âmbito jurídico, utiliza-se coerência no sentido de relações entre normas jurídicas de um ordenamento. Para Luiz Guilherme Marinoni, há um vínculo entre a unidade do direito e a coerência da ordem normativa. Entende o citado autor ser necessário adotar um sistema de precedentes “para que se tenha unidade do direito e uma ordem jurídica coerente, requisito para a racionalidade do direito”⁸⁴. Tão relevante é a compreensão da coerência para a teoria dos precedentes que, em um único parágrafo, Marinoni utiliza o termo “coerência” e seus correlatos por nove vezes. Veja-se o texto em referência:

Existe, assim, uma importante coerência decisional, que contribui para a coerência do direito, embora num sentido diferente daquele antes atribuído à coerência da ordem jurídica, em que importa a coerência na aplicação do direito. Nesse momento fala-se da coerência entre dois discursos ou dois precedentes, que, por estarem numa situação de complementariedade, devem ser coerentes para que o direito não deixe de ter coerência. Na outra hipótese, a coerência diz respeito à necessidade de não se decidir casos iguais de forma distinta, aplicando-se o direito de modo incoerente⁸⁵.

Considere-se que o novo Código de Processo Civil, no seu art. 926, trata dos deveres dos tribunais no processo de uniformização de sua jurisprudência que, além de estável, deve ser mantida íntegra e coerente. Como é cediço, a referência a integridade e coerência remete imediatamente à teoria de Ronald Dworkin. Aliás, reconhece a doutrina que a teoria do direito como integridade dworkiniana teria mesmo inspirado o legislador, já que os termos coerência e integridade foram incluídos através de emenda sugerida por Lenio Luiz Streck, que não nega sua vinculação teórica ao citado autor norte-americano. O próprio Streck afirma: “Antes de ‘minha emenda’, o projeto continha a obrigação de os tribunais manterem apenas a ‘estabilidade’ da jurisprudência (art. 882, do PLS 166/2010)”⁸⁶. De sua parte, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e

⁸³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. totalmente revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 496.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 103.

⁸⁵ *Ibid.*, 2014, p. 104.

⁸⁶ 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.

Rafael Alexandria Oliveira também confirmam a influência da teoria do direito como integridade para a formatação do texto normativo, embora destaquem que, como não se trata de enunciado doutrinário, mas sim normativo, não haveria necessidade “de o conteúdo normativo desses textos corresponder exatamente a determinada orientação filosófica”⁸⁷.

Na mesma linha, conquanto reconheça a inspiração do art. 926 do novo Código de Processo Civil na teoria do direito como integridade de Dworkin, considera Ronaldo Cramer os conceitos de coerência e integridade de forma mais limitada. De fato, para Cramer, a coerência demandaria “a aplicação do precedente somente em causas idênticas, isto é, com identidade de tese jurídica”, enquanto integridade na construção de um sistema de precedentes seria “considerar o que já se decidiu”⁸⁸. Ademais, embora afirme não concordar com a tese da única resposta correta em direito⁸⁹, Cramer admite que “ela se encaixa muito bem no sistema de precedentes, pois preconiza que, se há precedente, apenas a resposta nele contida seria a correta para julgar o caso”⁹⁰. Como se verá com maior profundidade no capítulo seguinte, a teoria de Ronald Dworkin, no que se refere à coerência, vai bem além da mera repetição de decisões passadas, o que seria, em sua visão, uma “coerência estrita”. Aliás, os conceitos de coerência e integridade encontram-se imbricados e têm relação direta com a tese da única resposta correta em direito. De fato, o precedente teria uma “força gravitacional” a ponto de influir não apenas em casos idênticos, mas também nos que apresentem semelhanças relevantes. Observem-se as palavras de Maurício Ramires:

Quanto se espera que o direito trate situações similares de maneira coerente (o que orienta todo o *stare decisis* e justifica a existência de um campo gravitacional em torno dos precedentes, mesmo onde o *stare decisis* não vigore em âmbito normativo), está-se pensando na coercitividade geral e íntegra das normas, e rejeitando-se as decisões políticas *ad hoc*. É por isso que, em um mundo marcado pela ascendência das constituições democráticas e pelo neoconstitucionalismo, os precedentes ganham um maior ou menor campo gravitacional na medida em que representam uma aplicação principiológica mais ou menos notável (alguns

⁸⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 490.

⁸⁸ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 128-129.

⁸⁹ Também Eros Grau questiona a possibilidade de encontrar uma única resposta correta em direito. Segundo o referido autor: “a *lógica jurídica* é a da escolha entre várias possibilidades *corretas*. *Interpretar* um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada [Larenz 1983:86]. A norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação*. Por isso, a alternativa *verdadeiro/falso* é estranha ao direito; no direito há apenas o *aceitável* (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução, nenhuma exata [Heller 1977:241].” GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 64-65.

⁹⁰ CRAMER, Ronaldo. Op. cit., 2016, p. 129.

precedentes, por seu ineditismo ou por seu grau de avanço, tornam-se *leading cases*, decisões que inspiram ou até inauguram toda uma sequência de outras)⁹¹.

Embora haja controvérsia doutrinária quanto à adoção da teoria do direito de Dworkin na interpretação do texto do novo Código de Processo Civil, ainda que quanto à correta compreensão dos conceitos de coerência e integridade na uniformização da jurisprudência⁹², é certo que se impõe a necessidade de estudo de sua teoria. Neste trabalho, em que se pretende uma análise epistemológica a respeito da função desempenhada pelo precedente judicial no sistema jurídico, a teoria dworkiniana do direito como integridade mostra-se de suma importância, não somente pela filiação doutrinária assumida pelo legislador. Com efeito, a teoria de Ronald Dworkin tem grande influência no pensamento jurídico ocidental contemporâneo, como proposta de superação do positivismo jurídico e redescoberta e valorização das normas principiológicas, postas ao lado das regras. Ademais, com a devida análise, pode-se identificar o fundamento epistemológico da teoria do direito como integridade, que vincula a tese da única resposta correta com o paradigma epistemológico coerentista, em que se destaca a coerência como instrumento para autenticação do conhecimento científico.

É certo que há muito se questiona sobre o real caráter científico do conhecimento jurídico, a possibilidade de resposta correta em direito e a veracidade dos enunciados normativos. O ceticismo, nessa seara, dá vazão tanto a posições relativistas quanto ao simples dogmatismo. Todavia, considera-se neste estudo que não há como afastar a tentativa de racionalização da atividade jurisdicional. A correção de respostas jurídicas e a veracidade de enunciados normativos devem ser vistos como ideais regulativos da prática e da teoria jurídica. Do contrário, os argumentos a respeito da correta interpretação de determinado dispositivo em uma causa se tornariam vazios, ou meramente retóricos, já que qualquer resposta seria aceitável dentro de certa margem de possibilidade linguística, tornando a decisão simples escolha guiada pela vontade. Quando se pretende racionalidade em respostas

⁹¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 150.

⁹² Hermes Zaneti Jr., questionando se o novo CPC teria adotado uma orientação dogmática sobre teoria de justiça, entende que seria melhor compreender “integridade” como “coerência” em um sentido mais amplo, de forma a afastar a forte conexão com a teoria de Dworkin. Considera Zaneti Jr., que a tese da única resposta correta não seria compatível com a ponderação e a proporcionalidade também previstas no CPC. Em suas palavras: “A convergência coerência/integridade limita-se a reconhecer o aspecto mais amplo dos conceitos de coerência e integridade, ligados aos princípios jurídicos e à possibilidade de se dar um sentido de conjunto às normas jurídicas (*‘hanging together’* e *‘making sense’*), a partir da justificação das decisões judiciais em um contexto mais geral de unidade do direito.” ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 365-366.

jurídicas, deve-se pressupor que haja respostas melhores que outras, isto é, ainda que não se possa falar em verdade absoluta, o jurista não se pode desonerar do esforço em busca da melhor resposta a determinado problema jurídico. O instrumento prático de seleção é a crítica intersubjetiva, como o processo falibilista que guia o labor da ciência. Mesmo em se tratando das ciências naturais, adverte Karl Popper que não é possível falar-se em verdade absoluta, mas apenas em aproximação da verdade, ou seja, verossimilhança.

Antecipando o que se desenvolverá com maior profundidade em seguida, no que se refere à possibilidade de falar-se em verdade ou falsidade de enunciados jurídicos, vale registrar que, para Hugo de Brito Machado Segundo, é possível aplicar o raciocínio falibilista na interpretação de textos normativos, como de resto se faz em outras searas da ciência⁹³. De mais a mais, entende Machado Segundo, na linha de que a “verdade” seria sempre provisória e sujeita à derrotabilidade, que a metáfora do Juiz Hércules simboliza a aplicação do falibilismo ao Direito, pois “o fato de não haver certeza quanto ao acerto de uma solução não quer dizer que ela não possa ser considerada correta, ou, melhor dizendo, que não se deva procurar por ela”⁹⁴. Neste trabalho, concorda-se com a visão epistemológica de Hugo de Brito Machado Segundo, considerando ser possível submeter enunciados jurídicos à crítica intersubjetiva, para aferição de sua verdade ou falsidade, sempre provisórias, em face de determinado ordenamento jurídico. Entende-se que a correção de uma resposta ou a verdade de um enunciado é um “ideal regulativo”, a direcionar os esforços dos que fazem afirmações pretensamente corretas sobre o sistema normativo em vigor. Aliás, as críticas a respeito da pretensão de correção de respostas jurídicas por vezes seguem linhas falhas de raciocínio. Por exemplo, ao criticar a possibilidade de resposta correta em direito, Daniel Mitidiero associa a tese da única resposta correta em direito, como a do pensamento de Ronald Dworkin, à teoria cognitivista ou declaratória da jurisdição⁹⁵. A associação é equivocada, pois não se trata de teoria declaratória que preza por mera lógica dedutiva. Ao contrário, em sua teoria, Dworkin afirma o papel criativo do intérprete-aplicador, o qual, inclusive, reconstrói o sistema jurídico a cada aplicação.

Portanto, partindo-se da premissa de que deve haver um esforço racional do intérprete-aplicador na identificação da melhor resposta aos problemas jurídicos da prática, o

⁹³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 68.

⁹⁴ *Ibid.*, 2016, p. 105.

⁹⁵ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 34.

que pressupõe acreditar na existência de que uma solução seja melhor que outra, impõe-se analisar o modo de aferir-se a verossimilhança. Para Dworkin, a chave é a coerência. A coerência não apenas é aceita intuitivamente pelo ser humano como inerente à própria racionalidade, como é o critério central do programa epistemológico coerentista. Para Dworkin, uma proposição jurídica pode ser considerada verdadeira em face de uma contrária, a partir de sua maior coerência com a teoria jurídica de justificação do direito estabelecido⁹⁶. Propõe Dworkin, em suma, a observância de coerência ampla entre os diversos elementos constitutivos do ordenamento jurídico, o que permite aferir a correção de uma resposta. Na análise realizada neste trabalho, o precedente judicial é visto como mais um elemento normativo, que ingressa no sistema e deve contribuir para a coerência da ordem normativa como um todo, e não apenas ditar a resposta do caso futuro. Dito de outra forma, o novo julgamento deve considerar o sistema jurídico integralmente, incluindo aí o precedente, mas não apenas o precedente.

A valorização da coerência em Ronald Dworkin, como já referido, remete ao programa coerentista de autenticação do conhecimento. Conforme será desenvolvido na sequência deste estudo, o coerentismo constitui-se em um modelo epistemológico que estabelece como critério de verificação da verdade de determinada ideia científica a sua compatibilidade harmônica com o restante das ideias existentes. Isto é, da sistematização do conjunto de ideias, em uma totalidade coerente, surge a forma de aferição da verdade de determinado enunciado. Note-se que, neste modelo, a verdade de uma sentença não é aferida por meio de dedução lógica linear a partir de outra sentença pretensamente verdadeira, como propõe o programa fundacionalista, mas sim pela conexão das ideias em rede, de modo a fazer sentido em sua totalidade.

Trabalho importante que põe em confronto essas duas posições epistemológicas diversas, ou seja, o fundacionalismo e o coerentismo, foi realizado por Nicholas Rescher. Para o citado autor, a proposta coerentista oferece várias vantagens frente ao programa fundacionalista, como paradigma científico. Considera Rescher que o modelo de rede de sistematização cíclica (*network model of cyclic systematization*), inerente ao coerentismo, observa um sistema como um conjunto de teses inter-relacionadas, e não apenas postas em um arranjo hierárquico e

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 435.

unidirecional de inferência⁹⁷. Enquanto o modelo fundacionalista parte de axiomas, isto é, de ideias ou teses básicas e autoevidentes (*evident truths*) para a construção de todo o edifício do conhecimento de forma lógico dedutiva, linear e unidirecional, sem que as ideias decorrentes tenham alguma influência na justificativa das verdades primeiras, a abordagem coerentista extrai a presunção de veracidade a partir da análise de coerência das ideias em conjunto⁹⁸. Dessa forma, enquanto o modelo fundacionalista é axiomático, hierárquico e fechado, o projeto coerentista não se funda em verdades primeiras irrefutáveis, pressupõe o relacionamento das ideias não em linha dedutiva e hierárquica, mas em rede, mostrando-se sempre aberto à reconsideração das ideias estáveis (“verdades”) a partir de constantes *feedbacks*. Em uma analogia com o sistema jurídico, a abordagem coerentista não observa apenas um escalonamento hierárquico com influência das normas superiores sobre as inferiores. Observa-se que há nesse processo uma via de mão-dupla, pois, ao passo que a norma superior determina o conteúdo da inferior, a regra inferior também contribui para a delimitação do limite deontológico da superior. Ademais, o processo permanece sempre aberto a novas análises e possibilidade de superação de entendimentos pretéritos.

Conforme referido acima, nota-se que a teoria do direito como integridade, adotando a coerência como critério de aferição da verdade ou correção, pressupõe implicitamente posição epistemológica coerentista, ao passo que o programa fundacionalista se amolda com propriedade ao positivismo jurídico. Em livro específico sobre o tema, Juan Manuel Pérez Bermejo explora em profundidade a teoria do conhecimento subjacente à teoria dworkiniana do direito como integridade. Como esclarece Bermejo, ao desenvolver suas ideias sobre a possibilidade de resposta correta em direito, vinculadas à teoria do direito como prática interpretativa que demanda coerência e integridade, Ronald Dworkin parte de uma infraestrutura epistemológica coerentista, ainda que não explicitamente declarada. A partir da análise da teoria de Dworkin, Juan Manuel Pérez Bermejo evidencia o que considera uma passagem, na atualidade, do modelo jurídico de cunho fundacionalista para o coerentista. Em suas palavras:

En suma, si el desarrollo del trabajo consiste primariamente en la reconstrucción del sistema jurídico de DWORKIN, su objetivo último aspira a poner de manifiesto, con el ejemplo de DWORKIN, que en la filosofía jurídica de nuestros días se hallan los atisbos de lo que puede ser un cambio de paradigma en la teoría del sistema

⁹⁷ RESCHER, Nicholas. **Epistemology**: An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 119.

⁹⁸ *Ibid.*, 2003, p. 125-126.

*jurídico, un cambio que resumo en el tránsito de una comprensión fundacionalista a una comprensión coherentista*⁹⁹.

A mudança de paradigma a que se refere Bermejo implica, portanto, uma nova leitura dos sistemas jurídicos, para que se compreenda em que consiste a pretensão de correção, e porque é racional buscar-se a coerência do sistema jurídico. Como visto, se a coerência é pressuposto da própria racionalidade, também figura como critério de aferição da verdade no campo científico. A referência direta do novo Código de Processo Civil ao dever de coerência no âmbito da jurisprudência (art. 926) não dispensa o aprofundamento desse conceito. Assim é que, nessa linha de raciocínio, para permitir coerência e integridade, não basta a adoção de automatismo na observância de precedentes das instâncias superiores, o que seria apenas a tentativa de substituir-se o critério exegético legal pelo critério hierárquico jurisprudencial, ambos equivocados na pretensão de segurança e previsibilidade. Por isso, os fundamentos formais de previsão normativa e obediência hierárquica são insuficientes. É necessário, como destaca Bermejo, considerar as mudanças paradigmáticas na teoria do direito.

Percebeu a necessidade de mudança paradigmática para a análise da questão dos precedentes no sistema jurídico brasileiro Juraci Mourão Lopes Filho, ainda que não tenha abordado a questão sob o ponto de vista eminentemente epistemológico, mas sob a ótica da Filosofia e da Teoria do Direito. De fato, o citado autor elabora sua teoria sobre os precedentes judiciais conjugando a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin à Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, sem dispensar a mudança do sistema fundacionalista, próprio do positivismo jurídico, para o modelo de rede de sistematização cíclica que integra a abordagem epistemológica coerentista. Em suas palavras:

Todos os aspectos sistemáticos decorrem da constatação de que os precedentes se estruturam em um sistema coerentista. Por isso, tem-se uma estruturação em rede que demanda uma noção mais ampla de coerência da parte pelo todo, relacionada, mas não inteiramente determinada, por relações hierárquicas. Não se pode falar, assim, de uma submissão do juiz ou tribunal posterior àquilo que foi dito ou feito pelo tribunal ou juiz emissor; devem ser apuradas suas razões subjacentes que, por sua vez, são cotejadas com as demais integrantes do sistema jurídico, bem como outras fontes de produção de sentido normativo, com doutrina e costume. Tomando em consideração tudo o que foi exposto até aqui, é possível fazer a abordagem de todos os pontos de análise dos precedentes de acordo com o paradigma aqui desenvolvido pela conjugação entre Hermenêutica filosófica, Direito como integridade e a constituição de um sistema coerentista de precedentes¹⁰⁰.

⁹⁹ BERMEJO, Juan Manuel Pérez. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 25.

¹⁰⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 271.

Nesse sentido, entende-se que há um fundamento de ordem epistemológica a justificar a adoção de um sistema jurídico em que se observem os precedentes judiciais, no caso, a busca pela coerência do sistema normativo, que permite aferir a correção de respostas aos problemas jurídicos, sem apelar para a discricionariedade do intérprete-aplicador, que consubstancia destino comum de todos os sistemas do modelo fundacionalista. Considera-se que a observância dos precedentes judiciais importa diretamente para a coerência do sistema jurídico, ao passo que o sistema coerente e racional favorece a identificação da melhor solução a um novo caso concreto.

A estruturação do sistema em rede, a partir da adoção do modelo epistemológico coerentista, afastando-se a estrutura axiomática, hierárquica e fechada do modelo fundacionalista, é necessária para a superação do positivismo jurídico. Torna-se imperativo compreender que a simples aceitação da natureza normativa dos princípios jurídicos, ao lado das regras, não supera o positivismo, se for mantida a mesma ideia de escalonamento entre as normas, com influência unidirecional. Ao contrário, apenas eleva o nível de discricionariedade do aplicador, eis que a pouca concretude das normas principiológicas permite molduras normativas de cariz kelseniano extremamente largas. Por outro lado, ao exigir o inter-relacionamento harmônico entre os elementos normativos do sistema, o coerentismo permite aferir com maior facilidade a compatibilidade das respostas normativas com a totalidade do ordenamento, isto é, sua maior ou menor correção¹⁰¹.

Importa notar que, nessa linha de pensamento, o precedente judicial deve ser considerado como um elemento de ordem normativa que ingressa no sistema, em um processo de *feedback*, e mantém relação com os demais elementos normativos. Assim, a resposta ao novo problema jurídico não é encontrada na análise apenas do precedente, mas sim desse elemento normativo em conjunto com toda a rede de normas que integram o ordenamento, devendo manter coerência integral. Nesse sentido, ainda que o precedente se mostre como portador de uma resposta correta *prima facie*, para os casos semelhantes, tem-se apenas uma pretensão de correção que deve ser observada, mas que sempre estará sujeita à falsificação, em razão da coerência com os demais elementos do sistema. Dessa forma, resta descartada qualquer pretensão de mero automatismo na aplicação do precedente judicial a novos

¹⁰¹ Vale registrar que, segundo análise de Denis Coitinho, a teoria de justiça de John Rawls também seria fundada em um modelo epistemológico coerentista. Vejam-se as palavras do citado autor: “A partir da interconexão dos procedimentos da posição original e do equilíbrio reflexivo, a justiça como equidade se apresenta como um modelo ético plausível e publicamente justificado que assume o coerentismo moral como a melhor forma de alcançar um critério objetivo de correção para as instituições políticas e sociais.” COITINHO, Denis. **Justiça e coerência**: ensaios sobre John Raws. São Paulo: Loyola, 2014, p. 151.

juízos, fazendo ruir a tese da hierarquia. Não obstante deva levar em conta os seus próprios precedentes e dos tribunais superiores, o julgador não se desincumbe de sua atividade pela mera referência à resposta passada, pois deverá dirigir sua atenção na busca de coerência do sistema jurídico com a nova resposta a ser dada, o que não afasta possível evidência da necessidade de distinção ou superação.

Em suma, a adoção de um sistema jurídico com respeito aos precedentes judiciais deve dar-se com a finalidade de elevação da coerência da ordem normativa, evitando-se a discricionariedade do intérprete-aplicador. A coerência e a integridade previstas no art. 926 do novo Código de Processo Civil somente podem ser concretizadas no âmbito da jurisprudência, em se modificando a visão sobre a estrutura do ordenamento normativo. Com o novo diploma processual, justifica-se a produção doutrinária para evidenciar o impacto da consideração obrigatória de precedentes nos novos julgados. Por certo, é necessário um suporte teórico para identificar o fundamento da utilização do precedente judicial como fonte normativa, orientando sua aplicação. No presente trabalho, destaca-se o fundamento epistemológico coerentista, como justificativa de observância dos precedentes, sem desconsiderar a importância dos argumentos de ordem deontológica e pragmática. Nessa linha, o precedente judicial mostra-se como mais um elemento do sistema jurídico, devendo contribuir para a coerência da ordem normativa como um todo, propiciando o encontro da resposta correta aos problemas práticos.

3.5 Críticas à observação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro

Sendo o Brasil herdeiro da tradição romano-germânica, legada pelos colonizadores, não havia a percepção da necessidade de vinculação dos magistrados aos julgados anteriores, tendo-se como marco delimitador da criação jurídica a própria lei (*stricto sensu*). Seria o produto do trabalho do Legislador, depositário por via democrática do poder de inovar na ordem jurídica, o elemento essencial para revelação do fenômeno jurídico, não havendo como se tornarem vinculantes as decisões dos tribunais que deveriam, ao exemplo do pensamento positivista-exegético, somente plasmar nas suas emanções o conteúdo normativo colhido *in natura* do texto da lei. Ou seja, a própria tradição jurídica nacional se voltava a considerar incompatível com o sistema jurídico brasileiro qualquer caminho que levasse, por via oblíqua, a tornar obrigatória a observância de normas jurídicas emanadas do Poder Judiciário, que poderia estar, nesta visão estreita, abraçadora da divisão estrita de funções proposta por Montesquieu, usurpando a competência de outro Poder. Não se enxergavam,

desse ângulo estreito, os influxos decorrentes da convergência das duas tradições jurídicas ocidentais, que já geravam seus reflexos também no direito brasileiro.

Note-se que, como anteriormente visto, há muito tempo os tribunais superiores lançam mão do instrumento das súmulas, revelando em seus enunciados as teses jurídicas que adotavam em vários casos, mas sem qualquer pretensão de vincularem os tribunais inferiores ou mesmo os juízes de primeiro grau. O dogma do direito estritamente legal, porquanto acobertasse de forma ingênua o caráter reconstrutor da norma existente no exercício da jurisdição, ainda habitava o imaginário dos profissionais do direito. Elevava-se ao grau máximo a liberdade de decisão, vinculada somente à lei e à consciência do julgador, com o descompromisso de coerência e higidez do sistema jurídico como um todo. As incoerências das decisões conflitantes, as injustiças manifestas em tratamentos não isonômicos, a “jurisprudência lotérica”, fazendo as partes contarem literalmente com a sorte, no momento da distribuição de suas demandas, parecia inevitável e normal. Para os profissionais do direito, seriam meras contingências, própria do sistema e corrigíveis individualmente pela via recursal.

Não obstante a evolução no trato da matéria, com inúmeras obras a respeito do tema dos precedentes judiciais, além de reformas constitucionais e legislativas que valorizaram as decisões anteriores como reveladoras do direito, a exemplo da Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, que instituiu as súmulas vinculantes, e mais recentemente o Código de Processo Civil de 2015, determinando a observação das decisões precedentes, ainda permanecem alguns questionamentos doutrinários sobre o ponto, repita-se, mormente em face da tradição jurídica nacional. Assim, importante tratar, ainda que brevemente, das principais objeções destacadas pelos doutrinadores, como levantadas pelos que consideram o regime de vinculação aos precedentes incompatível com o direito nacional, ou mesmo inadequado aos fins que se propõe.

3.5.1 Comprometimento da independência dos juízes

Não raro, vezes se levantam contra a obrigatoriedade de serem seguidos os precedentes judiciais, em razão da possível violação da independência dos juízes e, como isso, de risco ao cidadão, que se pode ver privado do desfrute de um direito. De fato, importante que é a atividade jurisdicional para o Estado de Direito, não se mostra concebível que o ser humano designado para o seu exercício se veja excessivamente tolhido em sua liberdade de interpretação das fontes normativas, sob pena de risco ao bom desempenho de sua função. É a

independência do magistrado, em todos os seus sentidos, e neste ponto específico, sua liberdade técnica, devidamente fundamentada, asseguradora de que a decisão não obedece a temor hierárquico ou a qualquer tipo de pressão, mas apenas ao direcionamento dado por uma consciência reta em direção à concretização do valor justiça a partir do direito.

Sem a independência do julgador, tanto na interpretação dos fatos quanto na compreensão do substrato jurídico, não haveria efetivo exercício da jurisdição, mas sim simulacro de julgamento, que poderia estar indo ao encontro de outros interesses que não o de fazer valer a justiça através do direito. Tão importante se mostra a independência dos magistrados para o sistema jurídico, que a própria Constituição Federal, em seu art. 95, estabelece garantias e vedações aos juízes, como forma de mantê-los imunes a pressões indevidas¹⁰². A seu turno, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979), ao passo que disciplina as garantias do magistrado, ainda impõe como seu dever, no art. 35, I, uma postura independente no cumprimento das leis e dos atos de ofício¹⁰³. Ademais, o Código de Ética da Magistratura Nacional, instituído no âmbito do Conselho Nacional de Justiça através da Resolução 60, de 19 de setembro de 2008, estabelece a independência como um dos princípios que deve nortear a conduta do magistrado¹⁰⁴. Sobre o ponto, observa José Renato Nalini:

A independência do juiz é um dos requisitos do Estado de Direito. Sem juiz independente não haverá Democracia. Na verdade, esta opção de convívio político implica em assegurar autonomia do Poder Judiciário, da qual a independência do juiz é corolário. Um juiz só pode ser um profissional independente. Senão, não será juiz. Sem plena liberdade para decidir, ele estará sempre sujeito a condicionamentos que limitarão a sua capacidade de solucionar a demanda sem se constringer ante os riscos de ferir interesses¹⁰⁵.

¹⁰² “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39 § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se a atividade político-partidária; IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração”.

¹⁰³ Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979 (LOMAN) – “Art. 35. São deveres do magistrado: I - cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e atos de ofício;”.

¹⁰⁴ “Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteados pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.”

¹⁰⁵ NALINE, José Renato. **Ética da magistratura**: comentários ao código de ética da magistratura nacional – CNJ. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 67.

De outra parte, destacam-se argumentos sobre a possível violação do princípio do juiz natural, caso haja a imposição de obediência estrita aos precedentes, considerando-se que haveria supressão da instância originária pelo menos no que diz respeito à interpretação jurídica dos fatos, afrontando o disposto no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal¹⁰⁶. Considere-se, todavia, que mesmo para os autores que defendem a obediência aos precedentes com fundamento no respeito hierárquico, inexistiria violação à independência dos juízes, mas apenas a busca da racionalidade do sistema de justiça. Para Marinoni, por exemplo, é necessário não “confundir independência dos juízes com ausência de unidade”¹⁰⁷. Não obstante essa advertência, há de se ter certa cautela na imposição de observação dos precedentes, com fundamento em uma teoria adequada à preservação da necessária independência funcional dos magistrados. O fundamento deve ser a busca da decisão correta (ou mais correta) dentro de um sistema jurídico que se pretende coerente e racional, e não em mera reverência às instâncias superiores. Como já referido, o fundamento hierárquico não justifica adequadamente a prática de seguir precedentes judiciais. Registra Duxbury que, na tradição da *common law*, os juízes seguem precedentes não “porque temem a imposição de uma sanção, mas porque seguir precedentes é considerado entre eles como prática correta, como uma norma, cujo desvio é provavelmente visto de modo negativo”¹⁰⁸.

Em se observando os precedentes das cortes superiores por mero temor reverencial, os órgãos judiciários poderiam ter de fato sua independência tolhida, com prejuízo para a correção da decisão jurídica a ser tomada. Com efeito, observa Juraci Mourão Lopes Filho que em sendo acolhida a observância do precedente com base na obediência hierárquica estrita, haveria o risco de o sistema jurídico funcionar de forma patológica, reduzindo-se a adequada análise dos precedentes pelos órgãos judiciários inferiores para possível distinção, em meio ao receio de eventual punição administrativa. Dessa forma, poderia haver a “hiperintegração” do sistema, em se desconsiderando fatos distintivos da causa superior, e aplicando-se mecanicamente o paradigma proposto na decisão anterior. Sobre o ponto, criticando a tese defendida por Marinoni, vejam-se as palavras de Lopes Filho:

Problema haverá se as nuances das causas que compõem o círculo hermenêutico forem sistemática e forçosamente relegadas para se fazê-las inserir nos enunciados já

¹⁰⁶ CF/88: “Art. 5º [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 151.

¹⁰⁸ Nas palavras do autor: “*When judges follow precedents they do so not because they fear the imposition of a sanction, but because precedent-following is regarded among them as correct practice, as a norm, deviation from which is likely to be viewed negatively.*” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 21.

proferidos esses parâmetros gerais. Se os precedentes forem tomados como comandos que se impõem, independentemente de qualquer avaliação própria das instâncias iniciais, se estará prestigiando o funcionamento patológico e não fisiológico da estrutura piramidal e hierarquizada. Caso prevaleça o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni no sentido de que divergência vertical deve ser encarada como ofensa à função constitucional do superior, então estará consagrada a patologia, pois, para não ser um infrator, os juízes e tribunais iniciais jamais ousarão desafiar precedentes ou súmulas superiores em prol de cogitações específicas. Ou seja, a realização do chamado *distinguish* sempre envolverá o risco de punição administrativa se não convalidado pela instância superior¹⁰⁹.

Entretanto, as críticas quanto à possível violação da independência funcional podem ser superadas a partir da correta leitura do arcabouço normativo que disciplina a observação dos precedentes judiciais, bem como, através da adoção de uma teoria sobre a função dos precedentes judiciais adequada à realidade jurídico-constitucional pátria. A adoção da tese formalista da obediência hierárquica, por exemplo, tomada em seu extremo para justificar a observância dos precedentes, poderia evidenciar violação da independência dos juízes. Todavia, como visto, não é essa a teoria que se defende. A justificativa adequada para se seguirem os precedentes judiciais, como a busca da coerência do sistema jurídico, defendido neste texto, supera essa objeção. Nesse mesmo sentido, afirma Amilcar Araújo Carneiro Júnior que o risco à independência dos juízes somente se daria com a defesa de uma “aplicação mecânica dos precedentes”¹¹⁰. Como já referido, é possível o afastamento dos precedentes judiciais vinculantes, desde que de forma tecnicamente justificada.

3.5.2 *Elevação da rigidez do sistema jurídico*

Outra objeção comumente lançada à aplicação da doutrina do *stare decisis* no direito brasileiro é o possível aumento da rigidez do sistema jurídico nacional, em face da extrema estabilização das teses jurídicas firmadas nos tribunais superiores, as quais poderiam ser tomadas como um obstáculo à continuidade do desenvolvimento do direito. Considera-se ser imanente ao direito, enquanto realidade cultural, o seu contínuo aperfeiçoamento ao longo do tempo, conformando-se aos valores que vão sendo alterados no seio social, a partir das novas realidades que surgem no que se refere ao modo de vida familiar, aos meios de produção econômica, às relações de consumo, etc. Essa mutação imanente ao Direito mostra-se necessária para que o sistema permaneça acoplado ao substrato social, não apenas como meio de controle da sociedade pelo Estado, mas também como instrumento que se legitima na

¹⁰⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 85-86.

¹¹⁰ CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 309.

medida em que seus pressupostos valorativos se harmonizam com a vertente axiológica difusa no meio social, permitindo que as pessoas se utilizem dos instrumentos jurídicos para a defesa de bens representativos dos valores socialmente compartilhados.

Assim, se o Direito é instrumento a serviço da sociedade, imprescindível que evolua junto com ela, para não perder esse acoplamento estrutural que lhe dá eficácia, à semelhança da interação referida por Maturana entre o organismo vivo e o ambiente em que se desenvolve¹¹¹. Se é certo que a relação entre o sistema jurídico e o corpo social não é simples e unidirecional, mas reflete uma mútua influência em um jogo dialético, pois inovações no mundo do direito também modificam comportamentos e valores, como que forçando a evolução dos costumes, não há dúvida de que o instrumento jurídico é que deve servir à coletividade de pessoas, auxiliando na realização de seus projetos. Dessa forma, se o corpo de normas, ou a compreensão compartilhada a respeito dele, permanece inalterado por longo tempo, acaba perdendo a adesão voluntária das novas gerações, tornando-se entrave ao invés de força promotora do desenvolvimento. Para Francisco Gérson Marques de Lima, uma das funções da jurisprudência é justamente “rejuvenescer a lei”, evitando que se torne obsoleta em face do dinamismo social¹¹². Necessário, portanto, um contínuo aperfeiçoamento do direito, para acompanhar o fluxo da evolução moral e valorativa da sociedade a que serve¹¹³.

Nesse sentido, se se considerar que a vinculação aos precedentes tornaria o aplicador do direito refém de entendimentos compatíveis com valores já superados no âmbito social, seria justificada a objeção a essa prática, tendo em conta que poderia impedir que fossem proferidas decisões mais adequadas à realidade social em permanente mutação. Haveria o que se denomina de “engessamento do direito”, ficando o sistema cristalizado por projetos normativos que não mais atendem ao anseio social. Sob esse paradigma, o desafio ao precedente pelos órgãos judiciários se justificaria inclusive como estímulo à evolução do direito, indicando aos tribunais superiores a incompatibilidade da tese jurídica desafiada com os novos padrões sociais.

¹¹¹ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. 10. ed. rev. e atual. Campinas: Papyrus, 2013, p. 137.

¹¹² LIMA, Francisco Gérson Marques de. A jurisprudência como fonte do direito. **Nomos** – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v.11, n.1/2, p. 249-263, 1992.

¹¹³ O vínculo entre as expectativas éticas da sociedade e as respostas do sistema jurídico é trabalhado por Melvin Aron Eisenberg como o ideal de Congruência Social (*Social Congruence*), o qual, ao lado do ideal da Consistência Sistêmica (*Systemic Consistency*), integra os objetivos a serem buscados no Modelo de Dupla Coerência da *Common Law (Model of Double Coherence)*, como se verá adiante. EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 44.

Não obstante haja alguma substância digna de nota nessa objeção, mormente no que diz respeito a ser imperativo ao direito o permanente desenvolvimento para manter-se vinculado aos valores da sociedade a que serve, o risco ao engessamento do sistema é mínimo, senão praticamente inexistente. Com efeito, não é a rigidez na interpretação jurídica o maior dos problemas no sistema jurídico nacional. Ao contrário, a luta por uma certa estabilidade hermenêutica é que se mostra um dos maiores desafios, sendo a fluidez e incoerência dos entendimentos um entrave à racionalidade normativa e à segurança jurídica. Os precedentes judiciais, se bem compreendidos a partir de uma teoria adequada, são elementos indispensáveis à coerência do sistema jurídico, traduzindo-se em padrões de densificação normativa que auxiliam à definição do conteúdo deontológico dos textos legais, no processo de construção hermenêutica das normas jurídicas. Somente uma utilização inadequada dos precedentes vinculantes, como a permitida sob fundamento de obediência hierárquica, poderia ensejar entrave à mutação evolutiva do direito¹¹⁴. Mas, como já referido, não é esta a tese defendida neste estudo, o qual observa o precedente judicial como um elemento indispensável à construção coerente do sistema jurídico.

Conforme observa Ronaldo Cramer, o perigo de “petrificação do Direito” somente ocorreria como a utilização indevida dos precedentes. Observa referido autor que a estabilidade conduzida ao sistema pelos precedentes não se confundiria com absoluta imutabilidade, já que todo ordenamento que respeita os precedentes pressupõe a possibilidade de seu afastamento de determinados casos, seja por meio das técnicas de superação ou de distinção. De outra parte, para Cramer, mesmo em face do poder atribuído às Súmulas Vinculantes, tem-se observado o uso parcimonioso desse recurso pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁵. Dessa forma, não se mostra suficientemente adequada a crítica, pois o Direito deve evoluir sem sobressaltos agravadores da segurança jurídica, contribuindo a observância dos precedentes para certa estabilidade. Nessa linha, refere Amilcar Araújo Carneiro Júnior, que não haveria óbice absoluto ao afastamento do magistrado de tese firmada em precedente

¹¹⁴ Vale registrar que, mesmo para Luiz Guilherme Marinoni, que defende somente caber às “cortes supremas” a interpretação do direito e conseqüente fixação de precedentes, não haveria qualquer engessamento do direito com a adoção de um “sistema de precedentes”, o qual, segundo autor, oportunizaria “o desenvolvimento do direito de um modo bastante positivo e sofisticado”, pois a Corte teria o “dever de revogar o precedente que foi superado diante da evolução da sociedade, de uma nova concepção geral do direito, ou, ainda, que se mostra claramente equivocado – o que é excepcional”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 103.

¹¹⁵ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 64.

obrigatório, desde que de forma justificada e fundamentada, sendo vedado apenas a inobservância arbitrária¹¹⁶.

Lembra William Pugliese que uma das formas de estimular a modificação positiva no direito estabelecido seria através da “concordância crítica” (*critical concurrence*), em que os juízos inferiores acatam o precedente vinculante, por reconhece-lo como tal, mas deixam registrada sua visão de discordância de ser aquela a melhor solução jurídica, estimulando as cortes superiores à superação do entendimento¹¹⁷. A solução evidencia um resguardo do entendimento técnico do julgador, ao passo que assegura o respeito ao sistema jurídico. Note-se que a característica imperativa do fenômeno jurídico demanda a sua observação, mesmo quando não se concorde com determinada regra normativa. O precedente é vinculante justamente por ensejar observância, ainda que com ele não se concorde. O importante, todavia, é que a resposta ao novo problema jurídico seja a mais correta, isto é, evidencie a coerência do sistema jurídico como um todo, incluindo o precedente judicial como um de seus elementos normativos.

3.5.3 Violação do princípio da separação dos poderes

O possível comprometimento do princípio da separação dos poderes, com a adoção de precedentes vinculantes, é outro argumento contrário ao reconhecimento do *stare decisis* em nosso sistema jurídico. A preocupação da doutrina, neste específico ponto, diz respeito à alegada usurpação de competência legislativa pelo Poder Judiciário, malferindo o clássico projeto de Montesquieu, em que ao Judiciário somente caberia aplicar as normas editadas pelo Legislativo. Assim, nessa perspectiva, seguir precedente judicial poderia ser tomado como procedimento ilegítimo, na medida em que se buscaria em fonte desautorizada os fundamentos normativos para solução de situações práticas. Não tendo o Judiciário

¹¹⁶ Importa transcrever o ensinamento do referido autor: “As *judicial departures* permitem ao juiz distinguir, afastando a aplicação de uma regra jurisprudencial, utilizando-se do *overruling* ou do *distinguishing*. O *overruling* é a superação de determinado entendimento jurisprudencial mediante a fixação de outra orientação. Nestes casos, um precedente judicial é anulado pelo próprio órgão que o prolatou. Diga-se de passagem, o *overruling* é excepcional, pois a ab-rogação de um precedente vinculante encontra uma série de limitativos (BUSTAMANTE, 2007). Já o *distinguishing* seria a prática dos tribunais para fundamentar a não aplicação do precedente a determinado caso. Ou seja, o juiz deve justificar que o precedente não é aplicável ao caso concreto, seja porque não há adequação, seja porque, conquanto sobreviva o precedente, este seria aplicável ao caso literalmente; contudo, devido a uma peculiaridade existente no caso posterior, a regra deve ser reformulada para se adaptar a essa circunstância (WAMBIER, 2009, p. 136)”. CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 305.

¹¹⁷ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73. (Coleção o novo processo civil).

legitimidade para edição de normas dotadas de abstração e generalidade, sendo sua função tipicamente de aplicação do direito ou, quando muito, de legislador negativo, o produto de sua atividade não poderia ser vinculante.

Vale registrar, todavia, que a observação dos precedentes judiciais não configura efetivamente violação à separação dos poderes. Na verdade, essa alegação se funda em falsas premissas, como a visão estereotipada das funções típicas do Poder Político, como se houvesse uma absoluta delimitação do campo de ação de cada Poder. Todavia, não há em absoluto essa situação estanque. Ao contrário, as funções de legislar, administrar e julgar são exercidas tipicamente por órgãos independentes, mas que mantém uma harmonia, esta permitindo inclusive algum nível de entrelaçamento das competências. Neste sentido, para citar o caso brasileiro, é que o Executivo participa ativamente do processo legislativo, haja vista lastro campo de iniciativas exclusivas, além do ato de sanção, sem falar nas medidas provisórias no âmbito federal. O próprio Judiciário tem iniciativa legislativa em matérias de seu interesse direto e administra seus próprios serviços, ao passo que o Legislativo e Executivo atuam decisivamente na escolha de membros dos tribunais superiores. Ou seja, estas e outras razões, evidenciam que não existe separação absoluta das funções, sendo permitido e desejável algum âmbito de vinculação institucional, para fim de equilíbrio e harmonia.

Ademais, no que se refere à interpretação das leis, sabe-se há muito tempo que o exegetismo de modelo francês foi um sonho acalentados pelos pós-revolucionários que não deixou boas recordações. Como anota Amilcar Araújo Carneiro Júnior, a separação de poderes em “sentido forte” deu-se por exigência das circunstâncias históricas da constituição de um modelo de Estado já superado, em face do Estado Constitucional¹¹⁸. Com efeito, nada é mais inócuo que buscar a segurança jurídica a partir da vedação à atividade hermenêutica, esta própria do ser humano, que ocorre independentemente de intenção. A compreensão de qualquer texto depende sempre de um processo interpretativo, ou seja, da internalização mental do suporte linguístico ordenado, para reconstrução de seu sentido. Portanto, a aplicação da lei sempre ocorre junto com o processo de interpretação, pelo que há uma interferência inevitável do intérprete-aplicador no conteúdo normativo desvelado. Há, assim, uma cooperação, mesmo que não intencional, entre o Legislativo e o Judiciário no estabelecimento das normas jurídicas, já que o texto legal somente se convola em norma por

¹¹⁸ CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 310.

meio do intérprete, sendo os magistrados, por imposição do sistema, os reconstrutores dos sentidos normativos com força institucional. O Judiciário, nessa perspectiva, não cria normas, mas coopera com o Legislador através da revelação dos sentidos do direito legislado, à luz das normas constitucionais. No sistema brasileiro, importante registrar, tendo em vista o princípio da legalidade da tradição jurídica *civil law*, os precedentes judiciais vinculantes são, em sua quase totalidade, puramente interpretativos, ou seja, não são produto autorreferente do poder de julgar, mas fixação de sentidos normativos legítimos à luz das normas constitucionais e legais. Vejam-se as palavras de Ronaldo Cramer:

Não há dúvida de que os tribunais, quando emitem um precedente, sobretudo em casos difíceis, criam uma norma que deverá ser seguida nos demais casos idênticos. No entanto, num sistema de precedentes adotado pelo *Civil Law*, principalmente em nosso sistema jurídico, a norma não é forjada a partir da vontade do julgador ou da observação dos costumes da sociedade, mas com base em texto normativo, que, por sua vez, ou é a própria lei ou não pode ser contrário à lei¹¹⁹.

Como refere Rodolfo de Camargo Mancuso, não deve ser tomado o precedente judicial no sistema jurídico brasileiro, como um elemento normativo criado pelo Judiciário a partir de um vácuo legislativo. Ao contrário, o precedente autorreferente deve ser exceção e não regra do sistema. Não há que se alegar carecer o Judiciário de legitimidade para criação de normas, pois não se trata de “criar” efetivamente normas no processo de interpretação-aplicação do direito, mas de “reconstrução” dos sentidos pelo processo hermenêutico, fenômeno que sempre ocorre por imanente à natureza da compreensão humana. O que a vinculação aos precedentes estabelece é uma maior estabilidade nesta reconstrução (atribuição) de sentidos, pois a *ratio decidendi* da decisão anterior funciona como mais um elemento a ser considerando pelo intérprete-aplicador, o qual não poderá partir de um “grau zero de sentido”, mas deverá observar os sentidos revelados (desvelados) no processo histórico de existência da instituição a que pertence.

3.5.4 *Violação da garantia de acesso à justiça*

De outra parte, há quem alegue que o apego dos juízes aos precedentes judiciais tenderia a ferir a garantia constitucional de acesso à justiça, reduzindo as possibilidades de discussão processual para ver-se reconhecida uma pretensão. A oclusão dos espaços hermenêuticos pela obrigatoriedade de seguir entendimentos anteriores poderia, nesta visão, impedir a demonstração da justiça de uma pretensão alegada.

¹¹⁹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 65.

Não se pode esquecer, neste ponto, que um sistema de respeito a precedentes não impede a evolução do direito, inexistindo a cristalização de entendimentos para efeitos eternos. O que se propõe é a redução das incoerências nas respostas dadas a problemas jurídicos, que geram naturalmente injustiças. Todavia, não se impede, mas antes se impõe como inerente ao modelo, processos de distinção (*distinguishing*) e de superação (*overruling*) que permitem encontrar a melhor resposta ao caso concreto, realizado a justiça substancial. Necessário, portanto, que o modelo de decisão precedente seja compatível com o novo caso em julgamento em razão da semelhança dos fatos (circunstâncias) essenciais, assim como, que não tenha sido a tese jurídica modificada ou superada por alteração de entendimentos ou mesmo edição de outras normas legais em outro sentido. Note-se que as ferramentas da distinção e da superação são inclusive previstas expressamente pelo legislador positivo brasileiro, no art. 489, § 1º, VI, do Novo Código de Processo Civil¹²⁰, que determina sua utilização, sempre que adequadas ao caso.

Considera Luiz Guilherme Marinoni que, ao decidir, o Judiciário se compromete com as outras partes, no sentido de manter o mesmo entendimento anterior para os casos novos e semelhantes que surgirem, sendo que o respeito aos precedentes fator de fortalecimento do acesso à justiça. Observem-se suas palavras:

Assim, a vinculação aos precedentes, ao invés de negar, fortalece o direito de acesso à justiça. Ora, não há como admitir decisões múltiplas e contraditórias a um mesmo caso; a previsibilidade e a estabilidade são imprescindíveis. A previsibilidade elimina a litigiosidade, evitando a propositura de demandas em um ambiente aberto a soluções díspares, que, inevitavelmente, desgastam e enfraquecem o Poder Judiciário¹²¹.

O óbice à realização da isonomia substancial em determinado caso, por um excesso de integração sistêmica que não observasse as distinções das causas passada e presente, é normalmente superado nos países de tradição *common law* em razão da cultura já implantada do *distinguishing*, sendo importante a separação entre elementos essenciais de determinação da tese jurídica (*ratio decidendi*) daqueles elementos meramente acidentais (*obiter dictum*). Nos países de tradição legalista, como o Brasil, em razão da forma diversa de raciocínio jurídico sedimentada ao longo do tempo, torna-se imperioso o desenvolvimento de

¹²⁰ CPC/2015: “Art. 489, § 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”.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 154.

cultura argumentativa dos profissionais do Direito para destacarem as diferenças relevantes, já que nem todas as modificações sutis justificam afastamento do precedente, sob pena de criação judicial do direito caso a caso¹²². Vale registrar, nesse ponto, que a nova postura não se espera somente dos órgãos julgadores, pois os representantes judiciais das partes (advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público, etc) é que devem, em primeiro lugar, destacar em suas peças postulatórias e de defesa os elementos de distinção ou a ocorrência de eventual superação dos precedentes que regulam o caso a ser julgado.

¹²² CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 306.

4 EPISTEMOLOGIA JURÍDICA E PRECEDENTE JUDICIAL: SOBRE A COERÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO E A POSSIBILIDADE DE RESPOSTA CORRETA EM DIREITO

Neste ponto do trabalho, pretende-se aprofundar o estudo dos pressupostos epistemológicos determinante do respeito aos precedentes judiciais. Com esse objetivo, torna-se necessário ingressar em temas inerentes à Ciência do Direito e à epistemologia geral, especialmente no que se refere às propostas metodológicas para aferição de verdade ou falsidade de enunciados científicos e sua possível utilização no universo jurídico.

4.1 Epistemologia jurídica: a Ciência do Direito e os desafios da verdade e da objetividade no conhecimento jurídico

Conforme observado no capítulo anterior, buscou-se no decorrer da presente pesquisa investigar os suportes epistemológicos do conhecimento jurídico, com o fim de apresentar um esboço teórico sobre o papel dos precedentes judiciais no ordenamento, de forma compatível com a tradição jurídica brasileira. Importa, neste ponto do trabalho, analisar os vínculos entre a Ciência do Direito e as exigências de verdade e objetividade no conhecimento científico. De fato, essa relação entre Direito e ciência mostra-se como um tema central das discussões acadêmicas. É fundamental para a própria compreensão do papel do jurista estudar as possibilidades de encontrar-se conhecimento seguro a partir da Ciência do Direito. Em outras palavras, aferir se o Direito tem efetivamente caráter científico, a ponto de permitir o alcance de conhecimento verdadeiro pelo pesquisador ou de apresentar respostas corretas para questões de ordem prática.

Desde cedo, na academia, levanta-se a necessidade de situar-se o Direito entre os demais ramos de conhecimento com pretensão científica. Nesse âmbito é que se discute a definição de seu objeto de estudo e o método de trabalho do jurista. Lado outro, a realidade da vida prática volta sempre a lançar questionamentos sobre a objetividade do Direito, eis que, não raro, soluções contraditórias para problemas jurídicos semelhantes são tornadas públicas. Assim, o vetusto ponto de estar vinculado o conhecimento jurídico à faculdade cognitiva ou volitiva do ser humano é retomado. Questiona-se sobre a real possibilidade de a Ciência do Direito dispor de instrumentos teóricos que permitam verificar a veracidade de seus enunciados, a fim de que soluções objetivas sejam apresentadas nas demandas jurídicas do mundo prático.

Quando se lança como fundamento para a necessidade de o sistema jurídico respeitar precedentes judiciais, sob o prisma deontológico, a promoção da igualdade e da segurança, esta última enquanto estabilidade e previsibilidade, assume-se (ainda que inconscientemente) o compromisso com alguma objetividade no conhecimento jurídico, ao se pretender que a aferição racional de respostas jurídicas afaste a atuação de qualquer vontade arbitrária. Insofismável, portanto, o vínculo entre os argumentos deontológicos de justificação e a racionalidade do sistema jurídico, sob pena de não se poder verificar o atingimento dos ideais de justiça, como igualdade, e segurança. De fato, somente é possível questionar respostas a problemas jurídicos, partindo-se do pressuposto de que há soluções corretas e incorretas, ou no mínimo solução mais correta que outra, do que se infere haver maior ou menor verossimilhança nos enunciados jurídicos que as fundamentam. Do contrário, não haveria parâmetro racional para questionar decisão arbitrária de qualquer subjetividade. Assim, torna-se imprescindível estudar esse aspecto de racionalidade do Direito, voltando-se a questionar se, apesar do conteúdo de seu objeto de estudo relacionar-se intimamente com elementos axiológicos, é possível atribuir alguma objetividade à ciência jurídica.

Neste capítulo, serão analisadas as possibilidades de obterem-se respostas corretas em face de problemas jurídicos, revolvendo-se os fundamentos epistemológicos da Ciência do Direito. Saber se enunciados jurídicos podem obter predicados de verdade ou falsidade em face de um sistema jurídicos é tarefa importante, embora extremamente desafiadora e repleta de questionamentos. Advirta-se, desde já, que quando se fala em “verdade” – palavra naturalmente geradora de polêmicas intermináveis –, não se toma o termo no sentido de conhecimento absolutamente verdadeiro, pois este tipo de conhecimento sequer é atualmente admitido nas ciências naturais, já que toda teoria científica está sujeita a ser falseada, isto é, a ser superada por outra a partir da crítica intersubjetiva e de novos experimentos. Como já advertiu John Rawls, no desenvolvimento de sua teoria da justiça, pode-se presumir “que todas as teorias contenham erros em alguns pontos”¹. Não sendo possível estar seguro quanto ao atingimento de qualquer verdade absoluta, o que resta ao cientista é o confronto de teorias adversárias para tentar aferir a que apresente menos erros e maior plausibilidade, em um processo de aproximação do conhecimento verdadeiro. Dessa forma, “verdade”, para os termos do presente estudo, é sinônimo de “crença justificada”, ou seja, de verossimilhança de um enunciado à luz de determinado sistema.

¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 62.

4.1.1 *Ciência do Direito e verdade*

Como acima referido, o predicado verdadeiro apenas indica que o enunciado desfruta do suporte de outras crenças ainda estáveis, sendo ilusória a pretensão de se obter conhecimento absolutamente correto e irrefutável a partir da ciência. A advertência mostra-se importante no estudo, para estabelecer o real campo de ideias a serem submetidas à análise crítica. Considera-se que o risco de se utilizar um termo tão combatido em tempos de relativismo extremo pode ser reduzido a partir do maior esclarecimento de seu conteúdo. Reitera-se, portanto, que a ideia a ser refletida pelo termo “verdade” não se relaciona com qualquer categoria imutável e de validade universal e absoluta. Ao contrário, vincula-se às contingências de determinado sistema e mostra-se sempre suscetível à superação por outra crença mais bem justificada.

O termo “verdade”², assim, deve ser lido como um “ideal regulativo”, um ponto a brilhar no horizonte do cientista como a guiar sua sinceridade de propósito. Por mais que saiba não ter fim a sua jornada pelo conhecimento, inexistido porto sabidamente verdadeiro e seguro para firmar as suas convicções, o pesquisador não se lança no mar revoltoso das dúvidas como um naufrago em desesperança, mas sim com a certeza de que após cada descoberta haverá sempre novos mundos a descobrir. De fato, a pesquisa científica é um caminho que demanda esforço constante, pois ao fim de cada etapa descortinam-se novos desafios a superar e novos problemas a resolver. Nesse sentido, as verdades, enquanto crenças justificadas, são sempre provisórias e sujeitas à falsificação, a partir de novos estudos e da crítica intersubjetiva.

Nessa mesma linha, destacando o papel construtor do seu próprio objeto desempenhado pela ciência, Agostinho Ramalho Marques Neto afirma que “toda teoria científica se caracteriza por expressar um conhecimento aproximado, retificável, e não um simples reflexo dos fatos”³. Observa Marques Neto que o conhecimento científico se tornaria eficaz justamente por ser sempre aberto à crítica, à refutação e à retificação, não se apegando

² Vale registrar a referência à verdade efetivada por Francisco Meton Marques de Lima, enquanto valor positivo que deve ser buscado pelo ser humano. Na referida análise axiológica, quanto às visões sobre a verdade, pontua Marques de Lima: “A verdade, vista pelo ceticismo, não existe, pelo relativismo, ela é apenas relativa, pelo subjetivismo, só é verdade sob o ponto de vista de quem aprecia e julga. Porém, trabalhamos com a verdade como valor, como algo que existe, mas nunca é apreendido em seu ser, em sua totalidade.” LIMA, Francisco Meton Marques de. **O livro dos valores: os valores da vida e a vida dos valores** ou guia das escolhas de valor. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2014, p. 207.

³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47.

a verdades absolutas. Acolhendo as lições de Karl Popper, destaca Agostinho de Ramalho Marques Neto que o trabalho científico é sempre interminável, sendo a possibilidade de ter suas teses falseadas o que caracteriza a própria ciência. Em suas palavras:

Para o senso comum, as teorias científicas contêm verdades praticamente irrefutáveis. O homem comum assume diante do conhecimento científico uma atitude quase mística, como se as ciências formulassem, à semelhança das religiões, verdades eternas. Nada mais errôneo que tal atitude. Com efeito, uma teoria absolutamente irrefutável não poderia ser corretamente classificada como científica. É este o ponto de vista de POPPER, condizente neste particular com as epistemologias dialéticas, quando introduz o critério de *falsificabilidade* ou *falseabilidade* como um dos pontos característicos da teoria científica. Esta não deve afastar, *de princípio*, a possibilidade de sua falsificação, isto é, de ser potencialmente submetida a alguma experiência que a infirme ou retifique⁴.

A posição falsificacionista de Popper vem sendo acolhida em grande medida na epistemologia contemporânea, não mais se podendo falar em ciência apenas como o conhecimento ordenado e sistematizado sobre um específico objeto, por meio de método próprio, sendo a possibilidade de falseamento de suas assertivas um ponto essencial na conceituação do campo científico. Para Popper, verdade absoluta não existe na ciência, sendo a postura científica sempre desafiadora dos estados de estabilidade das crenças nos conhecimentos disponíveis, buscando aproximar-se o máximo possível do conhecimento verdadeiro. Nesse sentido, Alan Francis Chalmers destaca que uma importante contribuição de Karl Popper é justamente a ideia do processo contínuo da ciência de aproximação da verdade, considerando apenas verossimilhanças as teses ainda não falsificadas, enquanto o senso-comum ingênuo pensa em verdade como algo absoluto e estável⁵.

Partindo dessa posição epistemológica, considerando que o conhecimento científico tem como condição de possibilidade de sua existência a refutabilidade de suas asserções, deve-se averiguar se a Ciência do Direito desfruta dessa característica. Em outras

⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 52.

⁵ Vale registrar as palavras de Alan Chalmers: “Uma contribuição importante ao projeto de Popper de interpretar a ciência como uma busca da verdade foi o seu reconhecimento da importância da ideia da aproximação da verdade. Para Popper, o falibilista, teorias passadas que foram substituídas, como as mecânicas de Galileu ou de Newton, são falsas à luz de nossas teorias atuais, enquanto no que se refere às modernas teorias einsteinianas ou quânticas da física, não podemos saber se são verdadeiras. Na realidade, o mais provável é que sejam falsas e passíveis de serem substituídas no futuro por teorias superiores. Apesar dessa falsidade ou da provável falsidade de nossas teorias, os falsificacionistas como Popper desejam dizer que a ciência tem progredido cada vez mais para perto da verdade. Por exemplo, eles precisam ser capazes de dizer que a teoria de Newton está mais próxima da verdade que a de Galileu, ainda que as duas sejam falsas. Popper percebeu que era importante para ele fazer com que a ideia da aproximação da verdade fizesse sentido, de modo que, por exemplo, faça sentido dizer que a teoria de Newton é uma melhor *aproximação da verdade* que a de Galileu. Popper tentou fazer com que a aproximação da verdade, ou verossimilhança, como ele a chamava, fizesse sentido em termos das conseqüências verdadeiras ou falsas de uma teoria.” CHALMERS, A. F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Brasiliense, 1993, p. 202.

palavras, nessa linha de compreensão da ciência, somente se pode atribuir caráter científico a determinado ramo do saber se seus enunciados não constituíssem verdades inquestionáveis, por serem dogmáticas ou por ser impossível a sua refutação por método racional. Seriam os enunciados provenientes da ciência jurídica passíveis de falseabilidade?

Na visão de Tercio Sampaio Ferraz Jr., a resposta seria negativa. Considera o referido autor, na esteira de Karl Popper, que os enunciados científicos seriam sempre refutáveis, sendo sua “validade universal, mas não absoluta”⁶. Destaca que, ao lado de seu objeto específico, toda ciência teria uma “preocupação máxima”, isto é, a verificação da veracidade ou falsidade dos seus enunciados. Todavia, para Ferraz Jr., a positivação do direito teria cortado a possibilidade de a ciência jurídica lidar com enunciados nesse sentido refutáveis⁷. Em sua visão, o Direito Positivo surgiria ao se imputar validade a certas decisões de órgãos legislativos, judiciários e administrativos, sendo constantes as modificações de seu teor, sempre que os citados órgãos entenderem oportunas⁸. Assim, em razão dessas modificações introduzidas no conhecimento jurídico pela positivação, teria havido uma alteração da Ciência do Direito, a qual não mais se preocuparia do problema da verdade, como os demais ramos científicos, mas sim com a oportunidade de decisões, ou seja, com a *decidibilidade*. Importa destacar parte de seu texto:

Ora, a situação modifica o *status* científico da Ciência do Direito, que deixa de se preocupar com a determinação daquilo que materialmente sempre foi Direito com o fito de descrever aquilo que, então, *pode ser* Direito (relação causal), para ocupar-se com a oportunidade de certas decisões, tendo em vista aquilo que *deve ser* Direito (relação de imputação). Neste sentido, seu problema não é propriamente uma questão de verdade, mas de *decidibilidade*. Os enunciados da Ciência do Direito que compõem as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo consequências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras. Enunciados desta natureza não são *verificáveis* e, portanto, refutáveis como são os enunciados científicos a que aludimos⁹.

Compreendendo que o problema central da Ciência do Direito seria a questão prática da *decidibilidade*, e não o questionamento sobre verdade ou falsidade de enunciados normativos, Tercio Sampaio Ferraz Jr. a qualifica como um “pensamento tecnológico”. Inspirando-se claramente nas ideias de Theodor Viehweg, aduz Ferraz Jr. que tendo foco nos problemas práticos, a tecnologia jurídica dogmatizaria seus pontos de partida,

⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 49.

⁷ Ibid., 2014, p. 48-49.

⁸ Ibid., 2014, p. 50.

⁹ Ibid., 2014, p. 50-51.

problematizando somente a solução das questões conflituosas¹⁰. Refere que todos problemas jurídicos trariam perguntas e respostas, sendo que, ao se priorizarem as perguntas, os axiomas do sistema se colocariam sob possibilidade de crítica (questão zetética); lado outro, ao se porem em relevo as respostas, alguns elementos são colocados fora de questionamento, de forma absoluta (questão dogmática)¹¹. Conclui o referido autor que, geralmente, as questões jurídicas seriam dogmáticas, e que questões dogmáticas seriam tipicamente tecnológicas¹².

Como acima referido, o deslocamento teórico de Tercio Sampaio Ferraz Jr. no sentido de arrefecer o caráter científico do conhecimento jurídico, destacando seu viés problemático, dogmático e tecnológico, é geneticamente vinculado ao pensamento desenvolvido por Theodor Viehweg em seu conhecido livro *Tópica e Jurisprudência (Topik und Jurisprudenz)*. Com efeito, Viehweg apresenta a tópica como uma técnica de pensar as soluções jurídicas a partir do problema e não do sistema. Contrapõe, então, seu modelo tópico-problemático, desenvolvido a partir da retórica, à estrutura do conhecimento jurídico concebida como dedutivo-sistemático¹³. Estudando a tópica a partir dos trabalhos de Aristóteles e de Cícero, considera Viehweg que, quando se coloca a atenção no sistema, pode haver casos extremos em que haja problema não solucionado à luz dessa ordenação sistemática, pois é o próprio sistema que determina seus problemas. Por outro lado, entende que, pondo foco no problema, este é que selecionará o sistema que trará sua solução. Em suas palavras: “Se nenhum desses sistemas permitem uma solução, será necessário outro sistema e outro ainda, pelo que se mantém sempre o caráter problemático”¹⁴. Importa ao referido autor a base casuística de seu pensamento problemático.

Vale notar que tanto Ferraz Jr. quanto Viehweg defendem a tópica (ou a prioridade do problema) frente ao pensamento sistemático, mas tomando para confronto o modelo cartesiano, ou seja, partindo da ideia de axiomas básicos insofismáveis dos quais seriam deduzidas todas as demais estruturas deontológicas do sistema¹⁵. Refere Theodor Viehweg que

¹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 52.

¹¹ *Ibid.*, 2014, p. 53.

¹² *Ibid.*, 2014, p. 54.

¹³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução da 5. ed. Alemã, rev. e ampl. de Prof^a Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 16.

¹⁴ *Ibid.*, 2008, p. 35.

¹⁵ Vale registrar as palavras de Viehweg sobre o que seria necessário para tornar científica a técnica jurídica: “Seria necessário uma rigorosa axiomatização de todo o direito, haurida a uma rigorosa proibição de interpretação dentro do sistema, o que se alcançaria de um modo mais completo mediante o cálculo; alguns preceitos de interpretação dos fatos orientados rigorosamente para o sistema jurídico (ou cálculo jurídico); não impedir a admissibilidade das decisões <<non liquet>>; conseguir uma continuada intervenção de um

a jurisprudência não disporia de um método, enquanto “procedimento que, do ponto de vista lógico, seja estritamente controlável, que estabeleça, por consequência, um unívoco texto argumentativo, i.e., um sistema dedutivo”¹⁶. Todavia, como já tratado anteriormente e se verá com maior desenvolvimento em tópico posterior, é viável pensar o sistema jurídico sem esse caráter axiomático e fechado criticado por Viehweg. De fato, a ideia que se defende nesse trabalho é que o sistema jurídico obtém sua unidade não por derivação de premissas a partir de um ponto fixo e imutável, à semelhança de verdades primeiras (dogmáticas), como pretende a visão epistemológica fundacionalista, mas sim a partir de entrelaçamento coerente dos elementos (ideias) que o constituem, em forma de uma rede de sistematização cíclica.

Também na trilha teórica de Ferraz Jr., Maria Helena Diniz considera que, enquanto os demais ramos científicos apresentam interesse em atingir conhecimento verdadeiro, por meio de método de trabalho próprio e elaboração de enunciados descritivos e portadores de verdade, ou seja, capazes de transmitir informações precisas e seguras a respeito do mundo real, a Ciência do Direito concentraria seu esforço na questão da decidibilidade, passando ao largo de problemas referentes à verdade ou falsidade dos enunciados jurídicos. Para a citada autora, o conhecimento do Direito teria natureza tecnológica e pragmática, e não caráter científico¹⁷. Entende Maria Helena Diniz que não haveria como verificar nem como refutar os enunciados jurídicos, pelo que o conhecimento jurídico seria tecnológico e pragmático, mas sem característica de cientificidade. Observe-se parte de seu texto:

Os enunciados da ciência jurídica não são verificáveis ou refutáveis como os enunciados científicos, porque sua validade depende de sua relevância prática, isto é, deve possibilitar decisões legislativas, judiciais, administrativas, contratuais. Ao expor o ordenamento jurídico, sistematizando-o, ao interpretar normas, facilita a tarefa da aplicação do direito. Daí ser o pensamento científico-jurídico tecnológico¹⁸.

Esse breve panorama teórico sobre a tentativa de retirar o caráter científico do conhecimento jurídico é importante para a compreensão do problema. De um lado, Ferraz Jr. e Diniz classificam a ciência jurídica como tecnológica, por concentrar seu interesse na decisão,

legislador, que trabalhe com exatidão sistemática (ou calculatória) para tornar solucionáveis os novos casos que surgem como insolúveis, sem desestabilizar a perfeição lógica do sistema (ou cálculo). Ademais, dos axiomas jurídicos uma vez estabelecidos poderão ser desdobrados numa forma lógica perfeita, com a qual se teria alcançado o grau ótimo de comprobabilidade unívoca. O procedimento *more geometrico*, para utilizar a forma de expressão da Antiguidade, ter-se-ia completado, agora, em nosso campo”. Ibid., 2008, p. 91.

¹⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução da 5. ed. Alemã, rev. e ampl. de Prof^a Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 77.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 213.

¹⁸ Ibid., 2012, p. 213-214.

e tendo em conta a impossibilidade de serem refutados ou falseados seus enunciados, mormente em razão do fenômeno da positivação. De outro, Theodor Viehweg direciona a atenção do jurista à solução dos problemas práticos por meio da tópica, independentemente de vinculação imperativa à sistematicidade do conhecimento, entendendo que o Direito não se acomoda a um sistema lógico-dedutivo de caráter axiomático. Diante desse quadro, e para fim de colocar os problemas enfrentados nesse estudo, importa levantar algumas questões: Realmente, o positivismo jurídico afastou o caráter científico do Direito? O problema da decisão jurídica (decidibilidade) não já existia mesmo antes da positivação questionada? É possível falar em algo que “sempre foi direito”? Não poderiam os enunciados jurídicos serem portadores de verdade verificáveis intersubjetivamente e, portanto, refutáveis? Está o sistema jurídico fadado ao modelo lógico-dedutivo, fechado e axiomático de cariz fundacionalista?

Note-se que tanto Ferraz Jr. quanto Diniz partem da compreensão falibilista do conhecimento científico para negar esse caráter ao Direito, entendendo que suas sentenças declarativas não seriam refutáveis. Como acima referido, na visão epistemológico-falibilista de Karl Popper, a ciência se caracterizaria pela possibilidade de ter seus enunciados falseados, ou seja, refutados a partir da crítica intersubjetiva, pois não se apegaria a nenhum conhecimento absolutamente verdadeiro, à semelhança de dogma, sendo que suas teorias sempre estariam sujeitas à superação, por serem falíveis. No mesmo sentido, nota Nicholas Rescher que o conhecimento científico está sujeito a equívocos, inexistindo verdades firmes, mas apenas afirmações com pretensão de verdade feitas pelo cientista que, não obstante, tem consciência de que pode estar errado em sua teoria. Aliás, destaca que não existiriam verdadeiras “leis da natureza” (*laws of nature*) mas apenas teorias (*mere theories*), as quais podem ser a qualquer momento infirmadas, corrigidas ou superadas por novos conhecimentos que se mostrem mais plausíveis¹⁹. Para exemplificar essa diferença entre conhecimento real e putativo, Rescher refere-se analogicamente ao “paradoxo do prefácio” (*The Preface Paradox*), situação em que o autor, no prefácio, pede desculpas antecipadas pelos erros que sabe que seu livro contém. Mas por que o autor não corrige logo os erros a que se refere? Porque, não sabe quais são nem onde estão, cabendo a revisões futuras corrigi-los²⁰. De forma análoga

¹⁹ RESCHER, Nicholas. **Epistemology**: An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 17-18.

²⁰ Sobre o ponto, vejam-se as palavras do autor: “*The Preface Paradox situation is indicative of a larger predicament. We know or must presume that (at the synoptic level) our Science contains various errors of omission and commission – though we certainly cannot say where and how they arise. And it does not matter how the calendar reads. This state of affairs hold just as much for the Science of the future as for that of our own day. Natural Science is not only imperfect but imperfectable. And this fact has profound implications for the nature of our ‘scientific knowledge’*”. Em tradução livre: “A situação Paradoxo do Prefácio é indicativa de

funcionaria a ciência, lançando teses que se presumem verdadeiras, mas que se sabe previamente podem estar erradas e serem corrigidas por outros trabalhos científicos subsequentes.

Apesar de partir também de uma epistemologia falibilista para analisar o fenômeno jurídico, Hugo de Brito Machado Segundo chega a conclusão diversa das afirmadas por Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Maria Helena Diniz, ao considerar que o Direito mantém seu caráter científico, sendo possível o controle dos seus enunciados por meio de crítica intersubjetiva. Destaca Machado Segundo, de início, a imperfeição do conhecimento humano, considerado como relação entre sujeito e objeto, a qual estaria submetida a diversas interferências, desde a precariedade das informações existentes, ao meio utilizado no processo (linguagem), até as compreensões prévias já existentes no sujeito²¹. Considera, ainda, que a imagem do objeto (conhecimento) é sempre construída no cérebro humano, a partir dos ingressos de informações pelos órgãos do sentido, em se tratando de conhecimento empírico, e de forma ainda mais complexa, no caso das realidades puramente institucionais, como as normas jurídicas, onde parcela significativa do dado é produto da construção humana²².

Adotando a teoria da verdade como correspondência entre a imagem formada no cérebro humano e o próprio objeto do conhecimento, e tendo em vista a precariedade e a imperfeição dessa relação acima referidas, nota Machado Segundo que não se poderia assegurar de forma absoluta a veracidade de afirmações a respeito do objeto. Dessa forma, em razão das incertezas sobre o conhecimento, o ser humano pode adotar uma atitude cética, relativista ou dogmática, bem como a postura falibilista. Refere, em resumo, que o ceticismo levaria à negação da possibilidade do conhecimento, já que tudo pode ser falso. No lado oposto, o relativismo daria o mesmo peso a todo conhecimento, pois tudo poderia ser verdade. De outro lado, a postura dogmática seria a aceitação de uma determinada “realidade”, sem preocupação com seus fundamentos, pondo a crença a salvo de questionamentos²³. Como alternativa viável às três posturas extremas anteriormente citadas (cética, relativista e dogmática), Hugo de Brito Machado Segundo aposta no falibilismo, a contínua busca pela

um problema maior. Nós sabemos ou devemos presumir que (em nível sinóptico) nossa Ciência contém vários erros de omissão e comissão - embora certamente não possamos dizer onde e como eles surgem. E não importa o calendário. Este estado de coisas mantém-se tanto para a Ciência do futuro quanto para a de nossos dias. A ciência natural não é apenas imperfeita, mas intrinsecamente imperfeita. E esse fato tem profundas implicações para a natureza do nosso ‘conhecimento científico’”. RESCHER, Nicholas. Op. cit., p. 20.

²¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 41.

²² Ibid., 2016, p. 42.

²³ Ibid., 2016, p. 44-45.

verdade, por meio de submissão das teses à crítica, ainda que não se tenha certeza do conhecimento. Vejam-se suas palavras:

Como um meio-termo entre essas três posições extremadas, apresenta-se o falibilismo, segundo o qual, ainda que não se possa ter certeza a respeito da veracidade ou do acerto de afirmações feitas a respeito da realidade, é possível submetê-las a testes, a fim de sejam consideradas verdadeiras enquanto não for demonstrada a sua falsidade. Essa atitude, que corresponde, em alguma medida, à forma como se comportam os seres vivos em geral e o ser humano em particular, parece ser a forma mais adequada de lidar com *o risco de estar errado*, equilibrando a busca pela verdade, de um lado, com a necessidade prática de se tornarem decisões imediatas, de outro²⁴.

O raciocínio falibilista, entende Machado Segundo, também pode ser aplicado no estudo do Direito, ainda que se trate de realidade institucional, sendo possível fazerem-se afirmações refutáveis sobre normas. Como exemplo, observa que se alguém afirmasse que a idade mínima para ocupar o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal é de 30 anos, essa afirmação seria questionável com base no art. 101 da Constituição Federal, que fixa o limite mínimo em 35 anos²⁵. Afirmando o “papel (re)construtor do intérprete” na atribuição de sentido a textos normativos, atividade que não seria apenas de descrição da norma, mas de real criação²⁶, destaca que o ponto importante é justamente saber como se daria esse processo criativo e quais os limites oponíveis ao intérprete. De fato, ao contrário de Hans Kelsen, que admite a atividade criativa (ou pelo menos voluntarista) do intérprete, pois o sentido do texto normativo se encontraria em um “quadro de moldura” com significados disponíveis a sua escolha, que se daria de forma discricionária e por critério não-científico à luz do caso concreto²⁷, Machado Segundo considera que essa atribuição de sentido poderia ser controlável a partir da postura falibilista, submetendo as interpretações conflitantes à crítica intersubjetiva²⁸.

Para Hugo de Brito Machado Segundo, diante da provisoriedade e falibilidade do conhecimento, o que caracterizaria a sua cientificidade seria a possibilidade de falseamento e a ausência de dogmatismo, sendo que somente uma visão ultrapassada de ciência poderia deixar de reconhecer que essas características seriam também atribuíveis ao Direito²⁹. O raciocínio falibilista, a seu aviso, é plenamente possível de ser aplicado na interpretação de

²⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 46.

²⁵ Ibid., 2016, p. 57.

²⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia Falibilista e Teoria do Direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**, ano 3, n.1, 2014, p. 239.

²⁷ Ibid., 2014, p. 240.

²⁸ Ibid., 2014, p. 246.

²⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 117.

textos normativos, mormente em se considerando a separação ontológica entre texto e norma, sendo esta última o resultado da interpretação, ou seja, o próprio sentido. Observem-se suas palavras:

De rigor, textos normativos não têm sentido algum, se desvinculados de uma situação de fato a que se apliquem, ainda que imaginária, em face da qual se lhes possa *atribuir* um sentido. Aliás, isso não vale apenas para textos normativos, mas para quaisquer realidades às quais se cogite atribuir sentido artificial. A letra 'A', por exemplo, terá um sentido se impressa em uma embalagem de leite e outro sentido bem diferente, sem uma bolsa de armazenamento de sangue humano em um banco de sangue.

Por isso, o raciocínio falibilista pode ser empregado, na interpretação de textos normativos, na medida em que o sentido a ser atribuído a um desses textos parecerá inicialmente ser um, mas a convicção a esse respeito jamais será definitiva ou imodificável. Será, em verdade, *falseável*, porquanto a consideração de outros textos que com aquele se relacionam, ou de novas particularidades fáticas, será eventualmente capaz de retificar ou mesmo afastar esse sentido inicialmente atribuído. Não é por outra razão que se diz que a suposta clareza de um texto normativo examinado 'em tese' decorre, muito mais, da falta de imaginação ou de criatividade de quem o estuda, pois é sempre possível cogitar de situações, inicialmente não pensadas, nas quais aquele sentido inicialmente tido como 'claro' pode não o parecer tanto assim³⁰.

Note-se que, quando buscou atribuir ao direito características de ciência, Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, referiu ser necessário separar as funções desempenhadas pelas autoridades jurídicas (legislativas, judiciárias) daquelas a cargo do jurista, observando que aquelas desempenhariam atividade de cunho prescritivo, produzindo normas gerais e individuais que atribuem direitos e deveres, enquanto o cientista do direito teria atividade meramente descritiva, através de proposições normativas da ciência jurídica³¹. Nesse sentido, para Kelsen, normas jurídicas, por serem prescrições (comandos, permissões, atribuições etc.), passariam ao largo de considerações sobre verdade ou falsidade, sendo apenas válidas ou inválidas, segundo a observação da competência do órgão que a produziu, ou seja, por critérios eminentemente formais. De outra parte, os enunciados da Ciência do Direito, em forma de proposições meramente descritivas de normas jurídicas, poderiam receber o qualificativo de verdadeiros ou falsos, a depender de revelarem ou não o conteúdo correto das normas descritas³². Todavia, Kelsen acaba fragilizando a função prática da ciência do direito, ao postular que, ao final do processo interpretativo, restaria ao intérprete-aplicador uma série de possibilidades de sentidos, todos válidos, à disposição da vontade discricionária de quem fosse aplicar. Assim, nesse modelo, deixaria o trabalho científico de apresentar

³⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 68.

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 82.

³² *Ibid.*, 2003, p. 83-84.

respostas para o problema de “seleção” do melhor sentido da norma. A proposta científica do falibilismo, por seu turno, como destaca Machado Segundo, poderia ser um caminho para reduzir essa discricionariedade, através da crítica intersubjetiva.

Registre-se que a postura epistemológica falibilista parte da ideia de que, em verdade, o ser humano usaria “um método de ensaio e eliminação de erro” para fazer suas escolhas, inclusive no que se refere às teorias científicas. Para Karl Popper, importava investigar como o homem, e em especial o cientista, procede à seleção de respostas para seus problemas, de forma racional. Na linha de David Hume, Popper afirma que a “referência indutiva” não existiria enquanto entidade lógica, inexistindo justificativa racional, como pretendiam os empiristas tradicionais, para que, a partir dos fenômenos individuais observados, se pudessem obter leis gerais. Todavia, ao contrário de Hume, que via na indução um procedimento utilizado pelos seres humanos, assim como pelos animais, por necessidade prática e biológica, desfrutando de um poder psicológico, Popper afirma que o homem não usaria a indução, mas algo apenas semelhante, isto é, a tentativa seguida da exclusão dos erros³³. Para ele, a indução simplesmente não existe.

Afirma Karl Popper que todo conhecimento humano é conjectural ou hipotético, sendo as teorias apenas tentativas de aproximação da verdade³⁴. Apesar de acreditar no que chama de “realismo do senso comum”, ou seja, a visão de que o mundo real efetivamente existe, Popper critica a teoria do conhecimento do senso comum, baseada na ideia de que os sentidos humanos seriam as únicas fontes do conhecimento. Observa, como já reconhecia Hume, que essa visão de conhecimento do senso comum conflitava com a própria visão realista. Se as sensações fossem os únicos pórticos seguros para o conhecimento humano, inexistiria razão para crer em algo além da própria sensação, conduzindo-se em direção à postura antirrealista. Nota Popper que, apesar de ter vivenciado de forma consciente essa incompatibilidade das duas partes de sua teoria, Hume aceitava a parcela idealista do conhecimento ao lado da crença na efetiva existência do mundo real, por uma questão prática³⁵. No que se refere ao problema da indução, Hume demonstrou que nenhum número de casos observados seria suficiente a assegurar, por questão lógica, a repetição desses casos no futuro, apesar de ser uma “realidade psicológica” em que o homem acreditava, isto é, ainda que sem motivo racional, os seres humanos confiavam na ocorrência futura dos fenômenos

³³ POPPER, Karl Raymund. O problema da indução. In: MILLER, David (Org.). **Popper**: textos escolhidos. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 103.

³⁴ *Ibid.*, 2010, p. 104.

³⁵ *Ibid.*, 2010, p. 105-106.

observados no passado por “costume ou hábito”, sendo condicionados pela repetição. Dessa forma, o conhecimento seria apenas “hábito ou costume irracional”, não havendo justificativa lógica para ele, o que conduz a uma postura irracionalista³⁶.

Para Karl Popper, com o fim de evitar a postura irracionalista da solução de David Hume, seu problema de indução deveria ser reformulado. Questiona-se se seria justificável, de modo racional, partir de exemplos ou de contraexemplos de fenômenos observados para inferir a veracidade ou falsidade de leis. Para Popper, apesar de não se poder justificar racionalmente a veracidade de uma lei universal a partir de exemplos anteriores, seria sim logicamente possível afirmar a falsidade dessa lei pela ocorrência de um único contraexemplo³⁷. Note-se, portanto, que é o contraexemplo o foco de atenção de Karl Popper, permitindo aos seres humanos a eliminação de respostas fundadas em leis que restassem infirmadas pela ocorrência de fenômeno que as contrariasse. Nessa linha de raciocínio, se não é racionalmente possível comprovar pela indução a veracidade de determinada teoria, é logicamente viável excluir a validade de uma solução quando algum contraexemplo venha a infirmar a sua tese fundante.

Dessa forma, no viés epistemológico falibilista, nunca se poderia ter certeza da veracidade absoluta de nenhuma teoria, pois o conhecimento sempre seria conjectural, sujeito a falseamento e à substituição por novas ideias. Todavia, seria possível admitir um processo racionalmente válido de seleção ou de preferência de uma tese em face de outra. Se toda pretensão de verdade é derrotável, pelo processo de eliminação das teorias falsas, pode o ser

³⁶ POPPER, Karl Raymund. O problema da indução. In: MILLER, David (Org.). **Popper**: textos escolhidos. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 107.

³⁷ Por importante à compreensão do ponto, vale registrar parte do texto do citado autor: “A resposta a esse problema é: como Hume deixou implícito, não é justificável raciocinarmos a partir de um exemplo para chegar à verdade da lei correspondente. Mas a esse resultado negativo pode-se acrescentar um segundo resultado, igualmente negativo: é justificável raciocinarmos a partir de um contra-exemplo para chegar à *falsidade* da lei universal correspondente (isto é, de qualquer lei da qual ele seja um exemplo contrário). Em outras palavras, de um ponto de vista puramente lógico, a aceitação de um contra-exemplo à afirmação “todos os cisnes são brancos” implica a falsidade da lei “todos os cisnes são branco” – isto é, da lei cujo contra-exemplo aceitamos. A indução é logicamente desprovida de validade, mas a refutação é um modo logicamente válido de argumentar a partir de um único exemplo contrário para chegar à lei correspondente – ou melhor, para contrariá-la. Isso mostra que continuo a concordar com o resultado lógico negativo de Hume, mas o torno mais amplo. Essa situação lógica independe de qualquer questão sobre se devemos ou não, na prática, aceitar um único contra-exemplo – tal como um cisne negro solitário – para refutar uma lei até então bem-sucedida. Não estou sugerindo que fiquemos necessariamente satisfeitos com tanta facilidade; podemos desconfiar que o espécimen negro diante de nós não é um cisne. Relutamos na prática em aceitar um contra-exemplo isolado, mas essa é outra questão [ver seção IV do texto 10, adiante]. A lógica nos obriga a rejeitar até mesmo a lei mais bem-sucedida no momento em que aceitarmos um único exemplo contrário. Assim, podemos dizer que Hume estava correto em seu resultado negativo de que não pode haver argumento positivo logicamente válido que nos leve na direção indutiva. Mas há outro resultado negativo: existem argumentos negativos logicamente válidos que levam na direção indutiva: *um exemplo contrário pode refutar uma lei.*” Ibid., 2010, p. 109-110.

humano aproximar-se do conhecimento verdadeiro³⁸. Em resumo, entende Popper que teorias rivais podem ser submetidas à seleção por meio da crítica, numa espécie de darwinismo lógico, permanecendo válida (sobrevivendo) aquela que resistir à falsificação, e somente enquanto não for validade refutada por outra melhor. Vejam-se suas palavras:

Propus a seguinte solução ao problema lógico da indução: podemos ter preferência por algumas das conjecturas rivais, isto é, por aquelas que sejam altamente informativas e até agora tenham resistido à crítica. Essas conjecturas preferidas resultam da seleção, da luta pela sobrevivência de hipóteses submetidas à pressão da crítica, que é uma pressão de seleção artificialmente intensificada³⁹.

Como acima referido, Machado Segundo defende a propriedade de utilização de um procedimento falibilista na Ciência do Direito, especialmente na interpretação dos textos normativos⁴⁰. Ou seja, nesse sentido, seria válido pensar em veracidade ou falsidade de enunciados jurídicos, desde que tomado o termo verdade como algo provisório e conjectural, ou seja, como verossimilhança. De fato, importante notar que, não obstante apresente sua teoria falibilista em face de problemas inerentes às ciências da natureza, Karl Popper em momento algum afasta o valor científico das ciências sociais. Em seu pensamento, o método das ciências sociais seria o mesmo utilizado pelas ciências naturais, consistindo na experimentação das possibilidades de solução para os problemas, cabendo à crítica severa o controle e a seleção da melhor conjectura, por meio do “método de ‘ensaio e erro’”.⁴¹ Nesse sentido, a visão falibilista da ciência também poderia sustentar a busca de soluções racionalmente controláveis no âmbito das ciências sociais, incluindo aí o próprio Direito.

A aproximação que se faz, no curso deste trabalho, entre a Teoria do Direito e a Teoria do Conhecimento, visa destacar que deve importar aos juristas a “verdade” dos enunciados sobre o conteúdo das normas ou a “correção” das soluções dadas aos problemas

³⁸ Exemplo do próprio Karl Popper evidencia essa ideia de seleção de teorias: “Está errada a observação desesperançada de Russell de que, ao rejeitarmos com Hume qualquer indução positiva, “não há diferença intelectual entre sanidade e insanidade”. A rejeição da indução não nos impede de preferir, digamos, a teoria de Newton à de Kepler, ou a teoria de Einstein à de Newton: durante o debate crítico racional dessas teorias, podemos aceitar a existência de contra-exemplos à teoria de Kepler que não refutam a de Newton, e de contra-exemplos à teoria de Newton que não refutam a de Einstein. Dada a aceitação desses exemplos contrários, podemos dizer que as teorias de Kepler e de Newton certamente são falsas, ao passo que a de Einstein pode ser verdadeira ou falsa: isso nós não sabemos. Logo, pode haver preferências *puramente intelectuais* por uma ou outra dessas teorias. POPPER, Karl Raymund. O problema da indução. In: MILLER, David (Org.). **Popper**: textos escolhidos. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 110-111.

³⁹ *Ibid.*, 2010, p. 113.

⁴⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 70.

⁴¹ POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 16.

jurídicos de ordem prática. Com efeito, o fenômeno jurídico traz em si uma “pretensão de correção”⁴² da qual não se pode despir sem prejuízo de desnaturação de seu próprio conceito. Ou seja, as soluções jurídicas não devem somente pôr fim a determinada lide, extirpando um núcleo problemático do seio da sociedade, a qualquer custo, o que apenas enalteceria o valor “ordem”, vinculado ao poder político. Ao lado da pacificação social, vigoram outros valores a serem buscados, sendo o principal deles a “justiça” da decisão, representada, ainda que de modo formalista, como a adequação da decisão ao sistema jurídico vigente. Dessa forma, não se pode ter como suficiente a aceitação do direito somente como uma tecnologia para solução de problemas, como defende Ferraz Jr.. Considera-se que deve haver um esforço para identificar o melhor sentido do texto normativo, o qual pode ser expresso em enunciados da ciência jurídica a serem analisados sob a perspectiva da verossimilhança. Ademais, a Ciência do Direito não pode ser apenas descritiva de normas anteriores criadas de forma discricionária pelo intérprete-aplicador, como pretendia Kelsen, mas permitir ao jurista a utilização de ferramentas teóricas para lançar hipóteses normativas, vazadas em enunciados linguísticos, a serem testadas na prática. Nesse sentido, com Machado Segundo, pode-se concluir que a Ciência do Direito não pode ser dogmática⁴³.

4.1.2 Paradigmas teóricos sobre a verdade científica

Quando se trata, no âmbito da epistemologia, da questão da verdade, é preciso ter presente que há muitas concepções diferentes sobre o que vem a ser esse valor principal da ciência. Com efeito, não é pacífico no âmbito científico o debate sobre o tema, existindo diversas teorias a respeito do conhecimento que se qualifica como verdadeiro, importando a aceitação de uma ou outra proposta epistemológica na tomada de posição prévia no que se refere à visão sobre a realidade do mundo e das possibilidades de apreensão de seu significado. Note-se que as teorias são construídas a partir dessas compreensões de ordem geral sobre a realidade, impondo a quem as encampa o compromisso, consciente ou inconsciente, com uma série de postulados com elas logicamente relacionados.

Neste ponto do trabalho, serão analisadas as principais teorias sobre a verdade, visando facilitar a visualização dos seus pressupostos e de suas consequências para a obtenção

⁴² Ao defender sua tese de que o direito seria um “caso especial do discurso prático geral”, Robert Alexy discorre sobre a “pretensão de correção” das decisões judiciais, as quais “levantam não só a pretensão de estarem corretas no contexto do ordenamento jurídico validamente estabelecido, mas também de serem corretas como decisões judiciais”. ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 103.

⁴³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 33.

de conhecimento seguro. Ademais, esse panorama traçado tenderá a auxiliar na visualização da possibilidade de utilizarem-se as teorias do conhecimento para tratar de aspectos do mundo jurídico, ao passo que pode indicar o paradigma teórico que mais se coaduna às exigências do Direito. Por certo, em respeito aos limites de tempo e às finalidades próprias desse estudo, não se poderá analisar detidamente todos os paradigmas teóricos já desenvolvidos a respeito da questão da verdade, mas apenas traçar as linhas mestras das principais construções epistemológicas que fundamentam o conhecimento verdadeiro.

De início, vale destacar duas acepções diferentes, mas ao mesmo tempo complementares, com que se pode referir ao termo “verdade”. Em um primeiro momento, o termo pode-se referir à definição de verdade, ou seja, estabelecendo o significado dessa palavra, indicando o que pretende significar quando se diz que algo é verdadeiro. Em outro momento, o mesmo termo pode ser utilizado para definir os critérios de aferição da verdade, isto é, indicar o teste para saber se algo (uma sentença, por exemplo) se qualifica como verdadeiro ou como falso. Note-se que, como observa Susan Haack, as teorias da correspondência e da coerência podem ser vistas como complementares, a primeira referindo-se à definição de verdade e a segunda estabelecendo um critério para aferir se algo é verdadeiro. Observa a referida autora, todavia, que enquanto Bradley, expoente da teoria da coerência, admite que o significado de verdade necessitaria de recurso à correspondência, pois a verdade deve ser “verdade de algo”, Blanshard refere-se à coerência como critério e como definição, já que, para ele, verdade consistiria em coerência⁴⁴.

O primeiro paradigma epistemológico que importa estudar é o que se refere à supracitada teoria da correspondência, defendida por Russel (1918), Wittgenstein (1922) e Austin (1950). Seus teóricos consideram que “a verdade de uma proposição consiste não em suas relações com outras proposições, mas em sua relação com o mundo, sua correspondência com os fatos”⁴⁵. Conforme refere Johannes Hessen, o conhecimento estaria essencialmente vinculado ao conceito de verdade, consistindo na concordância da “figura” com o objeto, isto é, na correspondência entre a ideia que anima a mente do sujeito cognoscente e o próprio objeto do conhecimento. A verdade habitaria o âmbito da relação entre o pensamento do sujeito e o objeto imaginado⁴⁶. Nessa óptica, se o conhecimento consiste na representação

⁴⁴ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002, p. 130.

⁴⁵ *Ibid.*, 2002, p. 127.

⁴⁶ HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 22-23.

mental (ideia) que o sujeito realiza a respeito de determinado objeto, a verdade surgiria quando alguma sentença declaratória sobre o objeto, um enunciado, revelasse uma ideia que correspondesse exatamente àquele objeto. Assim, em um exemplo simples, a sentença “as cores predominantes na bandeira brasileira são o verde e o amarelo” seria considerada verdadeira se, de fato, a bandeira do Brasil fosse tingida em sua maior extensão nas cores verde e amarelo. Nesse sentido, é que Aurélio Buarque de Holanda Ferreira traz como uma das definições de verdade a “conformidade com o real” ou a “representação fiel de alguma coisa da natureza”⁴⁷. Essa relação exata de correspondência entre fato do mundo e enunciado linguístico caracterizaria a verdade.

Observa Alan Chalmers que a teoria da verdade como correspondência seria a única capaz de atender às exigências epistemológicas dos realistas. Como explica o citado autor, na óptica epistemológica do realismo, as teorias científicas descreveriam o mundo como ele realmente é. Assim, por exemplo, a teoria cinética dos gases descreveria as moléculas constitutivas dos gases como realmente existentes, ao passo que a teoria eletromagnética deveria ser interpretada como descrevendo campos elétricos e magnéticos que realmente existem no mundo⁴⁸. De outro lado, haveria a postura teórica instrumentalista, a qual considera as teorias científicas não como descritivas do mundo como realmente existe, mas apenas como instrumentos úteis para relacionar “estados de coisas observáveis”⁴⁹. Para os instrumentalistas, as descrições de átomos e moléculas nas teorias, por exemplo, seriam apenas “ficções teóricas convenientes” para facilitação dos cálculos⁵⁰. Nota Chalmers o compromisso do realismo com a noção de verdade, pois “a ciência visa descrições verdadeiras de como o mundo realmente é”⁵¹. Assim, essa visão realista do mundo e da ciência seria compatível com a noção de verdade como correspondência aceita pelo senso comum, isto é, que a afirmação teórica se relacionaria com o próprio mundo existente. Vejam-se as palavras do autor:

⁴⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. totalmente revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 2060.

⁴⁸ CHALMERS, A. F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Brasiliense, 1993, p. 189.

⁴⁹ *Ibid.*, 1993, p. 190.

⁵⁰ *Ibid.*, 1993, p. 191.

⁵¹ *Ibid.*, 1993, p. 189

Se eu tiver um mapa da Austrália e me perguntarem a que se refere o mapa, a resposta é então ‘Austrália’. Ao dar a resposta não estou dizendo que o mapa se refere à palavra ‘Austrália’, mas se me perguntam a que se refere o mapa preciso dar uma resposta verbal. A resposta não se refere a algo verbal⁵².

Como anota Susan Haack, há problemas na estruturação da teoria da correspondência que não afastam as críticas. Na visão de Wittgenstein, por exemplo, o próprio mundo consistiria em “átomos lógicos”, sendo que o arranjo destes é que constituiriam os fatos. Assim, a correspondência seria descrita como um “isomorfismo estrutural”, ou seja, “o arranjo das palavras em uma proposição atômica verdadeira refletiria o arranjo das coisas simples no mundo”⁵³. Nessa óptica, a teoria da correspondência dependeria do compromisso com esse “isomorfismo estrutural”, com a estrutura lógica do mundo e com uma linguagem idealmente perfeita e clara. Para Haack, essa concepção de correspondência não é efetivamente clara. Por sua vez, Austin apresenta uma versão da teoria da correspondência que não se sustenta no atomismo lógico nem em uma linguagem ideal. Com efeito, para Austin, a correspondência se daria por meio de “relações puramente convencionais entre as palavras e o mundo”⁵⁴.

Além dos problemas supracitados que se relacionam com os fundamentos da teoria da correspondência, em razão de sua ideia principal não ser efetivamente clara, há ainda o problema dos paradoxos que permite surgir. Como observa Chalmers, em certas situações, a correspondência pode levar a afirmações paradoxais, com sentenças ao mesmo tempo verdadeiras e falsas. Vejam-se suas palavras:

Uma das dificuldades com a noção de verdade é a facilidade com que seu uso pode levar a paradoxos. O assim chamado paradoxo do mentiroso nos fornece um exemplo. Se eu digo: ‘eu nunca falo a verdade’ então, se o que eu disse é verdade, o que eu disse é falso. Um outro exemplo bem conhecido é o seguinte: imaginemos um cartão que tem escrito num dos lados “A sentença escrita no outro lado deste cartão é verdadeira”, enquanto no outro lado do cartão está escrito “A sentença escrita no outro lado deste cartão é falsa”. Não é difícil ver de que maneira, dada a situação, pode-se chegar à conclusão paradoxal de que qualquer das sentenças no cartão é tanto verdadeira quanto falsa⁵⁵.

Observa ainda Alan Chalmers que a teoria da correspondência também poderia ser criticada por comprometer-se, em uma versão forte, com a existência de uma suposta verdade absoluta ou objetiva, ao passo que a ciência naturalmente se encontra sujeita a um

⁵² CHALMERS, A. F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Brasiliense, 1993, p. 198.

⁵³ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002, p. 134.

⁵⁴ *Ibid.*, 2002, p. 135.

⁵⁵ CHALMERS, A. F. *Op. cit.*, p. 194.

desenvolvimento contínuo e a mudança, por ser produto humano⁵⁶. Como acima referido, a ideia de verdade defendida por Karl Popper é assemelhada a esse desenvolvimento continuado e progressivo, pelo que o autor prefere falar em verossimilhança, isto é, aparência de verdade sujeita à falsificação. Todavia, a verdade permaneceria como um “ideal regulativo”, um objetivo do qual o cientista busca aproximar-se⁵⁷. Vale registrar, também, a posição defendida por Marcelo Lima Guerra, o qual trata da verdade como uma relação de “saturação” entre a crença e um estado real de coisas, evitando referir-se à “correspondência”, que remeteria a relação entre as palavras de uma sentença e o mundo real⁵⁸.

De sua parte, como acima referido, os defensores da teoria coerentista afirmam que a verdade seria evidenciada pela coerência de um conjunto de crenças, e não pela correspondência entre crença (ou sentença) e a realidade. Registra Susan Haack que teorias da coerência foram propostas por Bradley (1914), Neurath (1932), por Rescher (1973) e Dauer

⁵⁶ CHALMERS, A. F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Brasiliense, 1993, p. 201.

⁵⁷ Interessante registrar que Nicholas Rescher, ao tratar do programa epistemológico coerentista, também se refere à “verdade real” como um ideal regulativo (*regulative ideal*) que dirige o cientista a avançar nas suas pesquisas. Para o autor, o fato de não ser possível encontrar a real verdade não deve ser visto com pessimismo, mas como um incentivo à pesquisa. Observa que a luta por um ideal é valiosa, tanto na ciência quanto no âmbito da ética. Vejam-se suas palavras: “*And here, as elsewhere, we must reckon appropriately with the standard gap between aspiration and attainment. In the practical sphere—in craftsmanship, for example, or the cultivation of our health—we may strive for perfection, but cannot ever claim to attain it. And the situation in inquiry is exactly parallel with what we encounter in such other domains—ethics specifically included. The value of an ideal, even of one that is not realizable, lies not in the benefit of its attainment (obviously and ex hypothesi!) but in the benefits that accrue from its pursuit. The view that it is rational to pursue an aim only if we are in a position to achieve its attainment or approximation is mistaken; it can be perfectly valid (and entirely rational) if the indirect benefits of its pursuit and adoption are sufficient—if in striving after it, we realize relevant advantages to a substantial degree. An unattainable ideal can be enormously productive. And so, the legitimation of the ideas of “perfected science” lies in its facilitation of the ongoing evolution of inquiry. In this domain, we arrive at the perhaps odd-seeming posture of an invocation of practical utility for the validation of an ideal.*” Em tradução livre: “E aqui, como em outros lugares, devemos reconhecer adequadamente a diferença padrão entre aspiração e realização. Na esfera prática - no artesanato, por exemplo, ou no cultivo da nossa saúde - podemos esforçar-nos pela perfeição, mas não podemos nunca reivindicar a sua efetiva realização. E a situação em questão é exatamente paralela ao que encontramos em outros domínios - ética especificamente incluída. O valor de um ideal, mesmo de um que não é realizável, não está em benefício da sua realização (obviamente e em hipótese!), mas nos benefícios que advêm da sua busca. A visão de que é racional perseguir um objetivo apenas se estivermos em posição de alcançar sua conquista ou aproximação é equivocada; pode ser perfeitamente válido (e inteiramente racional) se os benefícios indiretos de sua busca e adoção forem suficientes - se ao lutar por ele, realizamos vantagens relevantes em um grau substancial. Um ideal inalcançável pode ser extremamente produtivo. E assim, a legitimação das ideias de “ciência aperfeiçoada” reside na sua facilitação da evolução contínua da pesquisa. Nesse domínio, chegamos à postura talvez estranha de uma invocação de utilidade prática para a validação de um ideal.” RESCHER, Nicholas. **Epistemology: An introduction to the theory of knowledge**. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 149.

⁵⁸ Veja parte do texto do autor referido: “Por isso é que se considera mais expressivo e menos “sistematicamente enganador” evitar a expressão “correspondência” para designar essa metafórica relação entre representação mental contida na crença e o estado de coisas por ela representado. No presente trabalho, opta-se, por se referir a tal situação, isto é, aquela em que é real o estado de coisas representado numa crença, como a *saturação desta representação mental*. Assim, diz-se que uma crença é verdadeira quando é saturada a representação mental de um estado de coisas que ela tenha por objeto e que constitui, assim, um dos fatores desta crença. Melhor se qualifica essa “relação” pela expressão *saturação*.” GUERRA, Marcelo Lima. **Prova judicial: uma introdução**. Fortaleza: Boulesis, 2015, p. 38.

(1974)⁵⁹, destacando-se posições vinculadas tanto ao idealismo quanto ao positivismo lógico⁶⁰. Narra Haack que os positivistas lógicos, influenciados por Wittgenstein, apesar de terem aderido à teoria da verdade como correspondência, mantiveram preocupações epistemológicas em identificar um critério para a aferição da verdade de uma sentença em relação aos fatos. Dessa forma, Carnap e Schlick aceitavam que havia dois tipos de enunciados: os decorrentes diretamente da experiência perceptiva, incorrigíveis, e os demais, cuja veracidade seria aferida pelas relações lógicas com os primeiros. Por outro lado, Neurath, desconfiando da possibilidade de inspeção direta das crenças primeiras, considerou que a única forma de testar a verdade seria através das relações existentes entre as próprias crenças⁶¹.

A mesma negação de Neurath para a percepção imediata da verdade através dos sentidos foi sustentada por Bradley, o qual não acatava a ideia de que o conhecimento poderia ter fundamento incorrigível em juízos perceptivos. Para Bradley, como refere Susan Haack, a aferição da verdade se daria por meio de um sistema de crenças que demandava consistência e amplitude. Ademais, na visão coerentista de Bradley, a própria realidade seria essencialmente um todo unificado e coerente, pelo que se observa a ligação estreita de sua teoria com o idealismo⁶². Sobre o ponto, vale registrar que há posições teóricas contemporâneas, no âmbito da filosofia, defendendo a coerência do próprio mundo, como se observa no pensamento de Eduardo Luft⁶³. Todavia, como acima destacado, há defesa do coerentismo de fundo não idealista.

A dificuldade da teoria coerentista, como observa Susan Haack, é apresentar um procedimento adequado para, de um conjunto maior de dados inconsistentes (incoerentes), formado por crenças não necessariamente verdadeiras, extrair um conjunto menor constituído por crenças justificadas, a partir da coerência, que devem ser tomadas como verdadeiras. Observa Haack que Nicholas Rescher, defensor de uma epistemologia coerentista, apresenta os requisitos de um sistema coerente. Vejam-se suas palavras:

Rescher, que defende uma epistemologia coerentista (a coerência como o teste da verdade), oferece uma explicação detalhada dos requisitos gêmeos de ‘sistema’: consistência e amplitude. O problema enfrentado pelo coerentista, como Rescher o compreende, é o de fornecer um procedimento para selecionar, de dados incoerentes e, possivelmente, inconsistentes (‘candidatos à verdade’, não necessariamente

⁵⁹ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002, p. 127.

⁶⁰ Ibid., 2002, p. 136.

⁶¹ Ibid., 2002, p. 137.

⁶² Ibid., 2002, p. 138.

⁶³ LUFT, Eduardo. **Sobre a coerência do mundo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

verdades), um conjunto privilegiado, de crenças justificadas aquelas de que e tem garantia para sustentar como verdadeiras. Um ‘subconjunto maximal consistente’ (SMC) de um conjunto de crenças é definido assim: S’ é um SMC de S se ele é um subconjunto não vazio de S que é consistente, e ao qual nenhum elemento de S, que já não seja um elemento de S’, pode ser adicionado sem gerar uma inconsistência⁶⁴.

Apesar de apresentar maior densidade teórica ao coerentismo, com o esclarecimento do conceito de ‘subconjunto maximal consistente’ (SMC), Nicholas Rescher ainda precisou lidar com a crítica persistente de ser provável a existência de mais de um SMC a partir dos dados inconsistentes. Esse seria o fundamento da alegação de Russell no sentido de que a coerência não poderia separar “a verdade de um conto de fadas consistente”⁶⁵. Observa Susan Haack que, segundo Rescher, deveriam ser reduzidos os SMCs por meio de ‘indicador de plausibilidade’, o que diminuiria o problema. Todavia, dificuldade persistiria no sentido de serem justificados esses padrões de plausibilidade⁶⁶.

Neste ponto do estudo, importa referir às teorias pragmáticas, que guardam relação com a teoria da verdade como correspondência, da mesma forma que apresentam afinidade com a ideia de verdade aferida através do teste da coerência. Com efeito, conforme observa Susan Haack, as teorias de viés pragmático foram idealizadas por Peirce (1877), Dewey (1901) e James (1909), considerando que “a verdade de uma crença derive de sua correspondência com a realidade, mas enfatizando também que ela é manifestada pela sobrevivência da crença ao teste da experiência, sua coerência com outras crenças”⁶⁷. Nota Haack que, segundo a “máxima pragmática”, um conceito deve ter seu significado condicionado “às consequências ‘práticas’ ou ‘experimentais’ de sua aplicação”, justificando questionar que diferença faria se uma crença fosse verdadeira ou falsa⁶⁸.

Segundo o pensamento de Peirce, observado por Haack, a verdade seria o fim da investigação, isto é, aquela opinião com a qual irão concordar aqueles que utilizam método científico. Para ele, a crença representaria “uma disposição para ação”, que poderia ser interrompida pela dúvida. Esta [a dúvida] seria “um estado desagradável” que justificaria a investigação, em busca de substituição da incerteza por crenças estáveis, que se poderiam conseguir através do método científico, o qual, por “ser condicionado (*constrained*) por uma realidade que é independente do que qualquer um acredita”, teria o poder de conduzir ao

⁶⁴ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002, p. 139.

⁶⁵ Ibid., 2002, p. 139.

⁶⁶ Ibid., 2002, p. 139.

⁶⁷ Ibid., 2002, p. 129.

⁶⁸ Ibid., 2002, p. 140.

consenso⁶⁹. Não obstante referir-se ao consenso, Peirce tem em conta que a realidade condiciona o método científico, pelo que a verdade se definiria pela correspondência entre as crenças e os fatos do mundo. Na esteira do pensamento de Peirce, encontra-se Dewey, o qual, todavia, entende preferível falar-se em “assertibilidade garantida” em vez de “verdade”⁷⁰.

Considera Susan Haack que, se a tese de Peirce relaciona-se com a teoria da correspondência, o pensamento de James sobre o ajuste de novas crenças advindas da experiência, por sua vez, introduziria “um elemento de coerência” na teoria pragmática. De fato, James entende que as crenças advindas das experiências se ajustariam de um certo modo, maximizando “a conservação do antigo conjunto de crenças e restaurando a consistência”⁷¹. Note-se que, nesse óptica, as crenças verdadeiras poderiam ser certificadas pela experiência. Por outro lado, os pragmatistas tendem a considerar o conhecimento verdadeiro “como a crença ‘boa’, ou ‘conveniente’, ou ‘útil’, o que conduziu à crítica de que haveria identificação reprovável entre o verdadeiro e o útil ao homem⁷². Com efeito, não se pode negar que os valores “verdade” e “utilidade” não se confundem, ainda que a busca de crenças verdadeiras se direcione para atender aos objetivos da satisfação das necessidades humanas. Criticando essa visão pragmática do conhecimento, Johannes Hessen observa que não se poderia confundir “verdadeiro” e “útil”, destacando traços característicos de ceticismo nessa visão, que fora defendida, dentre outros, por James, Schiller e Nietzsche⁷³.

Outro importante paradigma teórico da contemporaneidade sobre a verdade é a teoria semântica, esboçada por Tarski (1931,1944). Conforme explica Susan Haack, para referido autor, que pretende buscar a explicação do sentido de “verdadeiro” da máxima de Aristóteles [*dizer do que é que ele não é, ou do que não é que ele é, é falso; enquanto dizer do que é que ele é, ou do que não é que ele não é, é verdadeiro*], a verdade seria “uma relação

⁶⁹ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002, p. 140-141.

⁷⁰ Ibid., 2002, p. 142.

⁷¹ Ibid., 2002, p. 141.

⁷² Ibid., 2002, p. 141-142.

⁷³ Veja-se parte do texto do citado autor: “O ceticismo é um ponto de vista essencialmente negativo. Significa a negação da possibilidade de conhecimento. Com o *pragmatismo* (do grego *pragma*, ação) moderno, o ceticismo dá uma guinada para o positivismo. Como o ceticismo, ele também abandona o conceito de verdade como concordância entre pensamento e ser. Entretanto, não se detém nessa negação, mas põe outro conceito de verdade no lugar do que foi abandonado. Verdadeiro, segundo essa concepção, significa o mesmo que útil, valioso, promotor da vida. [...] É óbvio que não é correto identificar os conceitos ‘verdadeiro’ e ‘útil’. Basta, com efeito, examinar um pouco mais de perto o conteúdo desses conceitos para perceber que têm um sentido completamente diferente. A experiência também mostra a todo tempo que a verdade pode ter efeitos danosos. A esse respeito, a [Primeira] Guerra Mundial é essencialmente instrutiva. De parte a parte, acreditava-se que a verdade deveria ser escondida, pois seus efeitos danosos eram temidos.” HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 39-41.

semântica de satisfação, uma relação entre sentenças abertas (como ‘ $x > y$ ’) e objetos não linguísticos (como os números 6 e 5)⁷⁴. Registre-se, nesse ponto, que se deve entender por sentenças abertas aquelas que não dispõem de informação suficiente para serem de pronto declaradas verdadeiras ou falsas, a exemplo da sentença com uma variável não preenchida.

Como anota Haack, em sua teoria, Tarski apresenta o que denomina de “condições de adequação” (adequação material e correção formal), ou seja, requisitos para que se aceite uma definição de verdade, de forma “que seja tanto materialmente adequada quanto formalmente correta”⁷⁵. Nesse sentido, quanto à adequação material, Tarski observa a concepção aristotélica de verdade e conclui que uma “definição aceitável de verdade” deveria apresentar as consequências inerentes ao que denominou de *esquema (T)*: (T) S é verdadeira sse p. Para esse modelo [esquema], ‘p’ funcionaria como elemento a ser substituído por uma “sentença da linguagem para a qual a verdade está sendo definida”, enquanto ‘S’ corresponderia ao nome da sentença substitutiva de ‘p’⁷⁶. De outro lado, no que se refere à correção formal, Tarski estabelece exigências a respeito da estrutura da linguagem na qual se define a verdade, que deve ser “semanticamente fechada”, sob pena de não serem superados os paradoxos.

Com efeito, para evitarem-se as situações paradoxais, Tarski recorre ao uso de um desnível hierárquico-linguístico, que consistiria em uma metalinguagem (M) referindo-se a uma linguagem-objeto (O). Dessa forma, como explica Haack, “a definição da *verdade-em-O*, onde O é a linguagem-objeto (a linguagem para a qual a verdade está sendo definida), terá de ser dada em uma *metalinguagem*, M (a linguagem na qual *verdade-em-O* é definida)”⁷⁷. Com esse recurso, nota-se que Tarski evita a circularidade naturalmente geradora dos paradoxos, quando uma sentença se refere a outra, e esta segunda se refere àquela primeira, promovendo contradição no que se afirma. Ademais, as estruturas da metalinguagem e da linguagem-objeto devem ser ‘formalmente especificáveis’, motivo pelo qual o autor mostra-se cético à validade do uso das línguas naturais (como o português ou o inglês, por exemplo) para definição de verdadeiro⁷⁸. Note-se que são inerentes às línguas naturais a dinamicidade do conteúdo semântico de seus termos, além da ambiguidade e vaguidade.

⁷⁴ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002, p. 129.

⁷⁵ Ibid., 2002, p. 143.

⁷⁶ Ibid., 2002, p. 144.

⁷⁷ Ibid., 2002, p. 147.

⁷⁸ Ibid., 2002, p. 148.

Interessante notar que, enquanto Tarski considera sua teoria epistemologicamente neutra, pelo que poderia servir tanto a realistas quanto a idealistas e empiristas, Karl Popper entendeu que a teoria semântica seria responsável pela reabilitação da “teoria da correspondência da verdade absoluta ou objetiva”⁷⁹. De fato, como observa Chalmers, “o tratamento da verdade de Popper consiste essencialmente no aparato de Tarski mais a noção de verdade do senso comum”⁸⁰. Popper, de fato, em sua teoria da verossimilhança ou da proximidade com a verdade, considera que a “verdade” deve ser tida como uma “ideia reguladora”. Para ele, a teoria de Tarski permitiria a defesa do conceito absoluto de verdade, do qual o cientista deveria aproximar-se pelo método falibilista⁸¹.

Diante do panorama acima traçado, deve-se observar que prevalecem em destaque as teorias que apresentam elementos de coerência ou de correspondência no trato com a verdade científica. De fato, nota-se que a teoria pragmatista encampa postulados próprios da correspondência e da coerência, como já visto, enquanto a teoria semântica teria reabilitado o conceito de correspondência, no aviso de Popper, ainda que não fosse o objetivo de Tarski. Assim, as teorias expostas são suficientes para a investigação em curso, pois compõem as mais relevantes contribuições para a epistemologia. Por certo, há ainda outras posturas teóricas que poderiam ser mencionadas, como a teoria da redundância, referida por Ramsey (1927), que trata o problema da verdade como uma mera confusão linguística, já que falso ou verdadeiro seriam redundantes⁸², além da teoria de Habermas, que defendeu inicialmente o sentido procedural da verdade, obtida a partir da prática argumentativa, em busca de

⁷⁹ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002, p. 158.

⁸⁰ CHALMERS, A. F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Brasiliense, 1993, p. 197.

⁸¹ Destaque-se passagem em que Popper trata do tema: “A importante idéia metodológica que *podemos aprender de nossos erros* não pode ser entendida sem a idéia reguladora da verdade; qualquer erro simplesmente consiste em um fracasso em viver de acordo com o padrão de verdade objetiva que é a nossa idéia reguladora. Denominamos de “verdadeira” uma proposição, se ela corresponde aos fatos, ou se as coisas são como as descritas pela proposição. Isto é, o que é chamado de conceito absoluto ou objetivo da verdade que cada um de nós usa constantemente. A reabilitação bem sucedida deste conceito absoluto da verdade é um dos resultados mais importantes da lógica moderna. Esta observação alude ao fato de que o conceito de verdade tem sido desprestigiado. Realmente, isto foi a forma matriz que produziu as ideologias relativistas dominantes em nosso tempo. Esta é a razão pela qual estou inclinado a descrever a reabilitação do conceito de verdade pelo matemático e lógico ALFREDO TARSKI como, filosoficamente, o mais importante resultado da lógica matemática. É claro que não posso discutir esse resultado aqui. Meramente posso dizer, bastante dogmaticamente, que TARSKI obteve sucesso na maneira mais simples e mais convincente, ao explicar onde repousa a adequação entre as asserções e os fatos. Porém, isto foi, precisamente, a tarefa cuja aparente dificuldade desanimadora conduziria ao relativismo cético com consequências sociais que não preciso aqui decifrar”. POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 27-28.

⁸² HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002, p. 177.

consenso⁸³. De toda sorte, as teorias apresentadas nessa breve revisão constituem as que se mostram epistemologicamente mais ricas, como adverte Susan Haack⁸⁴, justificando que não seja mais alongada a exposição.

4.1.3 *Coerência como critério da verdade científica*

Após a sumária revisão das principais teorias sobre a verdade no âmbito da ciência, estabelecido ainda que de forma breve o “estado da arte”, cabe neste ponto do trabalho desenvolver um pouco mais a análise sobre o critério adequado de autenticação do conhecimento por meio de métodos científicos. Com efeito, este momento da pesquisa destina-se a discutir com maior atenção as possibilidades de aferição de determinado conhecimento no que se refere à sua qualificação como verdadeiro. É certo que não se pode pretender, no nível atual de desenvolvimento do pensamento epistemológico, qualquer apego a verdades absolutas ou inabaláveis, pois a própria possibilidade de falseamento, como visto, é condição necessária à cientificidade de determinada proposição.

Ademais, também não se olvidam as críticas tecidas em desfavor das grandes expectativas nutridas em favor da ciência e da posição superiormente hierárquica do saber científico frente aos demais conhecimentos. Feyerabend, por exemplo, considera que não haveria qualquer superioridade no saber científico em face dos conhecimentos de outra natureza, e que a busca exagerada pela verdade e a defesa da racionalidade não teriam conteúdo objetivo, sendo meramente retóricos⁸⁵. Todavia, ainda que haja estas posturas céticas em face da ciência e algumas críticas importantes quanto à crença exagerada na razão própria da modernidade, é inegável a importância do conhecimento científico para a humanidade, não se podendo negar os saltos qualitativos de desenvolvimento (mormente tecnológico) proporcionados pela racionalização das ideias. Ou seja, sem apelar para uma postura dogmática de reverência em face da ciência, que é falível, deve-se reconhecer que o seu compromisso de se aproximar da verdade tem o potencial de proporcionar crenças mais estáveis e afastadas do puro subjetivismo. Importa, assim, observar como a ciência atua para autenticar o conhecimento, atestando que se trata de uma crença racionalmente justificada, para após verificar a compatibilidade dessa prática com o universo jurídico.

⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 46.

⁸⁴ HAACK, Susan. Op. cit., 2002, p. 133.

⁸⁵ FEYERABEND, Paul. **A ciência em uma sociedade livre**. Tradução de Vera Joscelyne. São Paulo: Unesp, 2011, p.101.

Na busca de assegurar a justificação racional de determinado conhecimento científico, Nicholas Rescher procede à análise dos dois principais programas epistêmicos de comprovação da verdade, promovendo o confronto das suas razões fundantes. Trata-se do debate entre o fundacionalismo (*Foundationalism*) e o coerentismo (*Coherentism*), propostas teóricas distintas para autenticação do conhecimento científico. Como acima referido, Rescher, ao adotar o coerentismo, que entende superior à proposta fundacionalista, não se mostra preocupado com a teoria a respeito do conceito de verdade, mas sim com a adoção de um procedimento para comprovação da veracidade de determinada crença vazada em um enunciado linguístico. Cabe, portanto, observar as características principais das duas propostas teóricas supracitadas, a fim de concluir sobre a consistência de seus pressupostos.

A respeito do fundacionalismo, pode-se afirmar com Rescher que se trata do modelo histórico mais influente de sistematização cognitiva, o qual propõe a construção linear do conhecimento, de uma dedução a partir de axiomas básicos e auto-justificados (ou não justificados, mas evidentes). Note-se que o fundacionalismo adota o modelo geométrico (geometria euclidiana) como o mais adequado à organização do que se considera conhecimento. Nessa visão, algumas teses (ideias) são básicas e fundamentais, à semelhança dos axiomas geométricos, não dependentes de fundamentação prévia, e passam a ser utilizados para justificação de outras teses derivadas. Assim, nesse modelo euclidiano, cada tese (não-básica) (*nonbasic thesis*) é extraída por uma cadeia linear de inferências sequenciais a partir de algumas teses básicas (*basic thesis*), axiomáticas e não dependentes de justificação (*axiomatic, unjustified*)⁸⁶. Há, portanto, a construção de conhecimento a partir de uma sistematização hierárquica, linear e axiomática, partindo-se de verdades auto-evidentes e não necessariamente justificadas, para verdades derivadas.

Nessa ordem de ideias, observa Nicholas Rescher que os fundacionalistas se comprometem com uma categoria de crenças básicas (*basic beliefs*), que não são justificadas ou se consideram auto-justificadas (*self-justifying in nature*), as quais funcionam como premissas axiomáticas de todo o conhecimento⁸⁷. A partir desses axiomas, é que, por inferência hierárquica e linear, são concebidas as parcelas não axiomáticas do saber científico. Assim, no âmbito do conhecimento científico, haveria uma parte do conhecimento não demonstrável, mas apreendida imediatamente pela mente do sujeito cognoscente com o *status*

⁸⁶ RESCHER, Nicholas. **Epistemology**: An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 113-114.

⁸⁷ *Ibid.*, 2003, p. 116.

de verdade (*immediate truths*) em um processo não discursivo (*nondiscursive*), mas inerente à experiência e aos sentidos, como a apreensão das cores dos objetos. A partir dessas “verdades imediatas”, chega-se discursivamente ao conhecimento derivado (*derivative knowledge*), por meio de uma cadeia linear de inferências⁸⁸. Dessa forma, o programa fundacionalista assenta cada verdade em uma verdade anterior, ou seja, um conhecimento somente é considerado verdadeiro se derivar de uma verdade já estabelecida, em uma sequência linear que se sustenta primitivamente nas verdades básicas e axiomáticas.

Para Rescher, a abordagem cognitiva fundacionalista seria análoga ao que se observa numa estratificação geológica⁸⁹. Da mesma forma que as rochas são sustentadas camada após camada em uma base rochosa primária, podem-se observar as teses axiomáticas sustentando as camadas superiores de conhecimento, sendo cada estrato justificado e fundado na camada anterior. Do mesmo modo, pode-se utilizar a analogia da construção de uma parede de tijolos, onde haveria um alicerce básico formado pelas verdades imediatas (*immediate truths*), a partir do qual o conhecimento é construído de forma derivada (*derivative knowledge*), sendo que cada ideia se firma na anteriormente estabelecida, de forma linear e unidirecional. Nessa óptica, somente a partir de verdade de entrada (*input*) se poderia obter conhecimento verdadeiro de saída (*output*). Todavia, embora haja essa pretensão de segurança no conhecimento, pela vinculação de uma pretensão de verdade a outra verdade já estabelecida, observam-se problemas epistemológicos nesse modelo de sistematização hierárquico. De fato, não há como se comprovarem as premissas primárias. Assim, parte-se do compromisso com uma categoria de crenças básicas que, apesar de se presumirem verdadeiras, não são realmente autenticadas cientificamente, apresentando-se injustificadas ou, no máximo, auto-justificadas (*self-justifying in nature*).

À luz das dificuldades supracitadas, relativas ao modelo de autenticação do conhecimento próprio do fundacionalismo, Nicholas Rescher aponta o modelo de rede (*network model*) como a melhor alternativa de sistematização cognitiva à abordagem euclidiana. Destaca que, no modelo de rede, as teses são tomadas sem a ordenação hierárquica e linear, a partir de axiomas básicos, mas sim interrelacionadas e ligadas umas às outras por uma rede de interconexões. Observa que, apesar de inferenciais, as interconexões das ideias

⁸⁸ RESCHER, Nicholas. **Epistemology**: An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 117.

⁸⁹ *Ibid.*, 2003, p. 114.

em rede não seriam necessariamente dedutivas⁹⁰. Note-se, portanto, não se apresentar necessário, nessa abordagem, a qual se adequa à proposta epistemológica coerentista, que uma ideia verdadeira vincule-se diretamente e de modo linear a outra verdade já certificada. Ao contrário, há um entrelaçamento entre várias ideias que são tomadas em um sistema, mas não estabelecidas em uma linha hierárquica rígida.

Destaca Rescher que uma das vantagens desse denominado modelo de rede de sistematização cíclica (*network model of cyclic systematization*), em face do axiomático, diz respeito à maior força e segurança que oferece, pois em havendo mudança em um dos elementos do conjunto de teses interrelacionadas, não haveria necessariamente repercussão para a integralidade do sistema. Por outro lado, no modelo de sistema axiomático, havendo alteração em uma das suas teses estabelecidas, ocorreria naturalmente mudança em todas as outras ideias dela derivadas linearmente⁹¹. Nesse aspecto, vale notar que essa proposta do coerentismo desvincula-se da necessidade de apelo a qualquer categoria de crença ou verdade básica auto-evidente (*self-evident*) para o papel de axioma, nem utiliza um processo de justificação por um caminho linear. Ademais, a estrutura do arranjo de suas teses não observa uma disposição geológica e estratificada, mas, ao contrário, vale-se de uma multiplicidade de ligações e interconexões dos elementos que constituem parte da rede⁹². O que garante a aceitabilidade de uma tese não é a sua derivação linear de uma verdade já justificada ou auto-justificada, mas sim o ajuste geral e coerente das ideias do sistema. Sobre o ponto, vejam-se as palavras de Nicholas Rescher:

The coherentist program of epistemology takes as its index of acceptability the overall fit of a presumptively acceptable thesis with the rest of what is presumptively acceptable. On its approach, the standard of the acceptability of theses is not their deductive derivability from some sacrosanct basis, but their systematic connectability with one another. For the coherentist, the network systematizability of best-fit considerations comes to provide the key testing-standard of the acceptability of truth-claims. (After all, scientists have always in fact tended to give weight in considering the acceptability of theories not merely to the status of their evidential support as distinct items considered in their own right, but also to the pattern of their connections with the rest of our knowledge.)⁹³

⁹⁰ RESCHER, Nicholas. **Epistemology**: An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 119.

⁹¹ *Ibid.*, 2003, p. 119.

⁹² *Ibid.*, 2003, p. 121.

⁹³ Em tradução livre: “O programa coerentista de epistemologia toma como índice de aceitabilidade o ajuste geral de uma tese presuntamente aceitável com o restante do que é presumivelmente aceito. Na sua abordagem, o padrão de aceitabilidade das teses não é sua derivação dedutiva de alguma base sacrossanta, mas sua conectividade sistemática entre si. Para o coerentista, a sistematização da rede das considerações de melhor ajuste vem fornecer o padrão de teste-chave da aceitabilidade de reivindicações de verdade. (Afinal, os cientistas sempre tendem a dar peso em considerar a aceitabilidade de teorias não apenas ao status de seu apoio

Note-se a importância desse registro, para compreensão do programa coerentista. A pretensão de verdade de uma ideia ou proposição não é aferida a partir da constatação de nenhum vínculo inferencial dedutivo de outra verdade autenticada, em uma linha que progride hierarquicamente até um axioma básico, como na proposta euclidiana, mas sim a partir da sua interconexão harmônica com a totalidade das outras pretensões de verdade ordenadas em um sistema. Assim, o coerentismo dispensa qualquer apelo a verdades fundamentais básicas para justificar novas crenças, não sendo necessária uma base de certeza absoluta a partir da qual se deduzem outras crenças justificadas. Em uma metáfora caricatural, Rescher afirma que o processo de autenticação do conhecimento coerentista seria mais "democrático", por dispensar exigência prévia de verdade, acolhendo todas as teses apresentadas como "candidatos à verdade", sendo que o conhecimento verdadeiro somente surgiria na interação e melhor ajuste entre as ideias, não se prendendo a axiomas básicos anteriores⁹⁴.

Para exemplificar essa tese de referência cíclica e ajuste global na determinação da correção, Rescher utiliza as ciências sociais, no caso, a interpretação textual e exegese, em que não haveria limites de amplitude e profundidade da análise, sendo todo o processo cíclico e permeado por constante *feedback* agregador de novos esclarecimentos. Vejam-se suas palavras:

Some particularly vivid illustrations of the network approach to organizing information come from the social sciences, for example, the problem of textual interpretation and exegesis. Here there is no limit of principle to the width of the context of examination and the depth of analysis of detail. The whole process is iterative and cyclical; one is constantly looking back to old points from new perspectives, using a process of feedback to bring new elucidations to bear on preceding analyses. What determines correctness here is the matter of overall fit, through which every element of the whole interlocks with some others. Nothing need be more fundamental than anything else: there are no absolutely fixed pivot-points about which all else revolves. One has achieved adequacy when everything stands in mutual coordination with everything else⁹⁵.

evidencial como itens distintos considerados em sua própria correção, mas também ao padrão de suas conexões com o resto de nosso conhecimento.)” RESCHER, Nicholas. **Epistemology**: An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 123.

⁹⁴ *Ibid.*, 2003, p. 124.

⁹⁵ Em tradução livre: “Algumas ilustrações particularmente vívidas da abordagem de rede para organizar informações provêm das ciências sociais, por exemplo, o problema da interpretação e exegese textual. Aqui não há limite de princípio para a largura do contexto de exame e a profundidade de análise de detalhes. Todo o processo é iterativo e cíclico; está-se constantemente olhando para os pontos antigos a partir de novas perspectivas, usando um processo de *feedback* para trazer novas elucidações sobre as análises anteriores. O que determina a correção aqui é a questão do ajuste geral, através do qual cada elemento do conjunto se interliga com alguns outros. Nada precisa ser mais fundamental do que qualquer outra coisa: não há pontos de pivô absolutamente fixos sobre os quais tudo gira. Alcança-se a adequação quando tudo está em coordenação mútua com todo o resto.” RESCHER, Nicholas. **Epistemology**: An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 119.

Ainda no intuito de ilustrar o processo cognitivo engendrado na rede de sistematização cíclica, que afasta a visão hierárquica e unidirecional das relações contidas no sistema, estabelecendo entrelaçamento complexo entre seus elementos, Rescher exemplifica com a resolução de um jogo de palavras cruzadas, a quebra de um código ou a interpretação de um documento antigo (*solving a crossword-puzzle or breaking a code or interpreting an ancient document*). A ideia principal é resolver o enigma através do ajuste adequado de todas as peças, quando aparece uma imagem abrangente que “faz sentido” e coloca tudo em seu devido lugar (“*getting all the pieces to fit properly*” so that a “*comprehensive picture emerges which ‘makes sense’ by putting everything into place*)⁹⁶. Nessa mesma linha analógica de explicação da sistematização cíclica, pode-se pensar na resolução de um quebra-cabeças, em que o ajuste adequado de todas as peças é que revela a “verdade”, representada neste exemplo pela imagem fragmentada nas peças individualmente consideradas. Note-se que o processo de autenticação do conhecimento é bem diverso do pretendido no modelo axiomático, em que, como uma parede de tijolos, cada elemento liga-se a outro já sedimentado e firme, sendo esta derivação a partir de uma verdade aceita que qualifica o novo conhecimento como verdadeiro. No caso da proposta coerentista, o que importa não é a vinculação imediata a uma tese autêntica, mas a harmonia do todo, isto é, a vinculação coerente do conjunto de crenças ou postulados que serve como teste de veracidade.

Assim, para o coerentismo, o teste de verdade consubstancia-se na interligação global e coerente com os outros elementos do sistema. Como pretendido por Bradley, a sistematicidade se apresenta como um teste para a verdade científica, sendo possível, assim, extrair verdades (presumíveis) discursivamente a partir de meros candidatos a verdade. Ou seja, torna-se possível encontrar verdades de saída (*output*), sem necessidade de terem-se como base dados já verdadeiros (*input*). Segundo o processo desenhado por Rescher, tomam-se dados (elementos) de um determinado sistema S {P1, P2, P3, ...}, não necessariamente verdadeiros nem consistentes, devendo o programa epistemológico coerentista “trazer ordem em S”. Nesse processo, ainda segundo Rescher, há três etapas: 1) Reunião de todos os dados relevantes; 2) Inventário das opções alternativas para a coerência global do sistema; 3) Escolha da opção com base na sua plausibilidade⁹⁷. Note-se, neste ponto, o apelo à racionalidade humana, já que é com base na razão que se constatará a coerência do sistema, além da plausibilidade.

⁹⁶ RESCHER, Nicholas. **Epistemology**: An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 121.

⁹⁷ *Ibid.*, 2003, p. 133.

Ao tratar do valor ou aceitabilidade de hipóteses científicas, Irving M. Copi relaciona cinco critérios, que são: 1) relevância; 2) possibilidade de submissão a teste; 3) compatibilidade com prévias hipóteses bem estabelecidas; 4) poder preditor ou explicativo; 5) simplicidade. Estas, segundo referido autor, seriam regras para verificar as condições que uma hipótese deve preencher para ser considerada aceitável⁹⁸. É fácil observar que, se a segunda condição [possibilidade de submissão a teste] diz respeito à característica de falibilidade do conhecimento científico, isto é, à derrotabilidade das suas proposições, a terceira condição [compatibilidade com prévias hipóteses bem estabelecidas] é inerente à coerência da nova hipótese com a totalidade do conhecimento já disponível e estabelecido, ou seja, é o próprio teste de consistência semelhante ao proposto no modelo de sistematização cíclica. Sobre o ponto, vejam-se as palavras de Copi:

O requisito de que uma hipótese aceitável seja copatível ou coerente com as outras hipóteses que já foram bem confirmadas é sumamente razoável. A ciência, ao procurar abranger cada vez mais fatos, tende a construir um sistema de hipóteses explicativas. É claro que tal sistema deve ser coerente, visto que um conjunto de proposições contraditórias não pode ser verdadeiro – nem mesmo inteligível. Idealmente, a maneira como os cientistas esperam fazer progressos é mediante a ampliação gradual de suas hipóteses, para que abranjam cada vez mais fatos. Para que tal progresso se concretize, é necessário que cada nova hipótese seja compatível com as já confirmadas. Assim, a hipótese de Leverrier de que havia um planeta adicional não registrado, além da órbita de Urano, era perfeitamente compatível com a teoria astronômica aceita. Uma nova teoria deve ajustar-se às teorias mais antigas, para que possa haver um progresso ordenado na investigação científica⁹⁹.

Importa registrar que, não obstante as vantagens acima destacadas pelo programa coerentista, a teoria da coerência também sofre objeções. Em trabalho específico sobre o tema coerentismo/fundacionalismo, Laurence Bonjour tece várias críticas ao modelo coerentista. Dentre suas objeções, estão os possíveis “sistemas coerentes alternativos” e a circularidade que envolveria o teste da verdade sob esse paradigma. De outra parte, segundo o autor, haveria sempre o problema de esclarecer o que seria efetivamente a coerência. Vejam-se suas palavras:

Mas o que é, exatamente, coerência? O segundo componente de qualquer teoria séria da coerência será alguma explicação relativamente específica sobre essa relação. Em um nível intuitivo, a coerência é uma questão de como as crenças em um sistema de crenças se encaixam ou se relacionam umas com as outras, assim constituindo um conjunto unificado e hermeticamente estruturado. Além disso, está claro que tal “encaixe” depende de relações lógicas, inferenciais e explicativas de muitos tipos diferentes entre os componentes do sistema. Mas o esclarecimento detalhado dessa ideia, particularmente de uma forma que permitisse avaliações razoavelmente precisas da coerência comparativa, é, ao menos em parte, extremamente difícil, pois tal explicação dependerá da explicação correta sobre vários tópicos mais específicos

⁹⁸ COPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 386.

⁹⁹ *Ibid.*, 1978, p. 387.

e ainda inadequadamente compreendidos, tais como indução, confirmação, probabilidade, explanação e várias discussões em lógica (tais como aquelas com a 'lógica da relevância')¹⁰⁰.

Mesmo enfrentando as críticas de que a coerência poderia lançar como aceitável mais de um arranjo do sistema, o modelo coerentista supera em vários aspectos o teste de verdade fundacionalista. Conforme refere Machado Segundo, a visão axiomática (fundacionista) não resolveria o Trilema de Fries (ou Trilema de Münchhausen) para justificação epistemológica das pretensões de verdade, ou seja: o regresso ao infinito, o dogmatismo e a circularidade¹⁰¹. Por outro lado, pode-se observar que o coerentismo solucionaria de plano dois problemas do trilema, isto é, a necessidade de regresso ao infinito e o dogmatismo. Note-se que, no modelo de sistematização cíclica, não há necessidade de regredir o cientista às verdades primeiras, pois inexistente a obrigação de que a verdade derive diretamente de outra, de forma linear e hierárquica, já que o teste de correção encontra-se no próprio ajuste adequado das proposições. É certo que, ainda que não se tenha resolvido de forma definitiva os maiores mistérios da existência humana, a ciência continua tendo relativo sucesso em apresentar propostas razoáveis e estáveis de solução de problemas locais. De outro lado, não há nenhum dogmatismo no método de trabalho coerentista, sendo novo ajuste realizado a partir do ingresso de novas teses no sistema, todas sujeitas à falsificação. Ademais, sequer se pode falar de real circularidade na fundamentação das teses no âmbito da proposta coerentista, com entende Machado Segundo¹⁰². Observe-se que inexistente, de fato, autoreferência na abordagem coerentista, já que a tese se sustenta em face do acordo harmônico com a totalidade das outras teses. É o arranjo global, diferente em si do conjunto desordenado dos elementos do sistema, que assegura a correção.

Vale notar, ademais, que inexistente razão para considerarem-se incompatíveis as posturas falibilista e coerentista. Ao contrário, podem ser complementares, ainda que Karl Popper não tenha buscado desenvolver com maior profundidade o critério de aferição da verdade, preocupando-se mais com a eliminação de teses falsas e sobrevivência das verossimilhanças. Note-se que, conforme registram Enrique R. Aftalión, José Vilanova e Julio Raffo, tanto nas ciências naturais quanto nas sociais, todas as pretensões de verdades estão

¹⁰⁰ BONJOUR, Laurence. A dialética do fundacionalismo e coerentismo. In: GRECO, John; SOSA, Ernest. **Compêndio de epistemologia**. Tradução Alessandra Siedschlag Fernandes e Rogério Bettoni. São Paulo: Loyola, 2012, p. 202.

¹⁰¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia falibilista e teoria do direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**, ano 3, n.1, 2014, p. 220-221. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00197_00260.pdf> Acesso em: 26 maio 2016.

¹⁰² *Ibid.*, 2014, p. 222.

sujeitas à possibilidade de falseamento¹⁰³, sendo esse o critério determinante para o saber científico. Todavia, apesar de apegar-se à derrotabilidade das hipóteses, em um procedimento de crítica que conduziria à verossimilhança, Popper não deixa suficientemente claro a partir de qual critério racional serão as teses postas à prova para aproximação da verdade, enquanto ideia reguladora da atividade científica. Popper concentra-se em um modelo procedimental evolutivo de quatro fases, partindo do (1) problema para (2) tentativas de solução teórica, (3) com eliminação de teses por meio da crítica e de testes experimentais, para lançar (4) novos problemas a serem solucionados¹⁰⁴. Esse procedimento levaria à eliminação das soluções teóricas falsas, mantendo as demais com *status* provisório de verdadeiras (ou melhor, verossimilhantes), mas sujeitas sempre à falsificação posterior.

Todavia, como já referido em outra oportunidade, o simples fato de uma hipótese não ter sido falsificada não atribuiria a ela característica de verossimilhança. De fato, pode-se imaginar o lançamento de uma tese de elevada complexidade que, por alguma dificuldade técnica, não tenha sido falsificada, mas que não seja necessariamente verossimilhante. A aparência de verdade surge somente a partir da compatibilidade da hipótese com a totalidade do conhecimento ainda não falsificado, isto é, a coerência da nova tese com as teorias estáveis é que lhe atribui relativo estado de aceitabilidade, por sua verossimilhança, o que indica o caminho coerentista na ciência¹⁰⁵. Note-se que as hipóteses teóricas devem manter coerência com o paradigma científico no qual são lançadas, sob pena de postura irracional e negação da própria ciência, salvo, no melhor dos mundos, a tentativa legítima de revolução paradigmática em caso de crise científica a que se refere Thomas Kuhn¹⁰⁶.

A defesa do coerentismo, ao lado do falibilismo, justifica-se pela própria necessidade de coerência para que prevaleça a racionalidade. Como visto acima, Irving Copi colocou lado a lado a possibilidade de submissão a teste e a coerência com teses já estabelecidas, dentre outros, como critérios para aferição da aceitabilidade de uma teoria científica. Desse modo, pode-se considerar que o falibilismo fornece um procedimento, ou seja,

¹⁰³ AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 31.

¹⁰⁴ POPPER, Karl Raymund. **A vida é aprendizagem**. Epistemologia evolutiva e sociedade aberta. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2001, p. 30.

¹⁰⁵ ALENCAR, Mário Soares. Verdade e coerência: uma análise sobre o conhecimento verdadeiro no âmbito da ciência jurídica. In: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (Coord.); SALOMÃO, David Santos; LÍRIO, Isabelle Jaíne Gonçalves; CORDEIRO, Windsor Malaquias (Org.). **Ciência do direito: estudos de epistemologia jurídica**. Fortaleza: DIN-CE, 2016. v. 1, p. 290.

¹⁰⁶ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 110.

uma postura ativa frente aos problemas científicos, visando a exclusão das teses que não se mantiverem verossimilhanças. Todavia, não apresenta um critério para aferir essa verossimilhança, mas apenas a crítica intersubjetiva como um caminho. Note-se que o coerentismo pode ser uma das respostas, apresentando-se como um bom critério para aferição da verdade (ou verossimilhança) de proposições linguísticas, a partir do exame de sua compatibilidade com o restante das asserções que permanecem válidas por ainda não terem sido falsificadas. Nessa linha de ideias, seria possível diferenciar e compatibilizar três posturas epistemológicas: a tese da verdade como correspondência, o coerentismo e o falibilismo. A primeira (correspondência), forneceria a definição de verdade, a segunda (coerentismo), o critério para aferir a veracidade, e a terceira (falibilismo) o método de aferição.

A respeito do critério de aferição da verossimilhança, importa notar que, para Karl Popper, deve-se preferir teorias com “grande conteúdo informativo”. Note-se que, esse critério aproxima-se, em algum sentido, de uma espécie de decomposição da teoria coerentista, na forma como proposta por Nicholas Rescher, quando se refere a amplitude e consistência. Se a amplitude configura maior poder informativo, ou seja, maior número de ideias, não é correto imaginar que Popper pudesse aceitar um conjunto inconsistente, ou seja, sem vínculos de racionalidade lógica entre as ideias. Assim, ainda que não explicitamente aceito por ele, pode-se pensar em alguma aproximação dos critérios. A coerência aproxima-se, assim, do melhor critério de aferição da verossimilhança proposta por Popper. Veja-se parte do texto de Popper:

Podemos ter motivos puramente racionais para *preferir* algumas teorias rivais a outras. É importante sabermos com clareza quais são os princípios da preferência ou da escolha.

Em primeiro lugar, eles são regidos pela ideia de verdade. Até onde é possível, queremos teorias verdadeiras, e por isso procuramos eliminar as falsas.

Mas queremos mais do que isso. Buscamos uma verdade nova e interessante. Assim, somos levados à ideia de *aumento do conteúdo informativo* e, em especial, do *teor de verdade*. Em outras palavras, somos levados ao seguinte *princípio de preferência*: de modo geral, uma teoria com grande conteúdo informativo é mais interessante, antes mesmo de ser testada, do que uma teoria com pouco conteúdo. Talvez tenhamos de abandonar a teoria com conteúdo maior, mais ousada, se ela não resistir aos testes. Mesmo nesse caso, porém, talvez aprendamos mais com ela do que com uma teoria de pouco conteúdo, pois às vezes os testes refutadores revelam fatos e problemas novos e inesperados [ver também o texto 13, adiante].

Assim, nossa análise lógica leva diretamente a uma teoria do método e à seguinte regra metodológica: experimente e almeje teorias ousadas, com grande teor informativo, e depois as deixe competir, debatendo-as criticamente e testando-as com rigor¹⁰⁷.

¹⁰⁷ POPPER, Karl Raymund. O problema da indução. In: MILLER, David (Org.). **Popper**: textos escolhidos. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 111.

Em suma, de qualquer ângulo que se observe, a coerência permanece como um importante critério de aceitabilidade de propostas teóricas. Como destaca Agostinho Ramalho Marques Neto, a principal característica do conhecimento científico é justamente a construção de “um sistema teórico lógico e coerente”¹⁰⁸. De fato, não há como romper com a necessidade de vínculos de coerência no conhecimento sem negar a própria racionalidade científica. Ademais, a unidade dos sistemas, tanto lógicos quanto normativos, impõe a ordenação racional e coerente de seus elementos constitutivos, sob pena de prejuízo para sua funcionalidade ou de exclusão do elemento inconsistente do conjunto. Assim, sem pretensão de revelar verdades absolutas ou eternas, mas buscando um mínimo de plausibilidade e estabilidade, é imperativo reconhecer que o projeto coerentista de autenticação de conhecimento fornece uma importante chave para acessar e testar hipóteses verossimilhantes.

4.1.4 *Paradigma coerentista e sistema jurídico: sobre a verdade científica e a possibilidade de resposta correta em Direito*

Como acima referido, o modelo de rede de sistematização cíclica (*network model of cyclic systematization*), inerente ao programa coerentista, fornece um critério racional para aferição do conteúdo de verdade de enunciados científicos. Ademais, a pesquisa desenvolvida neste projeto aponta para a possibilidade de adaptação e utilização desse modelo coerentista no âmbito da ciência jurídica, sem perder de vista os elementos próprios das ciências culturais que a distanciam de certo modo dos exames empíricos inerentes às ciências naturais. Importa lembrar que, conforme defende Machado Segundo, seria possível raciocinar cientificamente sobre o Direito, utilizando-se de procedimento falibilista, inclusive na interpretação de textos normativos¹⁰⁹. Da mesma forma, como visto, Karl Popper sustenta a validade do método falibilista também nas ciências sociais, experimentando soluções para problemas sob o controle da crítica, em processo de tentativa e erro, a exemplo do que ocorre nas ciências naturais¹¹⁰. O que se propõe neste trabalho é a utilização da coerência como critério de aferição da melhor resposta.

¹⁰⁸ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 53.

¹⁰⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 70.

¹¹⁰ POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 16.

Por certo, em uma visão clássica, na linha do proposto por Wilhelm Dilthey, as ciências naturais demandariam o estudo dos fenômenos e elaboração de teorias de explicação nas relações entre causa e efeito, enquanto as ciências culturais (humanas) se empenhariam em proporcionar a compreensão de sentidos plasmados pelo próprio homem nos continentes naturais. Dessa forma, quando do estudo de objetos culturais, pode-se sempre pensar em um substrato, ou seja, em uma estrutura natural/material, e um sentido, isto é, o significado humano inserido no substrato que lhe serve de suporte¹¹¹. Essa essência significativa, que implica na compreensão do valor inerente ao objeto cultural, costuma fomentar o ceticismo em face das reais possibilidades de apreensão racional dos fenômenos jurídicos, eis que o elemento axiológico que lhe diz respeito somente é apreensível pela subjetividade. Para Raimundo Bezerra Falcão, por exemplo, os objetos culturais seriam “completamente abertos às valorações, as quais entram diretamente na composição de sua ontologia”, constituindo-se no “sentido que o homem agrega à natureza”¹¹². No caso do Direito, o sentido – isto é, a norma jurídica – estaria plasmado em textos que lhe servem de suporte (leis, precedentes, etc) sempre sujeitos à interpretação, a qual se desenvolve em um processo criativo. Sobre a ação criativa no processo hermenêutico, vejam-se as palavras de Raimundo Bezerra Falcão:

Tendo em vista que o objeto cultural é, conforme vimos, um sentido que o homem agrega à natureza, podemos asseverar que o ato de captar o sentido, no instante exato do encontro do espírito (intelecto) com o objeto, é um ato de deflagração de criação. Apreender o sentido é, pois, criar, ou, melhor dizendo, é pôr em funcionamento a criação. É operá-la, com apoio nos elementos preexistentes, isto é, o espírito e os aspectos concretos, objetivos, da obra cujo sentido está sendo captado. Noutros termos: da obra que está sendo interpretada. De maneira que extrair o sentido do objeto é interpretar. É a interpretação. Mas é também uma forma de ‘fazer’ o texto¹¹³.

Note-se, todavia, que não obstante esse processo criativo em cada ato de apreensão de sentido, e da abertura axiológica a ele inerente, a interpretação não é em absoluto algo insuscetível de controle, isto é, realizada sem que haja possibilidade de algum controle racional e aferição da correção de seu resultado. Hugo de Brito Machado Segundo, por exemplo, que considera adequada a aplicação do raciocínio falibilista à realidade jurídica, especialmente no que se refere à interpretação dos textos normativos, a serem submetidos à crítica intersubjetiva, observa que, embora haja divergência no processo interpretativo, sempre envolvendo alguma criação, a apreensão de sentido “não se dá de forma livre e a partir

¹¹¹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 69.

¹¹² FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 16.

¹¹³ *Ibid.*, 2013, p. 72.

do vazio, sendo em verdade guiada por parâmetros prévios”¹¹⁴. Ou seja, a necessidade de compartilhamento dos sentidos atribuídos aos objetos culturais, e em especial às normas jurídicas, impede que se dê vazão a um relativismo absoluto, onde qualquer sentido pode ser atribuído por vontade do intérprete, sem possibilidade de crítica ou derrotabilidade. Ora, a interpretação jurídica não é realizada por uma subjetividade isolada que traduz para si um sentido a ser acalentado pacificamente em sua consciência. Não se trata da leitura noturna da página de um romance qualquer, cujos sentidos estéticos podem permanecer intocáveis na subjetividade do leitor. Para consubstanciar-se em norma, o sentido do texto normativo (de uma lei ou de um precedente) precisa ser necessariamente comunicado a outras subjetividades, fazendo também sentido para elas. Daí a possibilidade de controle racional, pela crítica intersubjetiva.

Os sentidos, então, são compartilhados intersubjetivamente, em razão de os participantes do processo de comunicação estarem inseridos em uma mesma realidade cultural que permite a compreensão mútua. Dessa forma é que, para Raimundo Bezerra Falcão, embora não seja possível aprisionar os sentidos subjetivos, “a herança cultural outorga certa estabilidade à interpretação, isto é, à captação do sentido”¹¹⁵. Ainda, para Falcão, seguindo as lições de Del Vecchio sobre ser o Direito “a coordenação objetiva das ações possíveis entre vários sujeitos”, o caráter de objetividade do fenômeno jurídico demandaria alguma estabilidade na interpretação. Observa que, não sendo admissível atuar diretamente na formação dos sentidos, cerceando o espírito humano, seria necessário “educar” a interpretação afim de que, diante das alternativas inúmeras de sentido, o intérprete tenha a sensibilidade de optar por aquele mais consentâneo com o interesse social mais largo”¹¹⁶. Em outras palavras, ainda que livre o espírito humano, a subjetividade encontra limites no mundo comum que compartilha com outras subjetividades para as quais suas ideias devem fazer sentido. Possível, assim, algum controle intersubjetivo sobre as conclusões do processo interpretativo, importando aferir o maior ou menor acerto dos enunciados decorrentes da interpretação dos textos normativos.

Vale notar que, para Glauco Barreira Magalhães Filho, o processo interpretativo das normas jurídicas seria sim controlável, por meio dos métodos hermenêuticos. Partindo das lições de Carlos Maximiliano, destaca Magalhães filho que “a hermenêutica jurídica seria

¹¹⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 71.

¹¹⁵ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros 2013, p. 47.

¹¹⁶ *Ibid.*, 2013, p. 98-99.

uma parte da ciência do Direito ou uma teoria científica da interpretação jurídica”. Considera o citado autor que a referência à sistematização revelaria “uma exigência científica”, havendo uma “aspiração de objetividade do conhecimento, ainda que, como alguns sugerem atualmente, essa objetividade decorra da intersubjetividade (consenso) e não do próprio objeto”¹¹⁷. Abraçando visão contrária à hermenêutica existencial de Heidegger, para quem a interpretação seria uma experiência existencial e não um processo intelectual, Magalhães Filho defende ser a hermenêutica jurídica metodológica e científica, sendo viável à controlabilidade racional do produto da interpretação. Vejam-se suas palavras:

Diferentemente de uma hermenêutica (meramente) existencial, uma hermenêutica metodológica reconhece a possibilidade de controle racional e validação da interpretação. Isto porque, em todo objeto cultural, a subjetividade se projeta por formas objetivas. Essas formas viabilizam a comunicação do sentido, a intersubjetividade e o consenso. Isso não significa que só interessa ao Direito o sentido inicialmente objetivado pelo legislador, pois os seus conhecimentos fáticos, sendo limitados pela sua capacidade cognitiva existente à época em que a norma foi elaborada, não podem vincular no caso de estarem desatualizados. O que vincula é o juízo de valor pressuposto na norma.

Para os que concebem de forma metodológica a hermenêutica, os que a veem apenas na ótica existencial não procuram conhecer os objetos, mas apenas a si próprios, ou seja, o modo como reagem cognitivamente diante dos objetos. Isso resulta em comodidade e ‘egoísmo’ intelectual.

A hermenêutica jurídica será necessariamente metodológica, em razão da exigência do Estado Democrático de Direito de que as decisões jurisdicionais sejam públicas e fundamentadas (art. 93, IX, da CF) sob pena de nulidade. Assim, o julgador terá que apontar o caminho (método) que o conduziu à decisão, o que permitirá o controle da legitimidade da atividade jurisdicional¹¹⁸.

Se a interpretação é indissociável do fenômeno jurídico, enquanto realidade institucional, havendo inclusive a consideração de Ronald Dworkin sobre o Direito como uma prática interpretativa¹¹⁹, há de se averiguar a forma de controle da correção do resultado das interpretações, ou seja, o critério a se utilizar no confronto de enunciados jurídicos para a aferição da maior plausibilidade de um ou de outro. Sendo a crítica intersubjetiva dirigida à derrotabilidade das teses lançadas pelos intérpretes, entende-se adequada a utilização da teoria da coerência para verificar a veracidade (verossimilhança) ou correção dos enunciados jurídicos. De fato, considera-se possível, no âmbito da ciência jurídica, aferir a melhor resposta a um problema jurídico, com natural envolvimento da compreensão da norma jurídica subjacente ao texto e reconstruída no processo interpretativo, valendo-se do modelo coerentista de autenticação do conhecimento.

¹¹⁷ MAGALHÃES FILHO, Glauco B. **Curso de hermenêutica jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49.

¹¹⁸ *Ibid.*, 2015, p. 50.

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 109.

Observe-se que a análise racional do ordenamento jurídico pressupõe a sistematização de seus elementos constitutivos, que se devem encontrar relacionados harmonicamente entre si em uma totalidade de sentido. Somente a observação do Direito como um sistema, com potencialidade de trazer ordem na profusão caótica das normas (textos normativos) que constantemente ingressam no mundo jurídico¹²⁰, pode permitir que a razão encontre espaço na tomada de posição quanto à melhor resposta a se dar para solução de problemas práticos, sobrepujando a mera vontade que acalenta o pensamento cético. Ou seja, a razão tem maiores chances de derrotar respostas equivocadas se encontrar uma base de relações lógicas entre os elementos que examina. Nesse sentido, a consistência da resposta (interpretação/aplicação) com a totalidade ordenada do sistema mostra-se uma importante chave de acesso ao âmbito próprio da racionalidade, sem a qual o Direito se convolaria em vontade arbitrária sustentada pela força do Estado.

Essas relações de coerência entre os elementos normativos integrantes do sistema é imprescindível para a unidade lógica do ordenamento¹²¹, abrindo espaço para o estabelecimento de novas hipóteses a serem confrontadas com os elementos ainda estáveis do complexo normativo. Dessa forma, as propostas interpretativas (hipóteses) podem ser submetidas à análise crítica, tendo por parâmetro a maior ou menor compatibilidade dos sentidos levantados com as ideias anteriormente estabelecidas (coerência). Note-se que o princípio da unidade do sistema jurídico é que permite, em última análise, a sua compreensão racional. Se a teoria do conhecimento compreende a coerência como um critério válido para a

¹²⁰ Miguel Reale destaca o papel de racionalidade na atuação do jurista, quando da construção da ciência do direito, em face da elaboração por vezes irracional de textos normativos pelo legislador. Vejam-se suas palavras: “No momento, pois da elaboração das normas jurídicas ou de positivação do direito, a indução desempenha papel relevante: – esse é, no entanto, o momento em que a Ciência Jurídica se insere no ‘processo político’ da escolha dos meios adequados à consecução de fins considerados apetecíveis, convenientes ou essenciais à convivência ordenada. Eleita a via, manifesta-se a *decisão* – e quem ignora o aspecto irracional que assume às vezes o Poder nesse instante de escolha e de decisão? – posta a norma, através de um processo em que a experiência intuitivo-axiológica se casa a esquemas racionais, configurada a regra, eis que um trabalho de outra natureza se impõe, o qual possui um caráter lógico-formal, embora implicando sempre considerações ‘fático-valorativas’: é o momento da interpretação, construção e sistematização dos preceitos consagrados pela legislação ou pelo costume. Na realidade, para o jurista este é o momento *exclusivamente* seu, em que ele se encontra no âmbito de suas pesquisas próprias e inconfundíveis, elaborando *Ciência do Direito Positivo*.” REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 151-152.

¹²¹ Conquanto a posição adotada neste trabalho observe o ordenamento jurídico como o conjunto sistematizado de elementos de índole normativa, há de se pontuar que, para Javier Hervada, o sistema jurídico teria por elementos relações jurídicas e não normas. Veja-se parte de seu texto: “Pois bem, se considerarmos a ordem jurídica em seu conjunto, o ordenamento jurídico ou sistema do direito aparecerá como um *conjunto de relações jurídicas reguladas pela norma* em sua dimensão de satisfação da justiça. Por consequência, o ordenamento jurídico ou sistema de direito não é um complexo de normas, e sim um complexo de relações jurídicas. E seu centro não é o poder – quem estabelece a norma –, mas o devedor, o que deve ser justo, e relacionados a ele os juristas, em último caso o juiz. Não é, então, uma ordem do poder, e sim uma ordem de justiça, ou seja, do juiz.” HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto; revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 283.

aferição da verdade de um enunciado científico, é possível concluir, *mutatis mutandis*, que o modelo coerentista possa ser utilizado com vantagem para aferir a maior ou menor correção de respostas jurídicas dadas a problemas concretos, desde que se entenda possível a análise racional do Direito.

Destaque-se que vários autores se referem à necessidade de recurso à coerência na compreensão racional do sistema jurídico. Dentre os estudos já realizados, por reforço ao viés epistemológico proposto nesta pesquisa, merece relevo a teoria desenvolvida por Humberto Ávila, para quem a coerência consubstanciaria um postulado hermenêutico essencial à aplicação de outras normas jurídicas (regras ou princípios). Para Ávila, na interpretação de objetos culturais, a exemplo do Direito, haveria “condições essenciais” a que nomeou de “postulados” ou “normas de segundo grau”, os quais não se confundiriam com princípios ou com regras, já que não estabelecem comportamentos a serem observados ou algum dever-ser ideal, mas funcionariam em um plano superior, como “critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação”. Seriam os postulados verdadeiras “metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo)”, pelo que orientariam a aplicação das regras e dos princípios jurídicos, das quais se diferenciariam porque: a) não estariam no mesmo nível; b) não possuiriam os mesmos destinatários, eis que se dirigiriam diretamente ao intérprete e ao aplicador; c) não se relacionariam do mesmo modo com as outras normas jurídicas¹²².

Em suma, para Ávila, por exemplo, o denominado “princípio da proporcionalidade” não seria em verdade princípio, mas sim um postulado, ou seja, uma metanorma dirigida a regular a aplicação de outras normas jurídicas, sendo “estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”¹²³. Os postulados restaram classificados por Humberto Ávila em duas grandes categorias: postulados hermenêuticos e postulados normativos aplicativos. Enquanto os postulados aplicativos, a exemplo da “proporcionalidade”, “razoabilidade” e “proibição de excesso”, destinam-se à solução de questões que se evidenciam no âmbito da aplicação do Direito, como as antinomias¹²⁴, os postulados hermenêuticos têm sua utilização direcionada “à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, podendo funcionar, é claro, para suportar essa ou aquela alternativa de

¹²² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 163-164.

¹²³ Ibid., 2014, p. 205.

¹²⁴ Ibid., 2014, p. 175-176.

aplicação normativa”¹²⁵. Dentre os importantes postulados hermenêuticos, refere Humberto Ávila ao “*postulado da unidade do ordenamento jurídico*”, que exigiria “do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade”, do qual, como “subelemento”, surgiria o “*postulado da coerência*”¹²⁶.

Em sua análise sobre o postulado da coerência, Ávila desenvolve os problemas inerentes ao relacionamento das normas constitucionais, entendendo ser insuficiente a consideração do ordenamento jurídico somente no modelo hierárquico proposto por Hans Kelsen. No âmbito da hierarquia, nota que, em um plano concreto, importaria saber qual norma prevalece em caso de conflito. Por outro lado, no plano abstrato, haveria dois problemas. O primeiro seria saber se alguma norma desfruta de prevalência perante outras, de forma relativa ou definitiva. O segundo seria esclarecer as relações de dependência entre as normas jurídicas de um determinado sistema. Enquanto no primeiro problema a relação entre os núcleos normativos se apresentam sempre de modo hierárquico, no segundo, haveria “conexões de sentido” que por vezes superaria o elo puramente hierárquico para apresentar-se como “ordenação interna”, “combinação de normas” e “conexão de fundamentação”¹²⁷. Observa que a hierarquia envolveria uma “sistematização linear (a norma superior constitui o fundamento da norma inferior), simples (baseada numa relação de hierarquia linear entre normas) e não gradual entre duas normas jurídicas”¹²⁸.

Como dito, nesse ponto, Ávila destaca não se mostrar suficiente essa consideração hierárquica do ordenamento, pois deixaria sem resposta vários problemas formulados, dentre eles, se as regras também atuariam sobre o conteúdo normativo dos princípios e, ainda, se as normas infraconstitucionais também agiriam sobre as normas da Constituição. Ou seja, questiona o autor se os influxos de implicação das normas seriam apenas unidirecionais, como pretende o modelo hierárquico, ou haveria uma relação dialética com o estabelecimento de uma via de mão-dupla nessas conexões de sentido. Por isso, Ávila propõe, no âmbito eminentemente jurídico, o modelo de sistematização circular inerente ao postulado da coerência, o qual se mostra semelhante ao modelo de rede de sistematização cíclica (*network model of cyclic systematization*) defendido por Nicholas Rescher, no campo epistemológico. Para verificação dessa proximidade, vejam-se as palavras de Humberto Ávila:

¹²⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 165.

¹²⁶ Ibid., 2014, p. 165-166.

¹²⁷ Ibid., 2014, p. 166-167.

¹²⁸ Ibid., 2014, p. 167.

Para responder a essas questões, propõe-se, como complementação a este modelo de sistematização linear, simples e não gradual, cuja falta de implementação traz consequência que se situa preponderantemente no plano da validade, um modelo de sistematização circular (as normas superiores condicionam as inferiores, e as inferiores contribuem para determinar os elementos das superiores), complexo (não há apenas uma relação vertical de hierarquia, mas várias relações horizontais, verticais e entrelaçadas entre as normas) e gradual (a sistematização será tanto mais perfeita quanto maior for a intensidade da observância dos seus vários critérios), cuja consequência preponderante está alocada no plano da eficácia. Entra em cena o *postulado da coerência*.

A conexão de sentido ou a relação de dependência entre as normas é um reconhecido postulado hermenêutico: trata-se de uma condição de possibilidade do conhecimento a ser necessariamente preenchida na interpretação de textos normativos. A coerência é tanto um critério de relação entre dois elementos como uma propriedade resultante dessa mesma relação. Como demonstra Bracker, qualifica-se como coerente a relação que preenche requisitos formais e substanciais. Daí falar-se em coerência formal e coerência material. Coerência formal está ligada à noção de consistência e de completude. Coerência substancial está relacionada à conexão positiva de sentido¹²⁹.

Nota-se que o apelo de Humberto Ávila ao modelo circular, evitando o sistema unicamente hierárquico e linear de relacionamento entre as normas jurídicas, assemelha-se à visão crítica de Nicholas Rescher em face do fundacionalismo epistemológico, por seu caráter não apenas axiomático, mas também hierárquico e linear. Essa aproximação reforça a hipótese desenvolvida neste trabalho, indicando a teoria da coerência como adequada tanto a promover um critério de aferição da verdade (verossimilhança), no âmbito científico, quanto a justificar a maior ou menor correção de um enunciado normativo no campo do conhecimento jurídico. Com efeito, as normas jurídicas não são interpretadas de forma isolada, como se fosse possível extrair de um axioma normativo básico, por método dedutivo, todas as regras e princípios que animam o universo jurídico, ou regressar logicamente àquela verdade primeira em um caminho ascendente inverso, por meio de uma lógica linear e unidirecional. Ao contrário, o sentido do texto normativo, isto é, a norma, somente se compreende na análise do complexo de relações entre os diversos elementos que constituem o sistema jurídico. Assim, a coerência funciona como critério de verificação da compatibilidade da resposta apresentada a um problema jurídico com o restante do sistema.

No âmbito da hermenêutica constitucional, é comum observar-se o recurso à coerência, mormente quando se trabalha com o postulado da unidade da Constituição. Celso Ribeiro Bastos, por exemplo, ao tratar da interpretação sistemática, destaca a necessidade de o intérprete buscar as implicações recíprocas entre as regras e princípios constitucionais, para atingir “uma vontade unitária da Constituição”. Observa o referido autor que a unidade da Constituição impõe que seja “a norma jurídica tomada em íntima conexão com outros

¹²⁹ ÁVILA, Humberto. Op. cit., 2014, p. 169.

preceitos” buscando “alcançar o laço que une todas as regras e instituições num todo coerente”. As normas da Constituição seriam “consideradas coesas e mutuamente imbricadas”¹³⁰. Na mesma linha, Márcia Haydée Porto de Carvalho, ao referir-se à unidade da Constituição, assevera que se impõe ao intérprete “considerar cada norma não como um elemento isolado ou disperso, mas como integrante de um todo harmônico e orgânico, um sistema unitário de regras e princípios”¹³¹. Dessa forma, é necessário lançar mão do critério da coerência, analisando o sistema normativo-constitucional como um todo harmônico¹³².

Diante desse quadro, importa notar que, de fato, no âmbito do Direito, podem ser identificadas posturas tendentes ao fundacionalismo e ao coerentismo. Entende Juraci Mourão Lopes Filho, por exemplo, que os modelos jurídicos idealizados tanto por Hans Kelsen quanto por Norberto Bobbio seriam fundacionalistas, “com seu caráter axiomático, fechado, fixo e hierárquico”¹³³, ao passo que defende o modelo coerentista para análise e consideração do sistema jurídico, incluindo a “constituição de um sistema coerentista de precedentes”¹³⁴. É importante notar, todavia, que há divergências entre os pensamentos de Kelsen e Bobbio, muito embora ambos tenham em comum a construção escalonada do ordenamento. Observe-se que, enquanto Kelsen estabelece uma visão piramidal e hierárquica do ordenamento jurídico, deixando de lado os questionamentos sobre a estrita correção de seu conteúdo normativo, Norberto Bobbio defende aspecto ligado ao sentido final da norma, pois, na sua visão, a coerência seria condição de justiça do ordenamento, ainda que não para análise da validade de determinada norma. Vejam-se suas palavras:

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência de certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem) e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade)¹³⁵.

¹³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 125.

¹³¹ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação**. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Obra Jurídica, 2008, p. 107.

¹³² Vale registrar, todavia, a posição de Glauco Barreira Magalhães Filho, para quem “a unidade e a coerência da Constituição” seriam constituídas pelo princípio da proporcionalidade. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 180.

¹³³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 263.

¹³⁴ *Ibid.*, 2016, p. 271.

¹³⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer; apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 111.

O Fundacionalismo, na linha das lições de Kelsen, serviria mais para justificar a competência das instâncias elaboradoras das normas de conduta, partindo de um ponto fixo idealizado – norma jurídica fundamental – e descendo até a concretude da decisão judicial. É claro, nessa relação formal de vinculação entre as instâncias, haveria maior liberdade de explicitação ou mesmo criação do direito. Dessa forma, o aplicador do Direito (Judiciário) teria um papel criador do direito, podendo atribuir um sentido ao texto pré-interpretativo que fosse adequado à moldura semântica permitida pelo jogo das palavras utilizadas na construção do comando normativo. Haveria, inclusive, possibilidade aceita de arbitrariedade na escolha do sentido a ser atribuído à norma, dentro das várias possibilidades disponíveis ao magistrado, já que se partiria das possibilidades significativas da norma individualmente tomada, e não da totalidade do ordenamento jurídico. Ou seja, o intérprete-aplicador partiria de um nível quase zero de significado, tendo em vista que vinculado ao texto legal, sem as amarras impostas pela coerência com decisões passadas ou com o restante do ordenamento.

Por outro lado, o Coerentismo, ao pressupor o vínculo horizontal e em rede das ideias que permeiam qualquer campo científico – inclusive o jurídico, como se propõe neste trabalho – poderia ir além do mero direcionamento formal da construção do texto normativo para influenciar a própria essência da norma, ou seja, do direito enquanto produto da interpretação (pós-interpretativo). Com efeito, se a verdade científica pode ser buscada na relação de coerência entre a ideia extraída do texto normativo (norma) e as ideias pré-existentes e ainda não falsificadas, tende-se a reduzir o espectro de liberdade do intérprete-aplicador, que não poderá subscrever qualquer imagem para pôr na moldura de sentido, mas sim encontrar a resposta mais adequada – mais coerente possível – à tradição jurídica em que se está inserido. Se o sentido “verdadeiro/correto” for intersubjetivamente compartilhado, considera-se possível o controle racional através do procedimento de crítica intersubjetiva (falibilismo) tendo por critério o vínculo harmônico da hipótese lançada com a totalidade do conhecimento ainda estável, por não falsificado (coerentismo).

Seguindo essa linha, poder-se abandonar o ceticismo do formalismo normativista, que abre espaço conscientemente para as escolhas arbitrárias de sentido, impondo ao intérprete-aplicador a busca da resposta “correta” ao problema jurídico. Nesse processo, há um salto qualitativo imposto à atividade do jurista, que não se preocuparia apenas com as formalidades próprias do poder (competência ou norma de reconhecimento) para ditar o direito, mas com a própria essência do jurídico. Move-se o jurista do esqueleto normativo descarnado, pronto para receber qualquer conteúdo, ainda que arbitrário ou incoerente, para

instalar seu interesse na própria substância do jurídico, tendo por critério da “verdade” ou “correção” a coerência do sistema do direito como um todo, pois o intérprete-aplicador deve ter em conta na sua análise toda a rede de ideias que integram a realidade jurídica, isto é, os textos legais, a Constituição, os precedentes, etc.

O distanciamento de posições positivistas e relativistas (céticas) proposto neste estudo encontra respaldo teórico nos trabalhos desenvolvidos por Ronald Dworkin, para quem sempre haveria uma resposta correta a ser buscada pelo intérprete-aplicador do Direito, inclusive nos casos difíceis (*Hard Cases*). Para Dworkin, o julgador não poderia ter poder discricionário, que implicaria em criar novos direitos para em seguida aplicar retroativamente a determinado caso sob seu julgamento. Considera referido autor que, mesmo não havendo regra específica para o caso, o intérprete-aplicador permaneceria com o dever “de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”, ainda que haja divergência sobre quais seriam esses direitos¹³⁶. Como se sabe, no desenvolvimento de sua teoria, Ronald Dworkin trabalha com os conceitos de coerência e integridade, como elementos essenciais à análise da correção das respostas jurídicas, corroborando a ideia que anima o presente estudo, da preponderância teórica do coerentismo¹³⁷ frente ao fundacionalismo, inclusive no âmbito jurídico.

As vantagens do coerentismo na análise jurídica já foram destacadas, principalmente por permitir que sejam falseadas as hipóteses interpretativas incompatíveis com coerência do sistema jurídico, tomado em sua totalidade. Como destacado por Humberto Ávila, considerar apenas a estrutura hierárquica do ordenamento é insuficiente para a solução

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 127.

¹³⁷ Sobre a epistemologia moral coerentista, assim se refere Denis Coitinho: “A epistemologia moral coerentista holística assegura que uma crença moral é justificada na medida em que o conjunto de crenças do qual ela faz parte é coerente. Assim, cada crença moral é avaliada pelo papel que ela desempenha no conjunto coerente das crenças, evitando o problema do regresso epistêmico. Se a coerência do conjunto é fortalecida pela exclusão de uma crença ou mesmo pela substituição de uma crença oposta, a crença em questão não é justificada. Se o conjunto é mais coerente com a presença de uma crença preferencialmente a qualquer outra crença alternativa, então essa crença é justificada. Nesta forma de conhecer a justificação de maneira coerentista holística não há a presença de pontos fixos dos quais outras crenças seriam inferidas. Cada crença é avaliada pela consideração do efeito de sua presença no sistema coerente, sendo testada por sua efetividade no sistema. Isso parece apontar para a presença de uma ontologia genética pressuposta no sistema, uma vez que existe uma família de propriedades qualitativas (relacionais) que fazem de algo um constituinte de tal sistema, sendo as partes deste sistema dependentes entre si. Assim, a justificação da crença moral não é uma questão de correspondência a um fato moral ou uma dedução de premissas autoevidentes, mas é uma questão de apoio mútuo entre juízos e princípios morais no interior de um sistema coerente de crenças, isto é, no interior de uma teoria moral. Dessa forma, este modelo holístico de coerentismo parece contar com as seguintes características: superação da dicotomia fato/valor, revisibilidade das crenças, reciprocidade na direção regra-caso, concepção de verdade não correspondentista, intersubjetividade e distinção entre todo e parte.” COITINHO, Denis. **Justiça e coerência: ensaios sobre John Rawls**. São Paulo: Loyola, 2014, p. 31-32.

de vários problemas inerentes ao relacionamento das normas. É preciso que o intérprete-aplicador tome em consideração toda a rede de elementos deontológicos integrantes do ordenamento, sejam de origem constitucional, legal ou jurisprudencial (precedentes). Em se pretendendo uma análise racional dos problemas jurídicos, com base epistemológica, a coerência evidencia-se como um importante critério de identificação da correção das respostas apresentadas.

4.2. Teoria coerentista da verdade e a objetividade do conhecimento jurídico: considerações epistemológicas sobre o pensamento de Ronald Dworkin

A abordagem realizada neste trabalho sobre a observância dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, destacando seu papel como elemento de promoção da coerência do ordenamento, estabilizando as perspectivas interpretativo-aplicativas das normas jurídicas e facilitando a identificação da resposta mais correta aos problemas jurídicos, impõe o diálogo de aproximação entre a Teoria do Direito e a Teoria do Conhecimento. Como visto, não há de se afastar a necessidade de aprofundamento epistemológico, pois importa aferir a verdade (verossimilhança) dos enunciados jurídicos e/ou a correção das respostas que devem ser dadas aos problemas inerentes à aplicação do Direito, sendo ponto central dessa questão a possibilidade de controle racional do resultado da interpretação de textos normativos, sejam legais, constitucionais ou jurisprudenciais. Nessa linha, é que Hugo de Brito Machado Segundo, em sua introdução à Epistemologia Jurídica, destaca ser possível aplicar o raciocínio falibilista à realidade jurídica e promover, através da crítica intersubjetiva, algum nível de objetividade epistemológica à interpretação do Direito para aproximação da verdade, ainda que não seja absoluta¹³⁸. Note-se, todavia, que a referência à objetividade não significa afastamento da subjetividade, mas apenas que existe alguma possibilidade de controle da pretensão de correção, o que se dá através da intersubjetividade, afastando o ceticismo e o relativismo absoluto¹³⁹.

A ideia de aproximar a abordagem científica da interpretação jurídica também aparece em Raimundo Bezerra Falcão, para quem se evidencia interessar uma “arquitetura

¹³⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹³⁹ Importa registrar que, para Maria José Esteves de Vasconcellos, o pensamento sistêmico, enquanto novo paradigma científico, substitui as crenças na simplicidade, estabilidade e objetividade, próprias da ciência moderna tradicional, pelas noções de complexidade, instabilidade e intersubjetividade. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. 10. ed. rev. e atual. Campinas: Papyrus, 2013, p.109.

epistemológica da Hermenêutica”¹⁴⁰. Para Falcão, a Hermenêutica e a atividade interpretativa apresentariam “profundas vinculações com a teoria do conhecimento”¹⁴¹, destacando-se a participação da razão na captação do sentido. Vejam-se suas palavras:

Ora, se a razão tem papel assim tão relevante no conhecimento – como, de resto, efetivamente o tem –, a captação do sentido, que é identicamente ato de conhecer, acontece mesmo é nos arraiais da razão. Mas esta, não obstante tenha também sua dimensão de universalidade, é sempre razão individual. Logo, no seu âmbito é que se debuxa o sentido, isto é, dá-se a interpretação. Por conseguinte, a Hermenêutica, que é a instrutora daquela, não pode fugir aos seus compromissos perante o saber gnosiológico, devendo ir buscar na teoria do conhecimento os subsídios necessários a que organize a interpretação e, ao mesmo tempo, lhe forneça o instrumental conducente à veracidade, que se não confunde com imobilismo exegético, com indiferença às circunstâncias, com a idolatria da experiência ou com o maniqueísmo do intelecto. Em decorrência, o conceito de Hermenêutica tem de levar em consideração seus envoltimentos com tudo isso, de forma que não se queira construí-la com exagerado rigor matematicista nem com frouxa insensibilidade frente ao objeto¹⁴².

Vale destacar, para a correta compreensão dos problemas inerentes à interpretação jurídica, a distinção essencial entre texto normativo e norma. Em verdade, não há como conceber a norma jurídica como o resultado pronto e imediato da atividade legislativa, pois o que se apresenta com o fim da ação do Legislador é um texto normativo, o qual será submetido à interpretação daqueles que pretendem fazer cumprir seus comandos. A norma, efetivamente, somente surge a partir da interpretação dos textos legais, como o sentido revelado/atribuído pelo intérprete àquele enunciado normativo. Sobre o ponto, importante o pensamento de Humberto Ávila:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte¹⁴³.

A partir dessa distinção entre texto e norma, Humberto Ávila questiona a ideia de que existiria um conteúdo normativo inerente ao texto que independa de interpretação. Ao contrário, em sua visão, a atividade interpretativa é que constituiria os significados e os sentidos do texto legal¹⁴⁴. Destaca referido autor que, apesar de não poder desprezar os “significados mínimos” inerentes à utilização técnica ou ordinária da linguagem, “a atividade

¹⁴⁰ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 92.

¹⁴¹ *Ibid.*, 2013, p. 87.

¹⁴² *Ibid.*, 2013, p. 92-93.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 50.

¹⁴⁴ *Ibid.*, 2014, p. 51.

do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente”, mas sim “em constituir esses significados”¹⁴⁵. Assim, com essa compreensão da natureza da atividade do intérprete-aplicador do direito, enquanto construtor ou reconstrutor de sentidos que seriam efetivamente as normas jurídicas a incidir nos casos concretos, retorna-se ao ponto em que se busca alguma forma de controlar racionalmente essas atribuições de sentido, sob pena de inexistir mínima segurança jurídica, em face da multiplicidade de possíveis significados a serem extraídos/inferidos dos textos normativos.

Com o normativismo de Hans Kelsen, a discricionariedade do intérprete-aplicador do direito adquire ainda maior relevo, eis que tal posição teórica insere o julgador na linha de produção da norma jurídica com mais liberdade¹⁴⁶. Como visto, destaca referido autor ser importante distinguir a função da ciência jurídica e da autoridade jurídica – aí incluído o julgador –, e de seus respectivos produtos. A ciência do direito teria uma função meramente descritiva, pois suas proposições normativas apenas descreveriam o direito posto, mas não poderiam atribuir direitos ou deveres. Lado outro, a atividade da autoridade jurídica seria prescritiva, estabelecendo comandos, permissões, proibições etc. Assim, nessa óptica, as normas jurídicas, por serem produto da autoridade jurídica, não poderiam ser consideradas verdadeiras ou falsas, enquanto as proposições jurídicas que as descrevem podem ter os atributos de falsidade ou veracidade, em sendo produto da ciência do direito, se a descrição do direito posto é considerada correta ou incorreta¹⁴⁷.

Considera Kelsen, entretanto, que uma interpretação jurídica jamais chegaria a apenas uma única resposta correta, como se houvesse um sentido único a descobrir. Ao contrário, interpretar uma lei implicaria estabelecer uma “moldura” representativa das diversas possibilidades significativas, todas igualmente válidas e corretas, ainda que somente uma delas se convolve em direito positivo por ato do julgador. Assim, a sentença judicial representaria apenas uma escolha dentre as várias possíveis a partir da moldura normativa¹⁴⁸. A interpretação do julgador, ou seja, da autoridade incumbida de aplicar o direito positivo, seria um ato de vontade, representativo de uma escolha de quem interpreta e aplica, antecedido de um ato de conhecimento, quanto à moldura normativa que representa as várias

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 52.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 81.

¹⁴⁷ *Ibid.*, 2003, p. 82-84.

¹⁴⁸ *Ibid.*, 2003, p. 390-391.

possibilidades de significado disponíveis, sendo que não haveria qualquer critério prévio para essa escolha no âmbito do direito¹⁴⁹. Para Kelsen, que se mostra cético à possibilidade do estabelecimento de critério à definição de uma única resposta correta no âmbito da interpretação jurídica, tal problema sequer seria de interesse da Teoria do Direito mas, antes, seria afeto à política do Direito. Vejam-se suas palavras:

A questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se propunha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas¹⁵⁰.

O ceticismo kelseniano, quanto à aptidão da ciência jurídica para encontrar a resposta correta – interpretação correta do texto normativo – nos casos difíceis (*hard cases*) não deixa de retirar certo brilho de sua teoria jurídica. Se por um lado o autor afirma que a ciência do Direito teria uma atividade meramente descritiva das normas, sendo que seus enunciados poderiam ser verdadeiros ou falsos se correspondessem ou não às normas jurídicas positivas, por outro, afirma que ao final do processo interpretativo restaria apenas uma “moldura” representativa das várias possibilidades de compreensão da norma, podendo o intérprete-aplicador escolher qualquer uma delas, pois todas válidas, corretas e possuidoras do mesmo valor. Há, portanto, sob essa ótica, um esvaziamento da utilidade prática da ciência jurídica, principalmente se a formatação mais aberta da linguagem normativa permitir um conjunto muito amplo de possibilidades interpretativas. A escolha com elevada discricionariedade pelo intérprete-aplicador alavanca a função da vontade e arrefece a importância do conhecimento, diminuindo a força do direito enquanto instituição estabilizadora das expectativas de conduta legítima. Enfim, a segurança jurídica que seria possibilitada pela previsibilidade e estabilidade é reduzida a nível muito baixo, já que a expectativa de uma resposta correta a partir do conhecimento do direito que preexiste, nas palavras do próprio Kelsen, seria uma auto-ilusão¹⁵¹. Note-se que a postura teórica de Kelsen

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 391-392.

¹⁵⁰ *Ibid.*, 2003, p. 393.

¹⁵¹ *Ibid.*, 2003, p. 393.

se aproxima do ceticismo de Herbert Hart, descrendo na possibilidade de uma única resposta correta aos problemas jurídicos no âmbito da *common law*¹⁵².

Não obstante os supracitados problemas relacionados à hermenêutica jurídica, no que diz respeito ao questionamento da imprevisibilidade da interpretação de um texto normativo, potencializando a discricionariedade do intérprete-aplicador, mormente quando se trata de concretizar ou densificar direitos fundamentais, por sua estrutura naturalmente aberta a uma pluralidade de significações, parte da doutrina aposta na existência de resposta correta em Direito, que deveria ser buscada pelo julgador. Ronald Dworkin, como se sabe, construiu uma teoria do direito com o intuito de evidenciar a necessidade de o intérprete-aplicador do Direito esforçar-se para buscar encontrar a resposta correta à luz do ordenamento jurídico, criticando a postura dos positivistas que consideram inevitável o poder discricionário do julgador nos casos difíceis, ou seja, quando inexistir regra clara a seguir. Destaca que, na visão positivista, tanto de Hart quanto de Austin, as regras jurídicas não possuiriam limites precisos, mas teriam uma “textura aberta”, o que levaria os juízes a efetivamente criar um novo direito, de forma discricionária¹⁵³. Dworkin critica essa visão positivista de criação de direitos pelo julgador, para serem aplicados retroativamente, argumentando que inclusive nos *hard cases*, quando inexistirem regras suficientemente claras à regulação da situação litigiosa, o juiz permaneceria com o dever “de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”¹⁵⁴.

Para expor sua teoria sobre como descobrir o eventual direito dos litigantes em casos difíceis, Dworkin lança mão de um modelo idealizado de julgador, com “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”, ao qual chamou de Hércules. Por óbvio, esse arquétipo é tão somente uma figura artificial utilizada pelo autor para ilustrar como, em sua ótica, deveria haver a análise pelo juiz dos *hard cases*, caso houvesse condições ideais para tanto. Nesse sentido, para exercer suas atribuições de juiz ideal, Hércules partiria da

¹⁵² Segundo Hart: “Em casos muito simples isso pode ser verdadeiro; mas, na vasta maioria dos casos que transtornam os tribunais, nem a legislação nem os precedentes nos quais as normas estão supostamente contidas permitem um resultado único. Na maioria dos casos importantes, há sempre uma escolha. O juiz precisa escolher entre significados alternativos a serem atribuídos às palavras da lei ou entre interpretações conflitantes sobre o que ‘significa’ um precedente. O que oculta esse fato é tão-somente a tradição de que os juízes ‘encontram’, e não ‘criam’ o direito; e sob essa ótica, as decisões deles são vistas como se fossem deduções feitas facilmente a partir de normas claras e preexistentes, sem a intromissão da escolha e do arbítrio do julgador.” 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, 2012, p. 15-16.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 35.

¹⁵⁴ *Ibid.*, 2014, p. 127.

aceitação das regras incontroversas do Direito vigente onde atuaria, ou seja, do poder das leis de criação do direito e do dever dos juízes de seguir os precedentes dos seus tribunais superiores. Nas palavras de Dworkin:

Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo¹⁵⁵.

Ponto central da teoria do Direito de Ronald Dworkin são os conceitos de coerência e integridade do sistema jurídico. Para o citado autor, a correção da decisão judicial dependeria da capacidade de o julgador observar o sistema jurídico como um todo harmônico, elaborando uma teoria que apresentasse uma justificação coerente para os princípios subjacentes às regras constitucionais e legais, bem como aos precedentes judiciais, no âmbito dessa totalidade harmônica. Assim, em um caso de direito amparado em face da Constituição, o juiz ideal deveria questionar-se sobre um sistema de princípios, ou teoria constitucional, que “justificasse a Constituição como um todo”¹⁵⁶. De outra parte, em uma situação de interpretação da lei, “Hércules constrói sua teoria política sobre o que o poder legislativo fez naquela ocasião”¹⁵⁷. Também com relação aos precedentes próprios da *common law*, o juiz de Dworkin, com base em equidade, reconhece uma “força gravitacional”¹⁵⁸ nas decisões anteriores para determinar de modo geral os julgamentos futuros, mas buscará “uma explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade”¹⁵⁹. Nota-se que, para Dworkin, é a visão do direito como um todo coerente e explicável por uma teoria elaborada

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 165.

¹⁵⁶ *Ibid.*, 2014, p. 166.

¹⁵⁷ *Ibid.*, 2014, p. 171.

¹⁵⁸ Ao se referir à teoria do direito como integridade de Dworkin, Neil Duxbury pondera ser possível que a tentativa de buscar consistência com a totalidade de um ordenamento injusto poderia ensejar a perpetuação da injustiça. Todavia, o autor concorda com a noção de “força gravitacional” dos precedentes trabalhada por Dworkin. Vejam-se suas palavras: “*The objective here, however, is not to develop a critique of Dworkin’s account of precedent but to highlight its value; for by emphasizing the notion of gravitational force he illustrates that it is a mistake to treat precedent-following as equivalent to the interpretation of binding legal rules. Gravitational force is, like authority, variable: not only might judges disagree about the significance of a particular precedente, but they might even disagree as to whether it should be acknowledged to have established a principle at all.*” Em livre tradução: “O objetivo aqui, todavia, não é desenvolver uma crítica da abordagem do precedente feita por Dworkin, mas destacar seu valor; ao enfatizar a noção de força gravitacional, ele ilustra que é um erro tratar a observação do precedente como equivalente à interpretação de regras legais vinculantes. A força gravitacional é, como autoridade, variável: não só os juízes discordam sobre o significado de um precedente particular, mas eles podem até mesmo discordar sobre se deve reconhecer-se que estabeleceu um princípio.” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 61-62.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 177.

pelo julgador que permitiria encontrar a resposta correta. De fato, para o citado autor, se a equidade é que justifica a observância dos precedentes judiciais, “a força gravitacional do precedente tem por base a ideia de que a equidade exige a aplicação coerente dos direitos”¹⁶⁰. A possibilidade de haver uma resposta mais adequada que outra já justificaria a rejeição a qualquer discricionariedade.

Observe-se que a tese da existência de uma única resposta correta aos problemas jurídicos, encampada por Dworkin, encontra-se vinculada a sua teoria do direito como integridade, a qual possui íntima conexão epistemológica com o coerentismo, ainda que não revelada explicitamente pelo autor. De fato, considera Dworkin que a integridade seria um ideal político, no sentido de que deve o ente estatal agir “segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos”¹⁶¹. Nota-se que a coerência exigida pelo autor é pressuposto da própria racionalidade do sistema jurídico, de forma que possa ser compreendido e também criticado. A teoria jurídica que o Juiz Hércules deveria elaborar, harmonizando todos os princípios do Direito, é necessária para que ele identifique a resposta correta à lide que deve resolver, pois a correção seria aferida pela coerência da solução jurídica encontrada com o sistema jurídico como um todo. Em suas palavras:

O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. Podemos apreender a magnitude de tal empreendimento se distinguirmos, no âmbito do vasto material de decisões jurídicas que Hércules deve justificar, uma ordenação vertical e outra horizontal. A ordenação vertical é fornecida por diferentes estratos de autoridade, isto é, estratos nos quais as decisões oficiais podem ser consideradas como controles das decisões tomadas em níveis inferiores. Nos Estados Unidos, a natureza gradativa da ordem vertical é evidente. A estrutura constitucional ocupa o mais alto nível, as decisões da Suprema Corte e, talvez, de outros tribunais que interpretam essa estrutura, vêm a seguir. As leis promulgadas pelos diferentes órgãos legislativos ocupam o nível seguinte, e abaixo deste, em níveis diversos, vêm as decisões dos diferentes tribunais que desenvolvem o direito costumeiro. Hércules deve organizar a justificação de princípio em cada um desses níveis, de tal modo que a justificação seja consistente com os princípios que fornecem a justificação nos níveis mais elevados. A ordenação horizontal requer apenas que os princípios que devem justificar uma decisão em um nível devem ser também consistentes com a justificação oferecida para outras decisões no mesmo nível¹⁶².

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2014, p. 181.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 202.

¹⁶² Id. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 182-183.

Como visto, Dworkin defende a existência de resposta correta aos problemas jurídicos, afastando o valor da discricionariedade inclusive nos casos difíceis, assegurando que os juízes deveriam tomar o sistema jurídico “como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios”¹⁶³, e com base nessa visão do todo, tentar encontrar o direito das partes, não criando um direito novo e desvinculado das interpretações anteriores. A chave para acessar a resposta correta no sistema jurídico é, segundo o autor, ter em conta a completude do ordenamento, permeado por princípios que se relacionam de forma coerente. Interessante notar que o próprio autor reconhece a dificuldade real (ou mesmo impossibilidade) de chegar-se à visão integral do sistema jurídico, motivo pelo qual se utiliza da figura de um juiz ideal e dotado de poderes superiores, o qual poderia, no máximo, ser imitado pelos julgadores reais. A interpretação (resposta), em seu teste de verdade (correção), deve ser colocada à prova mediante aferição de sua coerência com a totalidade do sistema:

O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo. Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto. Pode permitir que o alcance de sua interpretação se estenda desde os casos imediatamente relevantes até os casos pertencentes ao mesmo campo ou departamento geral do direito, e em seguida desdobrar-se ainda mais, até onde as perspectivas lhe pareçam mais promissoras¹⁶⁴.

Mas é realmente correto ou adequado falar-se em verdade no âmbito do Direito? É mesmo possível aferir a verdade de um enunciado normativo? Como vimos acima, Hans Kelsen responderia que sim a essa questão, quanto aos enunciados da ciência do direito, mas não quanto à própria norma jurídica, enquanto produto da autoridade. Todavia, na mesma linha de Herbert Hart, nega Kelsen que haja qualquer critério para identificar uma única interpretação correta para a norma jurídica, acatando a discricionariedade do intérprete como uma fatalidade. De sua parte, Ronald Dworkin acredita que um enunciado jurídico pode ser verdadeiro ou falso, e que haveria de fato resposta correta em Direito, aferível por sua maior coerência com a teoria jurídica que justifique o direito como um todo. Observe-se que, segundo entende Dworkin:

¹⁶³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 261.

¹⁶⁴ Id. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 294.

Uma proposição do direito pode ser considerada verdadeira se for mais coerente do que a proposição contrária com a teoria jurídica que justifique melhor o direito estabelecido. Pode ser negada como falsa se for menos coerente com essa teoria de direito do que a contrária¹⁶⁵.

Do exposto, pode-se observar clara vinculação (consciente ou não) do pensamento de Ronald Dworkin ao modelo epistemológico coerentista. Com efeito, ainda que complexa sua teoria do direito como integridade, eis que entrelaça em um todo coerente princípios de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo¹⁶⁶, a chave mestra para encontrar a resposta correta é justamente o conceito de coerência do sistema como um todo. Ou seja, não se trata de o aplicador do direito deduzir de qualquer verdade primeira, por uma derivação linear e hierárquica, uma resposta correta (verdadeira), como se observaria em uma visão fundacionalista, mas sim construir a melhor resposta a partir da estruturação dos elementos do sistema jurídico (normas constitucionais, legais, jurisprudenciais, etc) em um todo ordenado e coerente, sustentado pelos vínculos de princípio, à semelhança do que ocorre no modelo de rede de sistematização cíclica do projeto epistemológico coerentista.

O desafio que se coloca Dworkin é a apresentação de uma alternativa ao positivismo jurídico, especialmente do defendido por Herbert Hart, que, de um lado, atesta a validade de uma regra jurídica não por seu conteúdo, mas sim pela autoridade da fonte de sua origem (*pedigree*)¹⁶⁷, e, de outro, reconhece o poder discricionário ao intérprete-aplicador do direito, que poderia criar regra jurídica nova, não havendo norma específica para determinado caso. Note-se que, para Hart, uma regra (primária) seria reconhecida como juridicamente válida se fosse estabelecida como e por quem uma outra regra (secundária) assim determinasse. A essa regra fundamental secundária, Hart denomina “norma de reconhecimento”¹⁶⁸. Ademais, como as regras jurídicas teriam limites imprecisos (“textura aberta”), os casos difíceis (*hard cases*) seriam decididos mediante uso de discricionariedade pelos juízes¹⁶⁹, sem haver critério seguro de controle da resposta. Ou seja, na visão positivista de Herbert Hart, não havendo regra jurídica clara, afirmar que uma das partes teria direito antes da decisão judicial seria apenas uma mera

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 435.

¹⁶⁶ *Ibid.*, 2014, p. 291.

¹⁶⁷ *Ibid.*, 2014, p. 28.

¹⁶⁸ Esclarece Hart: “Onde quer que essa norma de reconhecimento seja aceita, tanto os indivíduos quanto as autoridades públicas dispõem de critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação.” – 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, 2012, p. 130.

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 33-35.

ficção, pois em verdade o julgador criaria novos direitos com sua decisão¹⁷⁰. Note-se, neste ponto, a semelhança de conclusão quanto à discricionariedade do intérprete-aplicador entre as teorias de Hart, no âmbito da *common law*, e de Kelsen, com seu normativismo-positivista. Todavia, como acima registrado, Dworkin entende que, mesmo não havendo regra clara, o aplicador deve esforçar-se para descobrir o real direito das partes, não sendo legítimo criar novos direitos para aplicação retroativa.

É certo que Dworkin não nega o caráter criativo da prática jurídica (a interpretação é construtiva), mas destaca divergências teóricas sobre o fundamento do Direito que implicam em diversas compreensões quanto a sua natureza. Observa que, para as teorias semânticas, advogados e juízes usariam os mesmos critérios para averiguar a falsidade ou veracidade de proposições jurídicas. Todavia, as teorias positivistas apresentam divergências. Para John Austin, por exemplo, uma proposição jurídica seria verdadeira “desde que transmita, corretamente, o comando precedente de alguma pessoa ou grupo que ocupe uma posição soberana em tal sociedade”¹⁷¹. De outra parte, para Hart, a proposição jurídica seria verdadeira em razão de corresponder a norma estabelecida de acordo com a regra de reconhecimento aceita na sociedade¹⁷². Para além dessas divergências, Dworkin discute concepções teóricas sobre o que constitui a prática jurídica, as quais implicam na atividade interpretativa e eventual aceitação ou negação de poder discricionário do julgador.

Visando explicar sua teoria de “direito como integridade” Ronald Dworkin realiza o confronto com duas outras concepções de direito, que denomina “convencionalismo” e “pragmatismo jurídico”. Explica o autor que, para os adeptos do convencionalismo, haveria direitos jurídicos, mas o vínculo de coerência da decisão a ser proferida com as decisões políticas anteriores seria limitado pela “previsibilidade e pela equidade processual”, de forma que, não havendo decorrência explícita desses direitos, os magistrados estariam livres para decidir com fundamento prospectivo. Nessa óptica, “os juízes devem respeitar as convenções jurídicas em vigor em sua comunidade, a não ser em raras circunstâncias”¹⁷³, ainda que considere equivocadas as leis e os precedentes. Todavia, a observância é estritamente vinculada à regra convencionada, de forma que um precedente somente seria determinante de

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 127.

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 41.

¹⁷² *Ibid.*, 2014, p. 43.

¹⁷³ *Ibid.*, 2014, p. 144.

uma outra decisão se o novo caso fosse igual ao anterior, em seus traços relevantes¹⁷⁴. Do contrário, o juiz estaria autorizado a criar direito novo. Ainda que o novo direito guardasse alguma relação com o passado, essa coerência, segundo Dworkin, seria apenas de estratégia, não de princípio¹⁷⁵.

De outro lado, na visão cética do pragmatismo jurídico, não existiriam de fato direitos, devendo os juízes “tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo”¹⁷⁶. Assemelha-se o pragmatismo jurídico à doutrina do realismo norte-americano. Nessa óptica pragmática, os juízes seriam incentivados a decidir segundo seus próprios pontos de vista, fundamentados em razões de justiça, eficiência ou outra virtude em vista no momento da decisão, tendo-se a compreensão de que a coerência com a lei ou precedente judicial não contribuiria para a justiça do caso. Haveria, para a teoria pragmática, um “fetiche da coerência pela coerência”¹⁷⁷. Nesse sentido, destaca Dworkin que o pragmatismo poderia sugerir ao julgador que “fingisse” terem as pessoas direitos, buscando encontrar “o exato equilíbrio entre a previsibilidade necessária para proteger as valiosas instituições da legislação e do precedente e a flexibilização necessária a si mesmo, e a outros juízes”¹⁷⁸, em um processo de aperfeiçoamento do direito. A coerência com as decisões do passado seria, no máximo, meramente estratégica.

Contrariamente ao pragmatismo, a teoria do direito como integridade aceita a existência de direitos e de pretensões jurídicas, mas não o faz de forma limitada como o convencionalismo. Considera Dworkin que a vinculação ao direito traria benefícios não apenas por aspectos instrumentais, como a oferta de previsibilidade ou equidade. Em sua

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 146.

¹⁷⁵ Destaca Ronald Dworkin a diferença em buscar a coerência como estratégia e como princípio. Vejam-se suas palavras: “Qualquer um que participe da criação do direito deve preocupar-se com a coerência de estratégia. Ele deve cuidar para que as novas regras que estabelece se ajustem suficientemente bem às regras estabelecidas por outros, ou que venham a ser estabelecidas no futuro, de tal modo que todo o conjunto de regras funcione em conjunto e torne a situação melhor, em vez de tomar a situação contrária e piorar as coisas. [...] Mas a coerência de estratégia não exigiria que um juiz esquadrinhasse o passado para descobrir a ‘melhor’ interpretação de uma lei ou da Constituição, quando esta for polêmica, ou a ‘correta’ compreensão de uma decisão judicial anterior quando os advogados não chegarem a um consenso quanto ao modo de interpretá-la. [...] A coerência de princípio é uma outra questão. Exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos sejam coerentes no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça. Um juiz que vise à coerência de princípio se preocuparia, de fato, como os juízes de nossos exemplos, com os princípios que seria preciso compreender para justificar as leis e os precedentes do passado.” *Ibid.*, 2014, p. 162-164.

¹⁷⁶ *Ibid.*, 2014, p. 118-119.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 2014, p. 185-186.

¹⁷⁸ *Ibid.*, 2014, 2014, p. 188.

visão, a coerência com as decisões passadas asseguraria aos cidadãos “um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político”¹⁷⁹. Como visto, Ronald Dworkin entende a “integridade”, que nomeia sua teoria do direito, como uma virtude política através da qual se exige que “o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos”¹⁸⁰. Enquanto virtude distinta e posta ao lado da justiça e da equidade, a integridade assume um compromisso com a coerência de princípio. Para Dworkin, a integridade se dividiria em dois princípios práticos: a integridade na legislação e a integridade no julgamento. Enquanto a integridade na legislação exige dos responsáveis pela criação das leis a manutenção da coerência quanto aos princípios, a integridade no julgamento “pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido”¹⁸¹. Considera o citado autor que a integridade no julgamento é que justifica a atribuição de um poder especial ao passado no tribunal, o que deveria afastar a discricionariedade¹⁸².

Retorne-se ao ponto que vincula a teoria jurídica de Dworkin à epistemologia coerentista referida neste estudo. Ao passo que a coerência se mostra como critério de aferição da verdade de um enunciado no campo da ciência, como afirma Nicholas Rescher, ela também desempenha papel central como forma de superar a discricionariedade e encontrar a resposta correta a problemas jurídicos, no âmbito da teoria do direito como integridade. Por certo, mesmo que de forma implícita, o modelo coerentista permeia toda a teoria de Dworkin, a ponto de se confundir, em alguns momentos, integridade com coerência. Corretamente compreendida a tese dworkniana, a integridade se mostra como um procedimento de busca de coerência no sistema jurídico em uma espiral ascendente e inflacionária, isto é, sempre se deslocando para campos mais alargados de relações coerentes entre os princípios, não se

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 119-120.

¹⁸⁰ *Ibid.*, 2014, p. 202.

¹⁸¹ *Ibid.*, 2014, p. 203.

¹⁸² Vale registrar que, embora considere a integridade o melhor caminho para a prática interpretativa do direito, Dworkin mostra-se ciente da dificuldade de observar a totalidade coerente do sistema jurídico, mas considera o fato como um defeito contra o qual se deve empenhar o intérprete-aplicador. Vejam-se suas palavras: “Não afirmo, como parte de minha tese interpretativa, que nossas práticas políticas aplicam a integridade de maneira perfeita. Admito que não seria possível reunir, num único e coerente sistema de princípios, todas as normas especiais e outros padrões estabelecidos por nossos legisladores e ainda em vigor. Nosso compromisso com a integridade significa, contudo, que devemos considerar esse fato como um defeito, e não como o resultado de uma justa divisão de poder político entre diferentes conjuntos de opinião, e que devemos nos empenhar em remediar quaisquer incoerências de princípio com as quais venhamos a deparar”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 261.

conformando com a coerência estrita atinente à mera repetição de modelos pretéritos de decisão. Nesse sentido, valem as palavras do citado autor:

Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendermos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo¹⁸³.

Importante estudo sobre o modelo coerentista de sistema jurídico na teoria de Ronald Dworkin é realizado por Juan Manuel Pérez Bermejo, o qual, aproximando analogicamente a teoria do direito da epistemologia, aponta para a superação do modelo fundacionalista próprio das teorias jurídicas dominantes, sejam de viés racional jusnaturalista ou de caráter positivista, pela tese do direito como integridade. De fato, Bermejo utiliza-se da teoria de Dworkin para evidenciar a mudança de paradigma na teoria do sistema jurídico, transitando de uma compreensão fundacionalista para um modelo coerentista, semelhante ao que ocorre com a epistemologia contemporânea¹⁸⁴. Registre-se que o citado autor adverte sobre a utilização das categorias epistemológicas de forma analógica, sem desconhecer as reservas necessárias que se impõem nessa aproximação pelas diferenças entre enunciados de natureza descritiva e prescritiva. Não obstante, destaca a validade dessa abordagem, pelo fato de a teoria de Dworkin efetivamente se nutrir de ideias epistêmicas¹⁸⁵.

Como refere Bermejo, as teorias do Direito que se mostraram dominantes ao longo da história consideram o sistema jurídico como um conjunto de normas que se estruturam de forma semelhante à organização do conhecimento no modelo epistemológico

¹⁸³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 263-264.

¹⁸⁴ BERMEJO, Juan Manuel Pérez. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 25.

¹⁸⁵ Veja-se as palavras do autor sobre o estudo aproximativo: “*La introducción de nuestro pla de trabajo no puede completarse sin una cautela ya advertida, pero que merece ser subrayada. Como se ha expresado, el uso de las categorías epistémicas <<fundacionalismo>> o <<coherentismo>> es meramente analógico. La teoría del derecho ha de tomar con reserva construcciones que, como suele ocurrir en la teoría des conocimiento, están pensadas mayormente para conjuntos de enunciados descriptivos y aserciones, antes que para conjuntos de enunciados prescriptivos o normativos. Sin embargo, y con las debidas precauciones, creo que dichas categorías pueden resultar sumamente instructivas para la auto-comprensión y la interpretación de nuestras propias prácticas. Por otra parte, el caso particular de Ronald DWORKIN hace inevitable la superación de las estrechas barreras de nuestra disciplina y el ingreso en un más vasto dominio filosófico: el hecho de que su teoría jurídica se nutra de ideas epistémicas como las de equilibrio reflexivo o recurra a tradiciones filosóficas como la filosofía hermenéutica refrenda nuestro punto de vista.*” Ibid., 2006, p. 26.

fundacionalista, fato evidenciado tanto quando se observa a escola do direito natural moderna de cunho racionalista quanto o positivismo jurídico do século XX¹⁸⁶. Observa que tais modelos são normalmente representados graficamente em forma de pirâmide, dividida em níveis como estratos geológicos, com características de organização linear e hierárquica, axiomática e fechada. O sistema se mostra como um conjunto de elementos estruturado mediante relações de inferência lógica. É linear (*lineal*), em razão de seus elementos se ligarem em cadeias lógicas de inferência em um processo dedutivo. É hierárquico (*jerárquico*), já que as partes constituintes do sistema se relacionam em uma lógica dedutiva, assimétrica e unidirecional, de forma que os elementos superiores (mais gerais) determinam e condicionam os inferiores, sem sofrerem qualquer influxo no sentido ascendente. É axiomático, por pressupor um nível último de elementos (axiomas) a partir dos quais todas as partes do sistema derivam e se justificam, isto é, a verdade ou correção dos elementos do sistema dependem da verdade ou correção de seus axiomas, sendo que os próprios axiomas não encontram justificativa no interior do sistema. É fechado (*cerrado*), por estar hermeticamente delimitado, de forma que qualquer novo elemento tem que concordar logicamente com os axiomas básicos¹⁸⁷. Note-se, portanto, a semelhança com o modelo epistemológico fundacionalista descrito por Nicholas Rescher, com construção unidirecional do conhecimento, a partir de dedução de axiomas básicos e não dependentes de justificação (*unjustified*) em sistematização hierárquica, linear e axiomática¹⁸⁸.

Observa Juan Manuel Pérez Bermejo que o jusnaturalismo moderno ou racionalista teria sido a primeira tradição filosófica a buscar traduzir o direito em um sistema lógico, realizando seu intento também em um modelo piramidal e axiomático, utilizando-se da lógica dedutiva, linear e hierárquica. Exemplifica com o modelo de Leibniz, para quem o direito pode ser deduzido a partir de um conjunto de axiomas básicos, iniciando do conceito de justiça¹⁸⁹. Para Leibniz, a justiça seria a regra suprema do direito e poderia ser traduzida em três preceitos fundamentais (axiomas): *honeste vivere*, simbolizando a justiça universal; *neminem laedere*; e *suum cuique tribuere*, estes dois últimos inerentes à justiça particular. Desses três princípios básicos de justiça (axiomáticos, intuitivos e evidentes), deduzem-se todas as demais normas do sistema jurídico, nesse modelo de base euclidiana e racionalista

¹⁸⁶ BERMEJO, Juan Manuel Pérez. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 29-30.

¹⁸⁷ Ibid., 2006, p. 35-37.

¹⁸⁸ RESCHER, Nicholas. **Epistemology**: An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003.

¹⁸⁹ BERMEJO, Juan Manuel Pérez. Op. cit., 2006, p. 39-40.

proposto por Leibniz¹⁹⁰, à semelhança de como as verdades derivadas são deduzidas das verdades básicas (axiomas) no modelo científico fundacionalista. Sobre o ponto, vejam-se as palavras de Bermejo:

Las proposiciones deducidas (teoremas, corolarios...) pueden considerarse igualmente verdades necesarias, principios válidos que no necesitan el refrendo de la experiencia práctica. La única diferencia con respecto a los primeros axiomas – los tres preceptos del derecho natural – reside en el hecho de que mientras éstos son conocidos intuitivamente y considerados como ideas auto-evidentes e indemostrables para la mente humana, el conocimiento de estas nuevas proposiciones es ya un conocimiento demostrativo cuyas razones han de poder hacerse explícitas. Pero, por lo demás, las verdades secundarias obtenidas mediante conexiones necesarias a partir de las definiciones primeras retienen el mismo grado de evidencia, necesidad y universalidad que las verdades primarias¹⁹¹.

Do mesmo modo, considera Bermejo que o positivismo jurídico do século XX também estrutura o sistema jurídico em um modelo fundacionalista de base axiomática, com vínculo hierárquico, linear e unidirecional entre os elementos normativos, ainda que com aspectos diferentes do jusnaturalismo, a que pretendia fazer oposição. Nota que, em Kelsen, por exemplo, havia a crítica dirigida à teoria do direito natural, por estruturar um sistema estático, com vínculos de conteúdo entre as normas, ao passo que o positivismo normativista kelseniano tinha o sistema normativo como dinâmico, ou seja, as normas superiores não determinam o conteúdo material das inferiores, mas apenas estabelecem a competência e o procedimento para sua edição, sendo os vínculos de natureza formal, valorizando a vontade do legislador. Por certo, no sistema dinâmico de Kelsen, ocupa o nível superior do ordenamento não uma norma substantiva, mas uma pura forma carente de conteúdo, a norma hipotética fundamental (*Grundnorm*)¹⁹². Todavia, nota Bermejo que um modelo meramente dinâmico seria uma descrição deficiente da prática jurídica, já que não se podem negar princípios jurídicos de ordem material, mesmo que com larga margem de vontade discricionária do legislador e do julgador. Os direitos fundamentais são um bom exemplo de limite material ao legislador. Por outro lado, mesmo que se considerasse puramente dinâmico o sistema jurídico, o positivismo continuaria com características próprias do fundacionalismo, como hierarquia, caráter axiomático e fechamento¹⁹³.

Entende Bermejo que as características do fundacionalismo epistemológico encontram-se evidenciadas nas teorias de vários autores positivistas além de Hans Kelsen,

¹⁹⁰ BERMEJO, Juan Manuel Pérez. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 41.

¹⁹¹ Ibid., 2006, p. 46.

¹⁹² Ibid., 2006, p. 62-63.

¹⁹³ Ibid., 2006, p. 65.

como Hart, Raz, Alchourrón e Bulygin¹⁹⁴. Observa que Herbert Hart, por exemplo, mesmo refratário aos pressupostos lógicos da ciência jurídica, teria patrocinado uma estrutura hierárquica ao redor dos critérios de validade que culminariam na sua conhecida regra de reconhecimento. Ademais, a visão de sistema jurídico de Norberto Bobbio, influenciado que fora por Kelsen, revela normas superiores e inferiores em relacionamento hierárquico e assimétrico, de forma que as inferências são sempre de cima para baixo, a ponto de as normas do nível inferior não contribuírem para a justificação das superiores¹⁹⁵. De outra parte, o positivismo jurídico também se sustenta em uma base axiomática, isto é, preconiza um ponto fixo, imutável e insusceptível de análise de validade a partir do qual se constrói o edifício normativo. Assim como a suposta norma fundamental de Hans Kelsen, a norma de reconhecimento de Herbert Hart é a base axiomática sobre a qual se desenvolve toda a criação ou identificação das normas jurídicas¹⁹⁶. De mais a mais, a *Grundnorm* kelseniana e a norma de reconhecimento de Hart funcionam como algoritmos¹⁹⁷, ou seja, selecionam os elementos que acessam o sistema na condição de normas jurídicas, pelo que seus critérios dão unidade e procedem à oclusão do ordenamento, destacando seu caráter fechado¹⁹⁸.

Importante notar que a estruturação de sua teoria do direito como integridade em base epistemológica coerentista permite a Ronald Dworkin a superação do modelo fudacionalista encampado tanto pelo positivismo jurídico quanto pelo jusnaturalismo racionalista. Já ao destacar a importância dos princípios, com sua dimensão de peso, ao lado das regras, na constituição do sistema jurídico, Dworkin fragiliza as bases das teorias semânticas (criteriais), em razão de não poderem as normas principiológicas serem facilmente reconhecidas em sua vigência e aplicabilidade mediante algum algoritmo preestabelecido, a exemplo da “norma de reconhecimento” de Hart. Como destaca Bermejo, na tese dworkiniana, princípios

¹⁹⁴ BERMEJO, Juan Manuel Pérez. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 78.

¹⁹⁵ Ibid., 2006, p. 84-85.

¹⁹⁶ Ibid., 2006, p. 88.

¹⁹⁷ Vejam-se as palavras do citado autor sobre o ponto: “*Resulta en muchas ocasiones que los algoritmos se reconocen no ya como axiomas, sino como los únicos axiomas del sistema. Em éstos casos, el conjunto de los axiomas de un sistema coincide con el conjunto de sus algoritmos. Esta relación era visible en el jusnaturalismo moderno, donde los axiomas cumplían la doble función de servir de justificación última y de resolver mediante sus contenidos el problema de la pertenencia al sistema. Dentro del positivismo, creo que la Grundnorm kelseniana e incluso la regla de reconocimiento de HART pueden ser ejemplos característicos de esta organización en la que los algoritmos pueden ser también reconocidos como los axiomas del sistema, y viceversa. Esta coincidencia frecuente entre axiomas y algoritmos, o la co-extensividad entre sus conjuntos, explica que hayamos atribuido a ambas figuras las funciones de representar la identidad del sistema, de modo que un cambio en estos algoritmos que agotan la base axiomática representa un cambio de sistema jurídico.*” Ibid., 2006, p. 93.

¹⁹⁸ Ibid., 2006, p. 91.

não são axiomas e o direito não se encerra em um conjunto fixo de normas¹⁹⁹. Observando o direito como uma prática interpretativa, Dworkin busca superar o agulhão semântico das teorias que têm por base axiomas ou algoritmos como critérios de definição do universo jurídico. Na sua tese interpretativa, o sistema jurídico é aberto e se reconstrói constantemente²⁰⁰. Ainda que haja consideração e respeito ao passado, a exemplo dos elementos legais e jurisprudenciais, a configuração da ordenação anterior do sistema é derrotável, estando sempre aberta a novas possibilidades. Nesse sentido, vejamos as palavras de Bermejo:

*No hay así criterios indisputables previos a la discusión y la interpretación. El derecho no es un conjunto estable y preordenado de elementos, sino una empresa interpretativa, producto de esfuerzos argumentativos diarios y cotidianos, estructura siempre reformada y cuestionada, construida y reconstruida cada vez que se interpreta y que se aplica*²⁰¹.

Como acima referido, Juan Manuel Pérez Bermejo considera que os pressupostos interpretativos e problemáticos do modelo de Dworkin sugerem a concordância com o que, em teoria do conhecimento, se denomina modelo coerentista²⁰². De fato, a teoria do direito como integridade enseja uma visão global (holística) dos elementos constitutivos do ordenamento jurídico, que devem estar relacionados não de forma hierárquica e linear, como nos projetos fundacionalistas, mas sim em uma totalidade coerente. Isto é, em cada momento de aplicação do Direito, o intérprete-aplicador deve ter em conta a totalidade integrada dos elementos do sistema em relação de coerência e harmonia, pelo que reconstrói o próprio sistema em cada caso, para que na solução da questão jurídica revele essa unidade. A visão da totalidade coerente proposta pela teoria do direito como integridade, em Bermejo, “*concuera fielmente con las descripciones que hallamos en la tradición de la epistemología coherentista acerca de cómo organizamos nuestros conocimientos y seleccionamos las proposiciones verdaderas*”²⁰³.

¹⁹⁹ BERMEJO, Juan Manuel Pérez. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 103.

²⁰⁰ Vale registrar as palavras de Bermejo quanto à oposição entre a tese de Dworkin e as teorias semânticas: “*Los primeros argumentos de Law’s Empire versan sobre cómo identificamos el derecho, cómo decidimos qué cae dentro y qué cae fuera de la práctica jurídica. Existen dos representaciones teóricas rivales acerca de cómo llevamos a cabo dicha tarea: las teorías semánticas y las teorías interpretativas. Detrás de las primeras se esconden los ejercicios de lógica algorítmica y los modelos de sistema fundacionalista que ya conocemos. Por ellos, nos resulta decisivo constatar que, a juicio de DWORKIN, las representaciones semánticas de la práctica jurídica son descripciones erróneas. Éstas parten de supuestos criterios incontrovertibles a propósito de lo que es el derecho: pero, en realidad, este tipo de criterios no existen: la realidad jurídica es una realidad moral y políticamente disputada, un concepto interpretativo que se reconstruye diariamente desde pautas morales y políticas.*” Ibid., 2006, p. 109-110.

²⁰¹ Ibid., 2006, p. 117-118.

²⁰² Ibid., 2006, p. 126.

²⁰³ Ibid., 2006, p. 136-137.

Juraci Mourão Lopes Filho, ao tratar da aplicação dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, estrutura o nível profundo de sua teoria no paradigma sistêmico coerentista, conjugando a Hermenêutica Filosófica de Gadamer com a teoria do direito como integridade de Dworkin. De fato, a Hermenêutica Filosófica é tomada por Lopes Filho como infraestrutura adequada à teoria dworkiniana em contraposição à Filosofia Moderna que, calcada em subjetividade e pretensa neutralidade na análise do objeto do conhecimento pelo sujeito, influenciara tanto o jusnaturalismo racionalista quanto o positivismo exegético²⁰⁴. Note-se que, muito embora a abordagem do referido autor seja realizada em base filosófica específica, não diretamente epistemológica, Juraci Mourão concorda com Bermejo na visão de que o modelo coerentista do sistema em rede de Dworkin se contrapõe ao sistema fundacionalista, o qual é axiomático, hierárquico, assimétrico e fechado.²⁰⁵ Como visto acima, tanto o fundacionalismo quanto o coerentismo são paradigmas para aferição da verdade no âmbito científico. Também Ronald Dworkin utiliza-se da coerência como forma de verificar a resposta adequada a problemas jurídicos.

Digna de nota é a abordagem epistemológica que Hugo de Brito Machado Segundo faz do pensamento de Ronald Dworkin, no que se refere à sua tese da única resposta correta em Direito. Adotando a teoria falibilista na análise científica do fenômeno jurídico, Machado Segundo observa que, muito embora não se possa ter certeza absoluta a respeito da verdade, em face da natural falibilidade humana, a crença “na existência de uma resposta correta” se mostra a melhor postura, mesmo frente às questões relacionadas à moral²⁰⁶. Entende referido autor que a metáfora do juiz Hércules teria sido um modo encontrado por Dworkin de valer-se do raciocínio falibilista no âmbito do Direito, olvidando-se tanto o relativismo quanto o ceticismo que se apresentam na teoria jurídica positivista²⁰⁷. Não obstante se trate de uma realidade institucional, o Direito não se resume a mero subjetivismo, sendo possível fazer afirmações sobre problemas jurídicos controláveis através da crítica intersubjetiva. Considera Machado Segundo que, no campo científico, as realidades institucionais, como o Direito, podem ser epistemicamente objetivas, embora ontologicamente subjetivas. Em suas palavras:

²⁰⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 257.

²⁰⁵ Ibid., 2016, p. 208-209.

²⁰⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 104.

²⁰⁷ Ibid., 2016, p. 105.

Diferentemente de uma pedra, ou de uma nova espécie animal, que poderíamos chamar de realidades ‘brutas’ ou ‘naturais’, as realidades institucionais, por não existirem independentemente de quem as reconheça enquanto tal (constituindo-as, de algum modo), não são dotadas de objetividade ontológica. São ontologicamente subjetivas, porque só existem se houver um sujeito que as reconheça. Mas podem ser epistemicamente objetivas, no sentido de que é possível fazer afirmações a respeito delas que não dependam das preferências de quem as afirma. Entretanto, o fato de o observador, de algum modo, também atuar no processo de sua construção faz com que, em maior ou menor medida, sua tarefa não se possa resumir à mera descrição²⁰⁸.

Como afirma Machado Segundo, de fato, há um aspecto construtivo nas realidades institucionais, inclusive no Direito, que não pode ser meramente descrito pelo observador. Com efeito, na teoria de Dworkin, o ângulo adequado de visão é o do intérprete-aplicador, ou seja, interno ao sistema jurídico, sendo que o sistema é reconstruído caso a caso. Essa reconstrução infinita do sistema, a cada aplicação, pode levar a questionamentos sobre o controle da subjetividade no conhecimento jurídico e quanto à possibilidade de resposta correta. O desafio que se lança a Ronald Dworkin é, como destaca Juan Manuel Pérez Bermejo, justificar o uso dos termos “verdade” e “objetividade” para referir-se à realidade moral, mas sem comprometer-se com uma ontologia que pretenda atribuir aos “fatos morais” qualidades de existência próprias dos “fatos naturais”²⁰⁹. Para Bermejo, Dworkin desincumbe-se desse desiderato por meio do que, no âmbito epistemológico, se conhece como “realismo interno” ou perspectiva internalista, isto é, a verdade e a objetividade são internas a cada prática²¹⁰. Assim, como acima já referido por Machado Segundo, juízos morais podem ser epistemologicamente objetivos. Sobre o ponto, afirma Bermejo:

*Superadas estas dificultades, conviene sintetizar la epistemología moral de nuestro autor antes de seguir adelante. Su punto de vista puede resumirse en estas fórmulas: a) nuestros juicios morales pueden evaluarse mediante los predicados <<verdadero>> u <<objetivo>>; b) tales predicados no remiten a realidades ontológicas externas, sino que su uso es interno y dependiente de nuestras prácticas morales: es un presupuesto de nuestro discurso moral interpretar las convicciones morales como verdaderas y objetivas, y c) no sería posible explicar estas tesis desde una epistemología formal e jerárquica, dependiente tan sólo de criterios externos a la mente de los sujetos o a sus prácticas diversas; los juicios de verdad a los que DWORKIN alude se justifican desde una epistemología internalista, no jerárquica, atenta a las razones de contenido y sometida a las aspiraciones de una coherencia global y abarcadora de toda la estructura intelectual del individuo.*²¹¹

A análise acima realizada justifica a proposta deste estudo: buscar a construção de um referencial teórico no âmbito da epistemologia jurídica para a prática do uso dos

²⁰⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Op. cit., 2016, p. 108.

²⁰⁹ BERMEJO, Juan Manuel Pérez. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 191.

²¹⁰ Ibid., 2006, p. 192-193.

²¹¹ Ibid., 2006, p. 199.

precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro. É preciso pontuar, para além de meros fundamentos formais, como a previsão normativa e a obediência hierárquica, a justificativa teórica de observância das decisões precedentes como fonte de vínculos jurídicos para novos casos semelhantes. A compreensão da natureza e da função do precedente judicial pressupõe a formulação de uma teoria que o encaixe corretamente no sistema normativo, permitindo o raciocínio jurídico adequado em face dessa realidade. Considera-se que a prática jurídica processual consubstancia um ambiente discursivo em que prevalecem argumentos com pretensão de correção, isto é, tanto os que lançam pedidos quanto os responsáveis pelas decisões argumentam a respeito da melhor resposta ao problema jurídico formulado. No ângulo de visão de Dworkin, justifica-se a sinceridade na busca da correta (verdadeira) resposta ao caso, por meio da consideração de todos os elementos do sistema jurídico, que devem ser ordenados para constituir uma totalidade coerente. Revelado o modelo coerentista da teoria do direito como integridade, importa destacar o papel desempenhado pelos precedentes para a coerência global do ordenamento jurídico, o que se irá desenvolver no próximo tópico.

4.3 O precedente judicial como elemento necessário à coerência do sistema jurídico: da obediência hierárquica ao desafio da coerência; do fechamento algorítmico à consistência sistêmica

A abordagem epistemológica da prática jurisprudencial realizada neste estudo revela o intuito de apresentar um caminho racional para se considerar o produto do trabalho dos juízes e tribunais, com possibilidade de analisar a correção de seu resultado. Não há porque afastar-se a racionalidade da prática jurídica, relegando a pretensão de correção das respostas institucionais, com a suposição de não se poder superar a mera vontade do intérprete-aplicador em face da fluidez dos elementos normativos. Ao contrário, como visto, ainda que a natureza do elemento jurídico se diferencie ontologicamente dos objetos naturais, é possível uma abordagem objetiva (com controle intersubjetivo), sob o ponto de vista epistemológico. Isto é, respostas jurídicas podem ser derrotáveis, aplicando-se um raciocínio falibilista, por meio da crítica intersubjetiva²¹². Na visão de Dworkin, tendo o direito como integridade, a objetividade do conhecimento jurídico é sempre interna ao sistema, reconstruído em sua totalidade pelo intérprete a cada aplicação. Resta discorrer sobre o papel desempenhado pelos precedentes judiciais no sistema jurídico.

²¹² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 68.

Considera-se que a observância dos precedentes judiciais tem relevante valor para a busca da correção nas respostas aos problemas jurídicos, inclusive em países de tradição romano-germânica como é o caso do Brasil. Todavia, superado o positivismo exegético, com sua base fundacionalista de cunho axiomático, hierárquico e fechado, em uma lógica dedutiva linear, não se pode pretender que a justificativa para o respeito seja meramente formal, como a necessidade de obediência hierárquica ou o simples comando de um preceito legal. Em verdade, adotando-se nessa análise o modelo epistemológico coerentista, em especial, o que é imanente à teoria do direito como integridade tratada por Dworkin, deve-se ter como justificativa maior para a observância dos elementos jurisprudenciais a busca da coerência do sistema jurídico como um todo, a permitir maiores possibilidades de encontrar-se a resposta mais correta ao novo caso em julgamento. Note-se que a coerência é pressuposto da própria racionalidade da atividade jurídica, permitindo aferição de correção e crítica intersubjetiva.

Nesse sentido, o precedente judicial deve ser visto não como um modelo pronto e acabado de resposta institucional, apto a dispensar o julgamento posterior sobre causa semelhante, quando deveria ser apenas repetido para solucionar a questão, mas sim como mais um elemento normativo a ser considerado no âmbito da totalidade do ordenamento jurídico, reconstruído pelo intérprete-aplicador no julgamento do novo caso. Assim, deve-se sempre observar os precedentes judiciais. Entretanto, é imperioso seguir efetivamente o precedente quando ensejar a melhor forma de elevar a coerência do sistema jurídico, permitindo a obtenção da resposta mais correta aos problemas jurídicos formulados na nova causa. Com essa leitura, afasta-se também a pretensão de “coerência estrita”, que consistiria na mera repetição acrítica de decisões judiciais anteriores, permitindo a evolução do sistema jurídico em círculos mais alargados de coerência integral. Como leciona Neil Duxbury, os precedentes demandam do julgador tanto restrição quanto criatividade:

The doctrine of precedent entail both constraint and creativity. If precedentes bound absolutely, we have noted already, judges would have very little capacity and opportunity to develop the common law; but if judges could ignore precedentes completely, the doctrine would not exist in any meaningful sense²¹³.

O próprio Dworkin refere-se à necessidade de, por vezes, afastar-se de uma estrita linha de precedentes em favor da integridade, representando uma coerência mais ampla. Em

²¹³ Em livre tradução: “A doutrina do precedente implica tanto a restrição quanto a criatividade. Se precedentes vinculam absolutamente, já observamos, os juízes teriam pouca capacidade e oportunidade para desenvolver a *common law*; mas se os juízes pudessem ignorar os precedentes completamente, a doutrina não existiria em nenhum sentido significativo.” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 27.

um exemplo, lembrou que, por certo tempo, os magistrados ingleses entendiam que, conquanto os membros de outras profissões fossem responsáveis perante seus clientes em caso de dano por negligência, tal responsabilidade não se aplicava aos advogados. Todavia, em certo momento, a Câmara dos Lordes teria reduzido a exceção, deixando de lado a coerência estrita, representada pela necessidade de reproduzir-se a linha jurisprudencial precedente, em favor da integridade, que não admitia o tratamento favorecido a uma classe profissional, a não ser que devidamente justificada por princípio²¹⁴. A integridade, na teoria dworkiniana, apresentou-se nesse citado exemplo justamente com o abandono de um entendimento pretérito, pela busca de uma coerência de maior amplitude. Nesse sentido, Dworkin refere que a integridade incentivaria o julgador “a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental”²¹⁵.

De toda sorte, pontua-se que o afastamento de um precedente vinculante deve ser devidamente fundamentado, de forma a evidenciar que se destina a permitir uma imagem mais coerente do sistema jurídico como um todo. Por certo, em um Estado Democrático de Direito, o estabelecimento de um sistema coerente é necessário para evitar arbítrio, ou seja, a oscilação das respostas institucionais desprovida de razoabilidade. Desse modo, a integridade não permitiria a escolha de uma interpretação do direito em um dia, seguida de outra interpretação diferente logo em seguida, sem certa estabilidade e razoabilidade na manifestação dos atos estatais. Ainda que seja possível o afastamento do precedente judicial, há todo um ônus argumentativo de justificativa da busca da correção da resposta em uma coerência de maior amplitude. Note-se que a necessidade de evidenciar a coerência da decisão com o direito total anterior retira do juiz a visão positivista normal de que sua manifestação seria um mero ato de vontade, pois não lhe seria dado escolher livremente uma dentre as opções presentes na moldura hermenêutica de Kelsen, mas sim aplicar aquela opção mais coerente com o ordenamento em sua sistematicidade. Como visto acima, Hans Kelsen, ao tratar do sistema jurídico, coloca tanto o Legislativo quanto o Judiciário na linha de produção do direito, elevando o papel da vontade nesse mister. Todavia, não se pode olvidar que o ato do legislador diz respeito ao futuro, ou seja, aos fatos que ainda não ocorreram, pelo que sua liberdade criativa é exponencialmente maior. Ao contrário, o ato jurisdicional diz respeito a fatos já ocorridos, pelo que não se justifica a visão pragmática própria do realismo jurídico de livre criação judicial do direito nos casos difíceis. A nova decisão deve ser coerente com a

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 263.

²¹⁵ Ibid., 2014, p. 264.

história institucional, somente sendo possível o afastamento da linha jurisprudencial vinculante em favor de maior coerência, com a necessária fundamentação.

Conforme já referido anteriormente, mesmo com a vigência do novo Código de Processo Civil, exigindo a observância de precedentes judiciais, é necessário que haja uma teoria orientando essa aplicação, justamente para que o magistrado cumpra o objetivo de seguir o precedente e ainda esteja apto a, eventualmente, realizar uma distinção ou identificar que a tese jurídica da decisão anterior já se encontra superada. Considera-se que a teoria do direito como integridade de Dworkin, que encampa implicitamente o modelo epistemológico coerentista, apresenta um caminho viável à compreensão e à aplicação correta dos precedentes judiciais no Brasil. Com efeito, em uma atitude crítica, o direito como integridade observa o passado institucional não com temor hierárquico determinante de cega obediência e mera repetição (coerência estrita), mas com a pretensão de buscar-se a resposta correta (verdadeira) no âmbito do sistema jurídico como um todo, através do esforço em prol da coerência global. O precedente deixa de mostrar-se como a resposta prévia e definitiva, para apresentar-se como mais um elemento normativo a ser observado pelo julgador, em uma rede de relações verticais e horizontais que devem mostrar-se harmônicas.²¹⁶

²¹⁶ Para ilustrar como uma decisão pode mostra-se coerente a partir da relação harmônica não somente com os precedentes, mas também com outros elementos da ordem normativa, vale o exemplo trazido por Waleska Bertolini Vieira Mussalem, quando do estudo sobre a construção de decisões coerentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Ao analisar dois julgados em que se discutia a materialidade do crime de violação de direito autoral (Pirataria) tipificado no art. 184, § 2º, do Código Penal (REsp 1.485.832/MG e REsp 1.456.239/MG), quando ficou estabelecida a possibilidade de comprovação da materialidade delitiva a partir de laudo pericial realizado por amostragem no produto apreendido, além da dispensa de identificação dos titulares dos direitos autorais violados, verificou Mussalem que a fundamentação levou em conta não somente o disposto no art. 184 do Código Penal e os entendimentos doutrinários, mas também outros elementos da ordem normativa, como a Lei n. 9.610/98 e a Constituição Federal (art. 5º, XXVII), além de fontes jurisprudenciais. Tendo por referencial teórico o modelo de *ratio decidendi* de MacCormick, Waleska Mussalem nota que os julgados apresentaram coerência interna, tendo em vista que seus argumentos foram justificados por precedentes e tendo em vista a ordem normativa em um contexto geral. Ademais, a coerência dos julgados fora evidenciada com o contexto doutrinário e legal, podendo a solução ser universalizada. De outra parte, também em coerência com a linha de precedentes, foram editados os enunciados de súmula n. 502 (*Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas*) e 574 (*Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem*). Sobre o ponto, vejam-se as palavras da autora: “Assim, há elementos que sugerem que o resultado seja coerente. Note-se que o posicionamento jurídico dos ministros da Terceira Seção do STJ aproximou-se do entendimento dos ministros dos julgamentos anteriores, compatibilizando-se ainda com a legislação pertinente e com a doutrina favorável acerca da desnecessidade de identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de seus representantes para a configuração do crime de pirataria. Dessa forma, as regras anteriores restaram padronizadas, de forma universal, dentro do contexto da ordem jurídica existente.” MUSSALEM, Waleska B. V. **O superior tribunal de justiça e a construção de coerência nos direitos autorais: pirataria e ECAD**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017, p. 133-155.

De fato, não se pode deixar de destacar a importância do pensamento de Dworkin para o estudo aqui realizado, principalmente em conta da análise que promove sobre os precedentes no sistema jurídico da *common law*. Note-se que o ambiente jurídico utilizado por Dworkin para sua tese de resposta correta aos *hard cases* é o Direito americano, onde os precedentes judiciais há muito já exercem uma função de relevante importância, ainda que haja divergência doutrinária quanto à obrigação inafastável de seguir-se a orientação dos tribunais superiores, mesmo acreditando na sua incorreção. Como se sabe, para a “doutrina estrita”, os juízes estariam obrigados a seguir o precedente, conquanto considerem um erro ou equívoco; para a “doutrina atenuada”, haveria um peso no precedente, pelo que os julgadores deveriam seguir o entendimento anterior, como regra, a não ser que haja razões suficientes para mudar essa orientação, adotando posicionamento diferente²¹⁷.

Para solução de casos em que se argumenta com base em precedentes judiciais, Ronald Dworkin utiliza-se da conhecida metáfora do “romance em cadeia” (*chain novel*)²¹⁸, aduzindo que os juízes deveriam visualizar-se como se fossem um escritor e tivessem que dar continuidade a uma história já iniciada, de modo a manter a coerência do sistema de precedentes, e não a criar uma nova história que não tivesse relação coerente com a anterior. Esse recurso forçaria o julgador a encontrar um sentido coerente no sistema jurídico tomado em sua integralidade, e estaria vinculado umbilicalmente à tese da resposta correta, conforme análise de Giovanni Agostini Saavedra:

Para Dworkin, a interpretação deve ser feita em cadeia, como a ideia de um ‘romance em cadeia’. Esta forma de interpretação tem dois diferentes aspectos: (a) a dimensão de adequação: que consiste em avaliar, na aplicação de um princípio, seu peso no caso concreto em relação ao conjunto de normas existentes; e (b) de fundamentação: quando houver conflito de princípios, dever-se-á aplicar os que tenha por base uma teoria política que melhor justifique nossas práticas. Na prática, o juiz deveria fundamentar a sua sentença como um escritor escreve a sua trama. Um capítulo deve estar coordenado com o próximo. No caso, o juiz não poderia decidir sem levar em conta os capítulos anteriores (os precedentes), de forma que sua decisão estivesse coordenada com a ‘história’ dos tribunais. Essa analogia do crítico literário com o juiz do direito (*chain of law / chain novel*) está diretamente ligada com a sua tese da resposta certa (*right answer thesis*). Ele pretende demonstrar que, mesmo em casos difíceis (*hard cases*), há uma resposta certa.²¹⁹

²¹⁷ SAAVEDRA, Giovanni A. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 85.

²¹⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 275.

²¹⁹ SAAVEDRA, Giovanni A. Op. cit., 2006, p. 80.

Note-se que, para manter a coerência na prática jurídica como um todo, não se pode, por um lado, deixar de conhecer os precedentes judiciais vinculantes sobre o tema e, por outro, não se deve realizar uma aplicação mecânica do precedente judicial, sendo importante considerar os aspectos fáticos do caso concreto, bem como os novos elementos jurídicos que possam ter ingressado no ordenamento. Sobre o ponto, Maurício Ramires apresenta importante visão crítica quanto à aplicação de precedentes judiciais, à luz da teoria do direito como integridade. Para o citado autor, o precedente deve contribuir para a integração do direito. Na linha de Dworkin, entende Ramires que “a pesquisa pelos precedentes deve dar ao juiz um quadro da *totalidade da prática jurídica estabelecida até então*”, mas não pode transformar o magistrado em “boca da jurisprudência”²²⁰. Considera Ramires que, se houver a desconsideração indevida dos precedentes, ignorando o vínculo do novo caso com os precedentes, ocorreria a “desintegração” ou “fragmentação” do direito. Por outro lado, caso o intérprete-aplicador siga mecanicamente o precedente, deixando de analisar e considerar as peculiaridades relevantes do caso que justificariam uma distinção, haveria uma “hiperintegração” do direito, também com efeitos negativos para a prestação jurisdicional²²¹.

Nesse sentido, vale destacar como equivocada a visão de autores que, como Luiz Guilherme Marinoni, justificam a obrigação de seguir o precedente em face do poder hierárquico. Como já referido, não se pode tolher a liberdade e independência do juiz de análise integral do caso em face de todos os elementos normativos que constituem o ordenamento²²². Note-se que a ideia da hierarquia produz perplexidade no sistema, pois não permite justificar a observância do precedente pelo próprio órgão prolator (*stare decisis*). Assim, é que Marinoni considera que somente são precedentes vinculante os oriundos do

²²⁰ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104.

²²¹ *Ibid.*, 2010, p. 105.

²²² Nesse sentido, analisando o arquétipo de julgador idealizado por Dworkin, Vera Karam de Chueiri e Joanna Maria de Araújo Sampaio observam que não basta a mera repetição da norma contida no precedente, pois o intérprete-aplicador deve buscar o ajuste do novo caso com outros elementos normativos, tanto legais quanto constitucionais, além das decisões precedentes. Em suas palavras: “Não basta que Hércules utilize um precedente análogo ao caso que seja embasado num argumento de princípio. Hércules deve descobrir um esquema de princípios que se ajustam não só ao precedente específico, mas a todas as outras decisões da sua jurisdição e às disposições constitucionais e legislativas. Isso deve ocorrer, pois apesar do direito não ser uma teia íntegra de decisões, o demandante tem o direito a que um juiz o trate como se assim fosse. A justificação deve abranger tanto a ordenação vertical (que nos Estados Unidos seria: a estrutura constitucional, as decisões da Suprema Corte, as leis e as decisões dos tribunais), quanto a horizontal (que significa que as decisões de um nível devem ser consistentes com as outras decisões no mesmo nível).” CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC)**, Fortaleza, v. 32, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/379/361>> Acesso em: 12 nov. 2017.

²²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 291.

Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, com fundamento na previsão constitucional de que esses tribunais superiores têm a função de conferir unidade ao direito constitucional e infraconstitucional. Para o citado autor, os tribunais de apelação não firmariam precedentes, simplesmente porque “não é função sua atribuir sentido ao direito e dar-lhe desenvolvimento, mas resolver os litígios”²²³. O equívoco de Marinoni é claro. Não se aplica qualquer texto normativo, inclusive precedente, sem atribuição de sentido, que é inerente ao processo de interpretação-aplicação. Ademais, o próprio argumento formal de previsão normativa expressa justifica a vinculação aos precedentes dos Tribunais Regionais Federais e dos Estados (art. 927, V, CPC/2015).

Nessa mesma linha, Daniel Mitidiero também considera que a formação de precedentes seria tarefa exclusiva, no Brasil, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que denomina de “Cortes Supremas”, fazendo uma separação entre as atividades de resolver conflitos e de revelar decisões vinculantes. Para Mitidiero, “o ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes”²²⁴. As denominadas “Cortes Supremas” (STF e STJ), na visão de Mitidiero, seriam “parceiras do Poder Legislativo”, outorgando sentido adequado aos textos e aos elementos normativos não textuais da promoção da unidade da ordem jurídica²²⁵. Por outro lado, os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais não produziram precedentes, mas apenas jurisprudência²²⁶. Ao passo que o citado autor pretende elevar o Superior Tribunal de Justiça, outorgando-lhe título de Corte Suprema que não fora concedido pela Constituição Federal, nega aos Tribunais Regionais Federais e dos Estados a condição de cortes de precedentes. Essa visão não se sustenta, por ser meramente formal o conceito de precedente, ou seja, relacionado ao órgão prolator (*pedigree*). Observe-se, ademais, que na organização judiciária norte-americana, Estados-membros também possuem Cortes Supremas²²⁷, não se questionando o valor dos precedentes ali produzidos, mormente no âmbito do próprio Estado.

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 291.

²²⁴ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 37.

²²⁵ *Ibid.*, 2017, p. 75.

²²⁶ *Ibid.*, 2017, p. 133.

²²⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 66.

Nota-se que Marinoni e Mitidiero sacrificam sua teoria, com o intento de alegar que somente seriam precedentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. De fato, além de não haver base normativa para tal distinção, essa visão hierárquica levaria invariavelmente ao retorno às cortes de cassação de modelo francês pós-revolucionário, em um exegetismo renovado, como se a observância do precedente dispensasse a interpretação do órgão judiciário de aplicação. Seria mera substituição da segurança da lei pela segurança da jurisprudência (precedente). Há, sem dúvida, nessa postura teórica, uma simplificação do problema dos precedentes. A solução formal de concentrar teoricamente a formação dos precedentes no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, além de demonstrar uma tentativa de controle hierárquico pelas nominadas “Cortes Supremas”, já denunciada por Juraci Mourão Lopes Filho²²⁸, não resolve o problema do vínculo horizontal dos precedentes, nem da necessidade de os juízes seguirem a orientação de seus tribunais de segundo grau. O problema teórico não é resolvido, mas apenas negado com argumentos formais inconsistentes. Por certo, os precedentes oriundos dos tribunais superiores têm relevante função e devem ser observados pelas demais instâncias. A crítica tecida nestas linhas é em face da teoria que não justifica adequadamente a necessidade de observar os precedentes, obrigando seus defensores a negar fenômenos que não conseguem encaixar no seu modelo formal e fechado, isto é, os precedentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais²²⁹.

Como visto, neste trabalho, o que se pretende é destacar o fundamento epistemológico de justificativa da observância dos precedentes judiciais, através da matriz coerentista que se encontra inserida na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. Assim, deve haver o compromisso com a correção da decisão a ser tomada, que deve dar-se por meio da busca de coerência do sistema como um todo. A integridade exige que o órgão jurisdicional seja coerente também em face de suas próprias decisões (*stare decisis*), o que justifica a vinculação horizontal dos precedentes. Nesse sentido, as decisões dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais constituem precedentes para esses mesmos tribunais e para os juízes a eles vinculados, assim como, por questão de coerência, as decisões dos órgãos fracionários e inclusive dos juízes de primeiro grau constituem-se em precedentes

²²⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 74.

²²⁹ Alexandre Freitas Câmara reconhece a vinculação aos precedentes oriundos dos tribunais de segundo grau (TJs e TRFs), quando trata da tese firmada em resolução de demandas repetitivas. CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 442.

para esses mesmos órgãos prolatadores²³⁰, devendo ser consideradas nas novas decisões, a não ser que em confronto com precedentes de órgãos superiores. Isto é, os juízes de primeiro grau de jurisdição não estão livres para desconsiderar suas próprias decisões em casos pretéritos, oscilando a prestação jurisdicional sem compromisso com a coerência. Ao contrário, devem observar suas decisões precedentes, salvo se superadas pelos tribunais a que se vinculam, ou mediante fundada justificativa para alteração de entendimento, com grave ônus argumentativo.

Por certo, tem-se que a previsibilidade nunca pode ser absoluta, sendo a falibilidade característica não só das ciências humanas, mas também das ciências naturais. Note-se que o sistema jurídico, na visão coerentista não é fechado, nem há algoritmo capaz de determinar com precisão a resposta do caso futuro. O sistema é reconstruído a cada novo julgamento, apesar de ser possível a crítica intersubjetiva sobre o resultado da interpretação-aplicação. Assim, nessa linha, o precedente é uma resposta correta *prima facie*, sujeita a derrotabilidade (ou falsificação, na linguagem de Popper) em razão da necessidade de se considerarem diversos elementos normativos integrados no sistema. A reconstrução do sistema pelo intérprete-aplicador pode ensejar o afastamento do precedente, seja através da distinção (*distinguishing*), seja por meio da superação (*overruling*), seja em se considerando outros elementos normativos que modifiquem a compreensão do precedente. Todavia, a decisão deve ser fundamentada, isto é, tanto para seguir quanto para afastar-se de precedente, o magistrado deve analisar os fundamentos fáticos e normativos do caso, não apenas se referir ao julgado anterior. O próprio Código de Processo Civil, como se sabe, considera não fundamentada a decisão que “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” (art. 489, § 1º, V, CPC/2015). Portanto, inclusive para seguir o precedente é necessário fundamentar, ou seja, justificar as razões fático-jurídicas que ensejaram a repetição da mesma resposta institucional.

Essa observação corrobora a adequação do modelo de rede de sistematização cíclica (*network model of cyclic systematization*) à análise do sistema jurídico em geral, e do problema dos precedentes em particular. Note-se que a coerência no relacionamento dos

²³⁰ A vinculação aos próprios precedentes, por imperativo de coerência, pode ser observada também nas lições de José Rogério Cruz e Tucci: “É claro que o denominado autoprecedente, via de regra, também se impõe, interna corporis, como medida de coerência, além, é claro, da segurança jurídica que deve ser preservada pelos tribunais”. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 305.

elementos do sistema é que permite a aferição da verdade na investigação científica e, de forma análoga, a verificação da correção da resposta ao problema jurídico na teoria do direito como integridade de Dworkin. O precedente judicial, nessa perspectiva, seria visto como uma resposta *prima facie*, forte candidata a verdade (*promising truth-candidate*), mas que somente seria reconhecida como resposta efetivamente correta após novo processo de sistematização que revelasse a permanência de sua consistência com a totalidade dos elementos normativos do sistema jurídico, à semelhança do procedimento de pesquisa científica coerentista²³¹. É a interação e o melhor ajuste entre as ideias (elementos) que permite a aferição da verdade em um sistema coerentista, ao contrário da pretensão axiomática e hierárquica do fundacionalismo, que se sustenta em axiomas inquestionáveis.

Note-se que, nessa visão coerentista, o precedente ingressaria no sistema jurídico em um processo de retroalimentação (*feedback*), isto é, o sistema apresenta uma resposta (*output*) que retorna ao interior do próprio sistema como mais um dado (*input*) a ser considerado em novas respostas, em um movimento cíclico de sistematização²³². Por certo, o precedente volta ao ordenamento com certa força, mas permanece derrotável²³³ à luz da sistematização a ser procedida no novo julgamento, quando o intérprete-aplicador, na visão de Dworkin, reconstrói o sistema, buscando coerência de princípio. A força do precedente não decorre de uma suposta promulgação (*enactment force of precedente*), mas sim, como refere Ronald Dworkin, é uma “força gravitacional” vinculada aos argumentos de princípio que o

²³¹ RESCHER, Nicholas. **Epistemology**: An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 133.

²³² Sobre o processo de feedback na matriz coerentista, vejam-se as palavras de Nicholas Rescher: “*On the foundationalist approach nothing whatever that happens at the epistemically later stages of the analysis can possibly affect the starting point of basic truths, while on the coherentist approach there is a feed-back loop through which the data themselves can be conditioned by the outcome of a coherence analysis (in other contexts) and their status is subject to reevaluation in the light of new insights regarding their plausibility.*” Em livre tradução: “No enfoque fundacionalista, nada do que acontecer nos estágios epistemologicamente posteriores da análise pode afetar o ponto de partida das verdades básicas, enquanto que na abordagem coerentista há um ciclo de *feedback* através do qual os próprios dados podem ser condicionados pelo resultado de uma análise de coerência (em outros contextos) e seu *status* está sujeito a reavaliação à luz de novos conhecimentos quanto à sua plausibilidade.” RESCHER, Nicholas. **Epistemology**: An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 126.

²³³ Quanto à derrotabilidade dos precedentes, Neil Duxbury observa que os juízes não estariam vinculados às decisões anteriores no sentido idealizado pelos positivistas: “*Just as judges are not bound by precedents in the classical positivist sense, so too arguments which support following judicial precedent are never water-tight. The reasons for following precedents, we might say, are, like precedents themselves, always defeasible.*” Em livre tradução: “Assim como os juízes não estão vinculados por precedentes no sentido positivista clássico, também os argumentos que sustentam a observação de precedentes judiciais nunca são estanques. Os motivos para seguir precedentes, podemos dizer, são, como os próprios precedentes, sempre, derrotáveis.” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 30.

justifica, um atrativo que enseja em seu favor para as novas decisões judiciais, todavia, superável no âmbito do processo interpretativo-aplicativo²³⁴.

Note-se que a noção de retroalimentação supracitada é bastante comum na epistemologia, quando se considera o paradigma sistêmico, especialmente em face da nova visão que substitui a simplicidade, estabilidade e objetividade da ciência tradicional pela complexidade, instabilidade e intersubjetividade inerentes à abordagem sistemática. Segundo esclarece Maria José Esteves de Vasconcellos, para a Cibernética, o *feedback*, também denominado retroalimentação ou retroação, permite que, enquanto funciona, o sistema seja informado de seus resultados e efeitos, pois “uma parte do resultado (*output*) é enviada, como informação (*input*), para a entrada do sistema, constituindo o que se chama de *alça de retroação* ou *circuito de retroação* ou *ciclo de retroação*”²³⁵, podendo ensejar tanto a autorregulação quanto efetiva mudança, inclusive em sistemas sociais²³⁶. Seguindo essa linha analógica, se o Legislativo realiza mudança estrutural no sistema jurídico, o faz com fundamento político e partindo do âmbito externo. Por outro lado, a mudança promovida pelo precedente seria interna ao sistema jurídico, em processo de retroalimentação (*feedback*) que insere no ordenamento novos sentidos deontológicos plasmados nas decisões judiciais, as quais não podem ser desconsideradas pelo próprio órgão prolator nem pelos órgãos de jurisdição a ele inferiores.

Importa notar que as etapas da interpretação criativa referida por Ronald Dworkin reproduzem, em certa maneira, a mesma circularidade que o programa coerentista identifica no âmbito científico como rede de sistematização cíclica, embora o citado autor a diferencie da interpretação científica²³⁷. Note-se que, na etapa pré-interpretativa, apenas se identificam regras e padrões, ou seja, os dados utilizados na prática. De outra parte, na etapa interpretativa, o intérprete busca encontrar a justificativa geral para os principais elementos identificados na etapa anterior. Em seguida, na etapa pós-interpretativa, o intérprete ajusta sua ideia do que a prática requer para que melhor sirva à justificativa encontrada na etapa anterior, podendo gerar reformulação da própria prática²³⁸. Observe-se que eventual modificação deve

²³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 174-177.

²³⁵ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. 10. ed. rev. e atual. Campinas: Papirus, 2013, p. 219.

²³⁶ *Ibid.*, 2013, p. 226.

²³⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 61.

²³⁸ *Ibid.*, 2014, p. 81-82.

dar-se em face da coerência com a justificativa de princípio identificada na segunda etapa do processo. Esse momento pós-interpretativo de mudança é que, na visão de Juan Manuel Pérez Bermejo, pode gerar um precedente ou direito, que ingressando no sistema jurídico, passa a ser identificado na fase pré-interpretativa e a gerar novos processos em busca de coerência. Vejam-se as palavras do citado autor:

Finalmente, los estadios pre, post e interpretativo describen un círculo de coherencia o un equilibrio reflexivo semejante al de RAWLS, y ello porque todo el proceso de interpretación cierra un equilibrio entre las tradiciones pre-interpretativas y las necesidades de justificación global y de reforma de la práctica presentes en el estadio post-interpretativo. Por este equilibrio se establecen puntos necesarios entre las tres etapas. Así, la fase pre-interpretativa presupone un consenso interpretativo previo; adentrarse en la fase interpretativa puede imponer saltos pre-interpretativos: por ejemplo, la espiral en círculos concéntricos puede conducirnos a la Constitución, y la identidad de ésta es conocida de forma pre-interpretativa. Por último, la solución reformadora de la fase post-interpretativa genera un precedente o derecho aplicable a casos similares que, con el tiempo, puede ser el origen de un principio estable e incluso de un consenso pre-interpretativo que reabrirá otro capítulo de la novela en cadena. El punto final con el que hoy imponemos coherencia en nuestro sistema constituirá mañana el punto de partida problemático, sometido al mismo juicio de armonía y concordancia con el resto de elementos²³⁹.

Nessa análise, observa-se que o precedente não se torna um ponto fixo e imutável semelhante a um axioma do sistema fundacionalista que inadmite desafio. Ao contrário, o precedente retorna ao sistema jurídico como mais um elemento a ser considerado em novas interpretações, podendo ser eventualmente derrotado. A função do precedente é contribuir para a coerência do ordenamento jurídico como um todo, e o intérprete-aplicador deve ter esse objetivo em mente, seguir as decisões anteriores na medida em que contribuem para a consistência sistêmica. Assim, o juiz não deve se sentir compelido a seguir apenas os precedentes dos tribunais superiores, sendo livre para mostrar-se incoerente em face de suas próprias decisões. Não se pode pretender repetir no âmbito jurisprudencial o mesmo equívoco que o positivismo cometeu quanto à interpretação das normas jurídicas, estabelecendo uma regra algorítmica de validade meramente formal, isto é, fundada na origem da sua emanção (*pedigree*), como pretendeu Hart em sua “regra de reconhecimento”, já criticada por Dworkin. O magistrado deve observar seus próprios precedentes, por questão de coerência e busca da melhor resposta ao problema jurídico.

Com a teoria do direito como integridade, em uma prática interpretativo-argumentativa, a ciência do direito assume, em Dworkin, ainda que implicitamente, um

²³⁹ BERMEJO, Juan Manuel Pérez. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 186-187.

modelo epistemológico coerentista. Por esse prisma, a verdade ou correção de enunciados normativos pode ser aferida no âmbito interno ao sistema, a partir da coerência global dos elementos que o constituem. Ou seja, em um procedimento sempre aberto à derrotabilidade, o intérprete-aplicador busca a coerência do enunciado inerente à nova resposta com a totalidade do conhecimento jurídico ainda estável por não falsificado. Assim, como visto, o precedente apresenta-se como uma resposta *prima facie*, uma possibilidade de resposta institucional que deve contribuir para a coerência da ordem normativa, mas que pode ser afastada após tudo considerado.

Partindo-se dessa premissa de racionalidade na prática jurídica, tem-se que o precedente judicial deve ser tratado de forma a elevar o nível de controlabilidade racional das decisões, ao passo que auxilie na construção da melhor resposta aos problemas jurídicos, aferível pelo critério da coerência. Em outras palavras, o precedente seria mais um elemento do sistema jurídico, não se mostrando correto falar em um “sistema de precedentes”, mas sim em um sistema jurídico onde se respeitam os precedentes judiciais. Na verdade, os precedentes são elementos que devem elevar a coerência do sistema jurídico, evitando as contradições e permitindo aferição de plausibilidade.

5 A OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Delineada a base teórico-científica de sustentação do uso dos precedentes judiciais, deve-se analisar o tema à luz do ordenamento jurídico nacional. Assim, passa-se nesse capítulo do estudo a analisar alguns aspectos relacionados ao uso dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, mantendo-se o paradigma teórico coerentista que foi debatido no tópico anterior. Registra-se, entretanto, que a análise de dará em aspectos mais gerais do tema, de acordo com a proposta da pesquisa e seus limites próprios, sendo inviável neste momento pretender ingressar em detalhes e especificidades de todos os institutos relacionados aos precedentes judiciais, o que demanda vários outros estudos específicos. Assim, serão abordados conceitos gerais dos precedentes e os aspectos mais importantes do regramento da matéria no novo Código de Processo Civil.

5.1 O conceito de precedente judicial vinculante adequado à coerência do sistema jurídico brasileiro: diferenciando e aproximando precedente, jurisprudência e súmula

As construções teóricas somente se justificam se permitirem um ganho de qualidade na compreensão de determinado aspecto da realidade, possibilitando ao ser humano melhor caminho para atingir os objetivos práticos que se coloca. Por certo, não há como utilizar consciente e adequadamente aquilo que se desconhece, o que explica os empreendimentos teóricos contínuos tanto nas ciências naturais quanto nas humanas. No caso do Direito, todavia, como se trata de realidade institucional, vinculada de forma imanente à compreensão daqueles que a estudam, a própria construção teórica, quando aplicada, tem o condão de alterar a realidade (natureza) de determinado instituto. Ou seja, há uma imbricação de tal sorte entre a academia e a prática do Direito que a teoria acaba não apenas permitindo compreender ou descrever seu objeto de estudo, mas também contribuindo para a constituição do próprio objeto. Essencial, portanto, que os conceitos sejam adequados à teoria desenvolvida, evidenciando-se as implicações práticas de sua utilização.

No presente estudo, torna-se necessário debater o correto (ou mais adequado) conceito de precedente judicial para o sistema jurídico brasileiro, inclusive visando a delimitar os pontos distintivos e aproximativos de outros termos correlatos, como jurisprudência e súmula, os quais são de uso corrente na prática jurídica nacional, como elementos orientadores de novas decisões judiciais. Mostram-se importantes essas delimitações

conceituais para guiar a aplicação do precedente vinculante, a partir da teoria que se propõe. Com efeito, neste trabalho, tendo em vista o corte epistemológico pretendido para analisar a função do precedente judicial na fundamentação de novos julgados, a partir da substituição de um viés fundacionalista por um modelo coerentista de ordenamento jurídico, o conceito de precedente deve ser compatível com essa perspectiva. Ainda, também os traços característicos dos conceitos de jurisprudência e súmula devem ser lidos sob esse prisma epistemológico.

Como visto nas etapas antecedentes do estudo, o coerentismo, enquanto modelo científico de autenticação do conhecimento, pressupõe uma vinculação harmônica e em rede das ideias inerentes a determinado aspecto da realidade, não somente mediante inferências verticais, mas também horizontais. Aplicando-se analogicamente esse modelo idealizado na teoria do conhecimento ao sistema jurídico, pode-se pensar na coerência de um enunciado com a totalidade do ordenamento como um critério racional e intersubjetivamente compartilhável apto a aferir a sua correção. O que, no âmbito científico, pode determinar a verossimilhança de um enunciado, na prática jurídica, poderia ser adequado a permitir a crítica racional sobre a correção de determinada resposta do sistema que seja compatível com o referido enunciado. Tendo-se em conta que uma proposição teórica verdadeira, em determinado campo científico, permite a ação correta na prática a ela correspondente, tem-se o caminho para aferir a correção de determinado julgado, a partir da análise crítica da coerência do enunciado normativo que o determina com o restante do ordenamento jurídico. A chave para essa análise é, tanto no campo epistemológico, segundo Rescher, quanto no âmbito jurídico, na visão de Dworkin, a coerência. Na mesma linha, conforme destacam Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski e Alfonso Ruiz Miguel, a busca de atribuir coerência ao sistema jurídico, mostra-se imprescindível para a racionalidade ordem jurídica, assim como é condição de possibilidade de um discurso jurídico racional. Nas palavras dos citados autores:

Given that (or so far as) we are here dealing with characterized by an adherence to the ideology and the practice of 'rational' legal order in the sense proposed by Max Weber (1967), we can indeed say that coherence in interpretation of particular provisions over many cases, and interpretative practices aimed at securing an overall coherence of the legal system, are absolutely fundamental to them. Coherence in both senses is of the very essence of the rational legal order, just as it is definitive for the idea of a rational legal discourse. It is not surprising that, in all the systems studied, the value of coherence of law is one key element in the locally understood rationale for the practice of treating precedente as binding in whatever is the particular sense or senses locally ascribed to its bindingness (or, more generally, its normative force). This is

*understandable as an independent rationale for precedent, rooted in the very character of the rational argumentation essential for rational legal order*¹.

Nessa linha de raciocínio, tendo suporte na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, que segue um modelo epistemológico coerentista, a objetividade e a correção das respostas jurídicas devem ser aferidas a cada aplicação, momento em que o intérprete-aplicador “reconstrói” (ou deveria reconstruir) o sistema jurídico, verificando a compatibilidade da nova resposta com a totalidade do ordenamento. É a maior ou menor coerência da nova resposta com o sistema jurídico como um todo que fornece o parâmetro para a decisão. Note-se que não se trata de escolha discricionária, como tem por certo o positivismo jurídico de Kelsen e de Hart, ambos com estrutura fundacionalista. Ao aplicador não seria legítimo escolher livremente entre uma ou outra resposta possível, mas sim buscar a que se mostre mais adequada à coerência total do sistema. Nesse processo, o precedente judicial é apenas mais um dos elementos de ordem normativa a ser considerado, em conjunto com as disposições legais e constitucionais pertinentes. Assim, afasta-se a pretensão de que o precedente dite automaticamente a resposta ao problema futuro, sendo apenas reproduzido no novo julgado. O precedente não é lido de forma isolada, mas sempre integrado aos outros elementos normativos e à luz dos fatos concretos que animam a mais recente demanda². É,

¹ Em tradução livre: “Dado que (ou até agora) estamos aqui lidando com uma adesão à ideologia e à prática da ordem jurídica ‘racional’ no sentido proposto por Max Weber (1967), podemos dizer que a coerência na interpretação de disposições particulares sobre muitos casos e práticas interpretativas destinadas a assegurar uma coerência geral do sistema jurídico, são absolutamente fundamentais. A coerência em ambos os sentidos é a própria essência da ordem jurídica racional, assim como é definitiva para a ideia de um discurso jurídico racional. Não é surpreendente que, em todos os sistemas estudados, o valor da coerência da lei é um elemento-chave na lógica localmente entendida da prática de tratar precedente como vinculante, em qualquer sentido particular ou sentidos localmente atribuídos à sua vinculação (ou, mais genericamente, sua força normativa). Isso é compreendido como uma fundamentação independente para o precedente, enraizada no próprio caráter da argumentação racional essencial para a ordem jurídica racional.” BANKOWSKI, Zenon; MacCORMICK, D. Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 487.

² Em um exemplo simples, pode-se pensar no teor da Súmula Vinculante n. 52: “Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, ‘c’, da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas”. Note-se que, mesmo sendo clara a tese jurídica firmada, e já decorrente da conversão da Súmula n. 724, não se pode pensar que a análise de uma demanda questionando o lançamento tributário com base em tal verbete exclui em absoluto o papel interpretativo da norma pelo magistrado. De fato, alguns elementos definidores da normatividade permanecem abertos à interpretação, como, por exemplo, a definição de atividades essenciais dos partidos políticos e suas fundações, entidades sindicais dos trabalhadores, instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos. O enunciado, sem dúvida, pode contribuir para a redução da insegurança jurídica e do número de processos, mas não substitui o texto constitucional nem elimina a necessidade de interpretação dos fatos e do direito pelo julgador de primeira instância. Deve-se notar que, na decisão do Supremo Tribunal Federal, restaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, que rejeitavam a edição do enunciado. Para o Ministro Dias Toffoli permaneceriam dúvidas sobre elementos condicionantes para a incidência da tese. Segundo o entendeu o Ministro Dias Toffoli: “Não cessarão as controvérsias, apenas se mudarão o foco da discussão e o meio processual mediante o qual a discussão será submetida ao crivo desta Corte”.

portanto, uma solução *prima facie*, uma “verdade provisória”, mas que pode ser plenamente derrotável no processo de aplicação.

Mormente em razão do destaque dado ao tema dos precedentes judiciais pelo novo Código de Processo Civil, alargaram-se os estudos a seu respeito, sendo um ponto chave da compreensão dessa realidade a definição de sua própria natureza. Tratando da matéria em análise, entendem Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira que o precedente, em sentido lato, seria a própria decisão judicial relativa a um caso concreto, da qual se poderia extrair um “elemento normativo” a ser tomado como diretriz para decisões sobre casos semelhantes. Por outro lado, em sentido estrito, o precedente seria “a própria *ratio decidendi*”, ou seja, a *holding* ou tese jurídica que fundamenta a decisão³. Consideram os citados autores que, ao decidir determinado caso, o juiz criaria ou reconstruiria duas normas jurídicas: uma de caráter individual, relativa à solução da lide específica; outra de caráter geral, concernente à conformação dos fatos ao direito positivo, que seria a tese jurídica ou *ratio decidendi*, a qual se desprenderia da situação específica, podendo ser aplicada a outros casos semelhantes⁴.

Continuam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira aduzindo que o precedente, enquanto *ratio decidendi*, tese jurídica ou *holding*, seria encontrável na fundamentação da decisão anterior, sendo uma regra universalizável que se extrairia por indução. Vejam-se suas palavras:

Assim, as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada. Só se pode considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada⁵.

Luiz Guilherme Marinoni, por seu turno, defende o sistema de respeito aos precedentes para racionalização do sistema de justiça, garantindo-se igualdade e segurança jurídica⁶. Considera que a evolução da teoria da interpretação jurídica, marcada pela distinção entre texto e norma, afastaria a crença em um sentido implícito no texto legal, a ser apenas declarado pelo intérprete por meio de enunciados sujeitos à análise quanto à veracidade ou

³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 455.

⁴ Ibid., 2016, p. 456

⁵ Ibid., 2016, p. 460.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 83.

falsidade⁷. Em sendo função do intérprete-aplicador a atribuição de sentido aos textos normativos, para o autor, seria o precedente que poderia dar unidade ao direito, promovendo a uniformidade de interpretação. Destaca Marinoni a importância das cortes superiores na elaboração dos precedentes. Observe-se parte de seu texto:

Entretanto, quando a decisão da Corte *atribui sentido* ao direito – porque se acredita na dissociação entre texto e norma –, outorga-se unidade ao direito com a elaboração do precedente. Proclamar a interpretação mediante precedente e, assim, garantir a unidade do direito, é a função da Corte Suprema, o que quer dizer que a “uniformidade da interpretação” não pode mais ser meio de controle da legalidade, devendo ser vista como sinônimo de “unidade do direito”. Na verdade, de tutela da igualdade, na medida em que a interpretação não é mais método para a revelação da norma contida na lei, porém instrumento para elaboração do seu significado. A corte de vértice, portanto, só pode ser vista como Corte de Interpretação que, ao atribuir significado ao direito, por mera consequência garante a igualdade perante o direito⁸.

Vale notar que, para Marinoni, a previsibilidade e a igualdade seriam decorrência da unidade do direito, obtida somente mediante um sistema de precedentes vinculantes. Todavia, como acima já exposto, citado autor tem uma visão bastante restritiva com relação aos precedentes, considerando que, no Brasil, estes somente seriam fruto dos julgamentos oriundos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que denomina de Cortes Supremas. Nessa perspectiva, seria da “Corte Suprema a função de outorga de unidade ao direito, vale dizer, a função de definição do sentido adequado do texto legal diante de determinadas circunstâncias de fato e num determinado momento histórico”⁹. A crítica que se lança aqui é concernente ao extremo foco no modelo hierárquico, como se a atividade de interpretação fosse encerrada nos Tribunais Superiores, restando aos Tribunais de segundo grau e aos juízes apenas a aplicação do direito já previamente interpretado. Ora, ao aplicar o precedente, tanto os Tribunais de Justiça quanto os Tribunais Regionais Federais e os juízos monocráticos respectivos terão necessariamente que o interpretar, em conjunto com os demais elementos normativos do sistema, não cabendo pensar na sua aplicação mecânica e imediata. Note-se que Marinoni, em outro momento, destaca que os precedentes não se confundem com a própria lei, sendo algo autônomo em relação a ela, integrando a ordem jurídica mais ampla, ao lado das normas legais. Essa afirmação corrobora a tese defendida neste trabalho, de que o precedente é um elemento que deve ser interpretado em conjunto com os demais elementos normativos do sistema. Veja-se o texto de Marinoni:

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 77.

⁸ *Ibid.*, 2016, p. 78.

⁹ *Id.* **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 18.

A previsibilidade, a igualdade e outras consequências, no entanto, derivam da unidade do direito, ou seja, da instituição de um precedente dotado de autoridade. O precedente revela algo que é autônomo diante da lei, que dela não é mera consequência lógica. Fundamentos que explicam o sentido outorgado ao texto da lei, a declaração da sua validade ou invalidade, ou ainda a admissão da validade de determinada interpretação em detrimento de outra, certamente constituem algo que se insere numa ordem jurídica de maior amplitude, integrada pelas leis e pelos precedentes judiciais¹⁰.

Ao tratar da denominada “quebra da moldura paradigmática” de distinção entre as duas tradições jurídicas ocidentais, Hermes Zaneti Jr. considera que, em razão da evolução do direito, não haveria mais sentido em afirmar a separação estanque entre *common law* e *civil law*, entendendo serem tanto a lei quanto a jurisprudência fontes formais do direito, e que a diferença seria “mais no estilo do que na finalidade das normas-estatuto e das normas-jurisprudência”¹¹. Segundo entende Zaneti Jr., a teoria dos precedentes procuraria conferir racionalidade ao sistema, e os precedentes seriam “regras formadas racionalmente, com pretensão de universalização”¹², ou, ainda, “o resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”, sendo que, quando “da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como o *core* do precedente”¹³.

Importa notar que, para Zaneti Jr., como de resto ocorre nos demais autores estudados, precedente não se confunde com jurisprudência e nem toda decisão judicial configuraria precedente, mas somente aquela decisão que agregasse novos elementos com conteúdo relevante e potencialmente geradora de efeitos jurídico-normativos para o futuro. Destaque-se parte de seu texto:

Serão precedentes apenas aqueles casos que constituírem acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para solução de questões jurídicas. Neste último caso, quando o precedente aplicar a lei sem acrescentar conteúdo relevante, a vinculação decorrerá diretamente da lei. Nem toda decisão, portanto, será um precedente. Por tais razões, os precedentes devem ser tratados como norma – fonte do direito primária e vinculante – não se confundindo com o conceito de jurisprudência ou de decisão. Isso ocorre seja pela natureza distinta do direito jurisprudencial (reiteradas decisões dos tribunais que *exemplificam* o sentido provável de decisão, sem caráter obrigatório e vinculante), seja porque não se podem confundir precedentes com decisões de mera aplicação de lei ou de reafirmação de casos-precedentes¹⁴.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 103.

¹¹ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 98.

¹² *Ibid.*, 2016, p. 302.

¹³ *Ibid.*, 2016, p. 304.

¹⁴ *Ibid.*, 2016, p. 308-309.

Na mesma linha da necessidade de acréscimo relevante levado a efeito pela decisão judicial para ser considerada precedente, parece seguir Juraci Mourão Lopes Filho. Para referido autor, que estruturou uma teoria sobre os precedentes judiciais com base na Hermenêutica Filosófica de Gadamer, na ideia de direito como integridade de Dworkin e no modelo de sistema coerentista, o precedente seria uma decisão judicial que acrescenta sentido, na mediação entre o texto normativo e a realidade. Em suas palavras:

Precedente, portanto, é uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais), seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou ainda avançando sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais. Essa resposta é identificada em função não só dos elementos de fato (abstratos ou concretos) e de direito (em suas múltiplas influências) considerados no julgamento e obtidos da análise da motivação apresentada, mas também dos elementos amplos que atuaram no jogo de-e-para do círculo hermenêutico e que integram as razões subjacentes do julgamento. Essa resposta comporá a tradição institucional do Judiciário merecendo consideração no futuro, inclusive por tribunais superiores, pois mesmo os escalões mais elevados não podem ignorar os outros elos do sistema em rede que formam. Sua utilidade na ordem jurídica é, adicionalmente, funcional, pois elide o desenvolvimento de outras decisões a partir de um grau zero, evitando subjetivismos, economizando tempo e garantindo uma igualdade de tratamento entre casos substancialmente iguais¹⁵.

A referência aos autores supracitados é importante para delinear as características consideradas essenciais do precedente. Em sentido lato, como referem Didier Jr., Braga e Oliveira, tem-se o precedente como uma “decisão judicial relativa a um caso concreto” ou, como prefere Lopes Filho, “uma resposta institucional a um caso”. Essa decisão/resposta revela (ou contém) um “elemento normativo”, que se pode inferir a partir da *ratio decidendi*, *holding* ou tese jurídica encapada no julgado, o qual se torna apto a guiar a solução de casos semelhantes no futuro. Note-se que o precedente deve agregar novo conteúdo relevante, a exemplo de glosas a textos normativos, como entende Zaneti Jr., ou “ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais)”, nas palavras de Lopes Filho. Ademais, mesmo que meramente interpretativo de textos legais e constitucionais, como geralmente ocorre nos sistemas da tradição romano-germânica, o precedente revelaria “algo que é autônomo diante da lei”, como bem afirma Marinoni, integrando uma ordem normativa mais ampla. Em resumo, o precedente é uma decisão judicial (resposta do sistema jurídico) cuja tese jurídica fundamental (*ratio decidendi* ou *holding*) representa um acréscimo de conteúdo ao ordenamento normativo, que deve ser considerado nos julgamentos dos casos semelhantes no futuro.

¹⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 275.

Observe-se que, na linha do defendido neste estudo, o precedente judicial representa uma decisão tomada como solução para um determinado caso concreto, da qual se infere um elemento normativo que passa a integrar a própria ordem jurídica, servindo de paradigma para novas decisões sobre casos futuros da mesma natureza. Pode-se perceber, portanto, o processo de retorno de uma resposta (*output*) ao interior do próprio sistema (jurídico) que a produziu, agora como informação (*input*) capaz de influenciar as novas respostas desse mesmo sistema. De fato, a decisão precedente é uma resposta (institucional) do sistema jurídico reinserta no ordenamento por um processo de *feedback*, passando a servir como um modelo de resposta, ainda que provisória e derrotável, a novos julgados semelhantes. Como elemento de ordem normativa, ao lado das leis e da Constituição, o precedente deve ser observado nos novos julgamentos, mas com o fim de contribuir para a coerência do sistema jurídico, favorecendo a correção nas novas respostas. Observe-se que, em Ronald Dworkin, o julgador ideal (Hércules) deveria construir um “esquema de princípios” fornecedores de justificação coerente não somente para todos os precedentes do direito costumeiro, mas também para as normas legais e constitucionais¹⁶.

No âmbito desse processo de retroalimentação, é que se pode falar da constituição de uma “tradição” do Poder Judiciário, o qual se torna, por coerência, obrigado a universalizar o princípio jurídico adotado em um caso concreto para todos os demais. Serve, assim, não somente para introduzir um modelo decisional a ser reproduzido, como também para corrigir os rumos das eventuais soluções equivocadas. De fato, se o sistema judiciário observa, analisa e passa a considerar suas próprias respostas passadas nos casos seguintes, eleva-se o grau de responsabilidade das decisões proferidas, pois uma resposta institucional em um determinado sentido enseja a legítima expectativa de que, *a priori*, em outro caso semelhante, a mesma resposta será dada. Todavia, como visto, o precedente não determina obrigatoriamente a decisão futura, pois permanece como uma resposta derrotável, à luz da melhor coerência que se deve buscar na análise do sistema jurídico como um todo.

Nessa forma dinâmica de observar os precedentes judiciais, tem-se que o sistema produziria decisões que passariam a gerar efeitos normativos no interior do próprio ordenamento, servindo de parâmetro provisório para novas decisões sobre casos semelhantes. O produto do sistema (*output*) retorna como elemento normativo integrante do próprio sistema (*input*), estabelecendo um modelo de resposta para problemas jurídicos que se refiram a fatos

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 182.

materialmente semelhantes. Não obstante, a resposta instituída com o precedente pode não se mostrar adequada no futuro, quando da busca da melhor resposta ao problema tendo em conta o paradigma coerentista, que demanda a maior harmonia total dos elementos normativos que o constituem. Como já referido, a tese desenvolvida neste estudo, com base no modelo epistemológico coerentista subjacente à teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, a principal justificativa para observar o precedente judicial é a busca da coerência do sistema jurídico, que pode fornecer parâmetro para encontrar a resposta mais correta ao problema jurídico. Com efeito, no viés epistemológico debatido neste estudo, a coerência pode ser tomada como critério de aferição da verdade no âmbito da ciência e, analogicamente, utilizada para aferir a melhor resposta aos problemas inerentes ao sistema jurídico.

Vale destacar importante estudo empreendido por Melvin Aron Eisenberg no qual explicita o uso da coerência para crítica e avaliação das respostas jurídicas no âmbito da *common law*. Segundo entende Eisenberg, os tribunais teriam duas funções sociais primordiais: a primeira seria inerente à resolução de disputas; a segunda seria enriquecer o fornecimento de regras jurídicas (*enrichment of the supply of legal rules*), que se relacionaria à teoria dos precedentes vinculantes¹⁷. Por outro lado, para referido autor, é possível identificar dois modelos de *common law*, os quais se diferenciam em razão dos padrões que buscam atender na interação entre proposições sociais e doutrinárias. O primeiro modelo, denominado Modelo de Dupla Coerência (*Model of Double Coherence*), visaria a atender a dois ideais relacionados às proposições sociais, que seriam: Congruência Social e Consistência Sistêmica (*Social Congruence and Systemic Consistency*)¹⁸. Já o segundo modelo de *common law*, dando também importância à estabilidade das proposições doutrinárias ao lado das sociais, foi denominado por Eisenberg como Modelo do Mundo Real (*Real-World Model of the Common Law*)¹⁹.

No âmbito do Modelo de Dupla Coerência, o ideal de Congruência Social promove a legitimidade do ordenamento jurídico em face da sociedade a que pertence, ao evidenciar que as normas jurídicas são coerentes com os padrões éticos naquele contexto social, acoplando-se adequadamente, portanto, às legítimas expectativas gerais dos jurisdicionados. Nesse sentido, esse específico ideal atua no plano mais alargado de coerência do sistema jurídico, justamente no espaço de inter-relacionamento com o contexto social a

¹⁷ EISENBERG, Melvin A. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 04.

¹⁸ *Ibid.*, 1988, p. 43-44.

¹⁹ *Ibid.*, 1988, p. 47.

que refere, isto é, onde se devem conectar os princípios jurídicos com as expectativas éticas gerais da comunidade. Permite, assim, aferir a correção de determinada solução jurídica em face da maior ou menor coerência com as expectativas de conduta ética naquele contexto social, demonstrando a presença ou ausência de racionalidade substancial²⁰. Nesse sentido, entende Francisco Gérson Marques de Lima que o distanciamento de uma decisão judicial dos valores de determinada sociedade atua negativamente no plano da legitimidade. Para o citado autor, “os valores da sociedade mudam, apesar de, muitas vezes, não serem acompanhados pela alteração de lei vetusta”, sendo necessário que o magistrado esteja “sintonizado com a efervescência social”²¹. De outra parte, a Consistência Sistêmica é um ideal vinculado à racionalidade formal, consubstanciando a ideia de que as normas jurídicas devem constituir um corpo de elementos consistentes entre si, ou seja, um sistema coerente. Segundo Eisenberg, a Consistência Sistêmica é que promoveria a previsibilidade e uniformidade, alavancando a legitimidade do direito²².

Note-se que o Modelo de Dupla Coerência, descrito por Eisenberg, evidencia uma metodologia coerentista de verificação de correção de respostas do sistema jurídico, compatível em larga medida com a ideia de resposta correta em direito trabalhada por Dworkin e discutida no curso deste estudo. Nessa proposta de análise coerentista do sistema jurídico, o precedente judicial seria mais um elemento normativo destinado a conduzir coerência ao ordenamento como um todo. Seria o precedente uma resposta a determinado problema jurídico que, enriquecendo o sistema jurídico, revelaria em si mesma uma regra de

²⁰ Sobre o ponto, vale observar as palavras de Eisenberg: “*The first ideal is that the body of rules that make up the law should correspond to the body of legal rules that one would arrive at by giving appropriate weight to all applicable social propositions and making the best choices where such propositions collide. Attainment of this ideal helps assure that disputes will be resolved under, and law will be based upon, the society’s prevailing standards; harmonizes legal outcomes with the reasonable expectations of private actors; and furthers the legitimacy of the law by demonstrating its substantive rationality. Call this the ideal of social congruence.*” Em tradução livre: “O primeiro ideal é que o conjunto de regras que compõem a lei deve corresponder ao conjunto de regras legais a que se poderia chegar ao dar o peso adequado a todas as proposições sociais aplicáveis e fazer as melhores escolhas onde tais proposições colidem. A obtenção deste ideal ajuda a garantir que as disputas serão resolvidas sob a lei e que a lei será baseada nos padrões vigentes da sociedade; harmoniza os resultados legais com as expectativas razoáveis dos atores privados; e promove a legitimidade da lei por demonstrar ser uma racionalidade substantiva. Chama-se a isso de ideal de congruência social.” EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 44.

²¹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O supremo tribunal federal na crise institucional brasileira**: estudo de casos – abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110.

²² Registrem-se as palavras de Eisenberg: “*The second ideal is that all the rules that mak up the body of the law should be consistent with on another. Attainment of this ideal promotes predictability and evenhandedness and furthers the legitimacy of tha law by demonstrating its formal racionality. Call this the ideal of systemic consistency.*” Em livre tradução: “O segundo ideal é que todas as regras que fazem o corpo da lei devem ser consistentes umas com as outras. A realização deste ideal promove a previsibilidade e a uniformidade e promove a legitimidade da lei demonstrando sua racionalidade formal. Chama-se a isso de ideal de consistência sistêmica.” EISENBERG, Melvin Aron, op. cit., 1988, p. 44.

solução, apta a servir como parâmetro para novas decisões de casos similares. Essa decisão, integrando a história institucional do Poder Judiciário, reingressaria no sistema para ser considerada nas decisões futuras, como uma resposta adequada (ou correta) *prima facie*. Todavia, a resposta deveria ter o objetivo de contribuir para a coerência do sistema, possibilitando maior correção nas respostas futuras.

Importante registrar que, não obstante destaque o Modelo de Dupla Coerência, Melvin Aron Eisenberg considera que o mesmo somente poderia ser plenamente aplicado em um mundo ideal (mítico), pois, segundo entende, no mundo real, por vezes a coerência deveria dar lugar à estabilidade doutrinária, ou seja, à manutenção de respostas anteriores, ainda que reconhecidamente incoerentes ou menos coerentes que outras. Nesse sentido, Eisenberg se refere ao Modelo do Mundo Real, onde também destaca o papel da estabilidade doutrinária, ao lado da congruência social e consistência sistêmica²³. Para o autor, a estabilidade doutrinária (*Doctrinal Stability*) ao longo do tempo é um terceiro ideal a ser promovido na atividade dos tribunais, intimamente ligado à regra do *stare decisis*. No âmbito do Modelo do Mundo Real, são esses os três padrões ideais que a *common law* procura satisfazer²⁴. Todavia, muito embora o ideal de estabilidade possa eventualmente suplantar os ideais da dupla coerência, em casos concretos, observa Eisenberg que a congruência social e a consistência sistêmica permanecem como dois principais critérios de crítica argumentativa na

²³ Sobre o ponto, vejam-se as palavras do autor: “*The second model of the common law gives a major role to doctrinal as well as social propositions. This model reflects the fact that in the real world the courts must take into account not only social congruence and systemic consistency but also a third ideal, stability of doctrine over time.*” Em tradução livre: “O segundo modelo do *common law* dá um papel importante tanto às proposições doutrinárias quanto às sociais. Este modelo reflete o fato de que, no mundo real, os tribunais devem ter em conta não só congruência social e consistência sistêmica, mas também um terceiro ideal, a estabilidade da doutrina ao longo do tempo.” EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 47.

²⁴ Vejam-se as palavras de Eisenberg: “*It can now be seen why the real-world model of the common law differs from the model of double coherence. In the real world a model of the common law must incorporate not only the standards of social congruence and systemic consistency, but also the standard of doctrinal stability. As a result, criticism of a legal rule that are based on the model of double coherence may not be conclusive as to legal reasoning that applies the rule in a particular case. So, for example, we might criticize a legal rule on the ground that some alternative rule would be more congruent with applicable social propositions and more consistent with other legal rules, and yet conclude that under the standard of doctrinal stability a court reasoned properly in applying the rule.*” Em livre tradução: “Agora se pode ver por que o modelo de *common law* do mundo real difere do modelo de dupla coerência. No mundo real, um modelo de *common law* deve incorporar não só os padrões de congruência social e consistência sistêmica, mas também o padrão de estabilidade doutrinária. Como resultado, a crítica de uma regra jurídica que se baseia no modelo de dupla coerência pode não ser conclusiva quanto ao raciocínio jurídico que aplica a regra em um caso particular. Assim, por exemplo, podemos criticar uma norma jurídica com o fundamento de que alguma regra alternativa seria mais congruente com as proposições sociais aplicáveis e mais consistente com outras regras jurídicas, e ainda assim conclui que, de acordo com o padrão de estabilidade doutrinária, um tribunal argumentou corretamente na aplicação da regra.” *Ibid.*, 1988, p. 49.

prática profissional do direito, visando a identificação da melhor solução aos casos jurídicos. Vejam-se suas palavras:

Although the model of double coherence does not adequately capture our ongoing legal system, it is nevertheless reflected in two basic types of criticism of legal rules which together comprise a major portion of professional discourse. One type of criticism is aimed at showing that a legal rule is socially wanting, because it fails to give appropriate weight to applicable moral norms, policies, and experience. This type of criticism reflects the ideal of social congruence. The second type of criticism is aimed at showing that a legal rule is doctrinally wanting, because it is inconsistent with other legal rules. This type of criticism reflects the ideal of systemic consistency²⁵.

Com base no modelo epistemológico coerentista, proposto neste estudo para substituir a visão fundacionalista, o precedente judicial consubstancia mais um elemento normativo do sistema, a ser considerado em nova decisão judicial, junto com as demais normas do ordenamento, visando ao ideal da coerência. Como refere Dworkin, o precedente é portador de uma “força gravitacional”, pelo que deve sempre ser considerado pelo órgão jurisdicional em novos julgamentos, mas que pode ser superada, em favor de uma maior coerência da ordem normativa. Relembre-se que, no processo interpretativo idealizado por Dworkin, a última etapa (pós-interpretativa) enseja maior criatividade, possibilitando afastar-se do direcionamento dado por um dos elementos normativos identificados na fase inicial, em favor de uma coerência mais ampla. Nesse sentido, o precedente é apenas um elemento a mais que deve ser considerado na racionalização das respostas jurídicas, mas não significa uma resposta fixa ou imutável, como se poderia pensar numa visão fundacionalista. Ao contrário, como os demais elementos de ordem normativa, deve contribuir para a coerência integral do sistema.

A dupla coerência comentada por Eisenberg representa duas faces da racionalidade jurídica: a racionalidade material (ou substancial), inerente à congruência social; e a racionalidade formal, concernente à consistência sistêmica. Observa-se que o teor da norma jurídica, nesse modelo, é avaliado tanto no que se refere ao seu conteúdo ético-social quanto na sua harmônica pertinência ao conjunto total dos elementos normativos. Ademais, se a dupla coerência favorece a correção (ou justiça) da resposta jurídica a determinado caso, o ideal de estabilidade doutrinária evidencia a necessidade de salvaguarda

²⁵ Em tradução livre: “Embora o modelo de coerência dupla não capture adequadamente nosso sistema legal em curso, ele se reflete, no entanto, em dois tipos básicos de críticas a regras legais que, em conjunto, constituem uma parte importante do discurso profissional. Um tipo de crítica destina-se a mostrar que uma regra jurídica é socialmente desejável, porque não dá o peso apropriado às normas, políticas e experiências morais aplicáveis. Este tipo de crítica reflete o ideal de congruência social. O segundo tipo de crítica destina-se a demonstrar que uma regra jurídica é doutrinariamente desejável, porque é inconsistente com outras regras legais. Este tipo de crítica reflete o ideal de consistência sistêmica.” EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 46-47.

da segurança jurídica. Esses dois valores iminentes a qualquer ordem jurídica que se pretenda justa podem ser observados no que dispõe o art. 926 do novo Código de Processo Civil, a exigir dos tribunais, no processo de uniformização de sua jurisprudência, não somente estabilidade, mas também coerência e integridade.

Diante dessa valorização do precedente judicial no direito brasileiro, e sem perder de vista o paradigma epistemológico coerentista que norteia o presente estudo, como se deve compreender os termos correlatos de jurisprudência e súmula? Como visto no primeiro capítulo do presente estudo, para Alexandre Freitas Câmara, a diferença entre precedente e jurisprudência seria quantitativa, isto é, enquanto precedente consubstancia um pronunciamento judicial, o termo jurisprudência designa “um conjunto de decisões judiciais, proferidas pelos tribunais, sobre uma determinada matéria, em um mesmo sentido”²⁶. Ademais, para o mesmo autor, haveria ainda uma diferença na forma de utilizarem-se esses paradigmas decisórios, pois os precedentes deveriam ser aplicados em “causas idênticas, enquanto a jurisprudência em “causas diferentes”. De fato, entende Câmara:

A distinção é relevante porque – como se verá melhor adiante – o sistema jurídico brasileiro de precedentes é constituído para que haja uniformidade de decisões em causas idênticas (notadamente, ainda que não exclusivamente, no que diz respeito às assim chamadas *demandas* repetitivas). De outro lado, a jurisprudência serve de base para a uniformização de entendimento a respeito de temas que se manifestam em causas diferentes²⁷.

Todavia, muito embora identifique ramos jurídicos em que não sealaria em precedente, mas em jurisprudência, para o resguardo da coerência das decisões jurisdicionais, como no Direito de Família, onde não existiriam demandas repetitivas, Alexandre de Freitas Câmara acaba por registrar a correlação dos conceitos de precedente e jurisprudência, destacando que “a identificação de uma linha de jurisprudência constante se faz a partir do exame de um conjunto de decisões judiciais, e cada uma destas decisões poderá ser considerada, quando analisada individualmente, um *precedente*”²⁸. De fato, não há como se encontrar uma diferença ontológica entre “jurisprudência” e “precedente”, pois os dois termos se referem a decisões judiciais que são tomadas como identificadoras de regras jurídicas a serem aplicadas em novos julgados. Há, em verdade, uma diferença quantitativa e, sobretudo, na forma de surgir esses dois fenômenos: precedente, como uma decisão; jurisprudência, como uma linha de decisões em um determinado sentido, quando se refere à jurisprudência

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 432.

²⁷ *Ibid.*, 2017, p. 432.

²⁸ *Ibid.*, 2017, p. 433.

majoritária ou consolidada. Por certo, enquanto não homogênea, a jurisprudência traduz tão somente as decisões dos tribunais sobre específico tema. Nesse sentido, destaca Cláudia Aparecida Cimardi: “jurisprudência é o conjunto de múltiplas decisões contemporâneas, consonantes ou não, resultantes da atividade jurisdicional dos tribunais, sobre um mesmo determinado tema”²⁹.

Tenha-se que o fundamento teórico para a compreensão da necessidade de observação dos precedentes judiciais pode ensejar diferença na delimitação dos conceitos de precedente e jurisprudência. O fundamento racional de cunho epistemológico coerentista encampado neste estudo leva à aproximação dessas duas realidades, pois a todas as instâncias do Judiciário importa a coerência das decisões proferidas em face do ordenamento. Por outro lado, como visto anteriormente, alguns autores insistem em afirmar que somente os Tribunais Superiores (“Cortes Supremas”) seriam competentes para produção de precedente, ou seja, levam o aspecto hierárquico ao extremo, para afirmar que a interpretação vinculante do direito somente caberia, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Nessa linha de entendimento, os demais tribunais não atuariam na edição de precedentes, mas sim na uniformização da jurisprudência. De fato, como refere Daniel Mitidiero, enquanto as Cortes Supremas (STF e STJ) seriam cortes de precedentes, os demais tribunais (TJs e TRFs) seriam Cortes de Justiça. Para o citado autor, deveria haver uma reformulação no Judiciário em face “da necessidade de uma cisão entre *cortes para decisão justa e cortes para formação de precedentes* – ou, dito mais sinteticamente, entre *Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes*”³⁰.

A tese de Mitidiero segue trilha teórica aberta por Luiz Guilherme Marinoni, para quem as duas funções sociais primordiais das cortes já referidas por Melvin Aron Eisenberg, concernentes à resolução de litígios (*resolution of disputes*) e ao enriquecimento do ordenamento jurídico (*enrichment of the supply of legal rules*), deveriam ser cindidas em tribunais diferentes³¹. Considera Marinoni que não seria função dos tribunais de apelação (TJs

²⁹ CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro**. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90. (Coleção Liebman).

³⁰ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 37.

³¹ Também segue essa linha de entendimento Carlos Eduardo Rangel Xavier, para quem “rigorosamente, tribunais ordinários não produzem precedentes (sendo identificados como Cortes de Justiça, cuja finalidade é o controle da justiça do caso concreto contexto no qual a exploração dos possíveis significados da lei é apenas um meio para alcançar-se este fim)”. XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo a Lei**

e TRFs) “atribuir sentido ao direito e dar-lhe desenvolvimento, mas resolver os litígios”.
Vejam-se suas palavras:

Lembre-se de que ao Judiciário podem ser reconhecidas duas funções básicas, a resolução de conflitos (*resolution of disputes*) e o desenvolvimento do direito ou enriquecimento das normas jurídicas (*enrichment of the supply of legal rules*). Cabe aos juízes e tribunais de apelação a primeira tarefa, e às Cortes Supremas, a segunda. Isso significa que, enquanto perante os tribunais de apelação importa especialmente o desejo do litigante de ver bem solucionado o caso, diante das Cortes Supremas espera-se a aderência das soluções jurídicas à realidade e à cultura sociais, ou seja, a emissão de decisões capazes de atribuir ao direito um sentido conforme às necessidades da vida das pessoas. Não é por outro motivo que as decisões, quando resolvem litígios, interessam às partes (*res judicata*) e, quando atribuem sentido ao direito, interessam à sociedade (*ratio decidendi*)³².

Ao levar às últimas consequências a cisão idealizada por Marinoni e Mitidiero, chega-se rapidamente a paradoxos teóricos de complicada solução, enfraquecendo o poder explicativo e orientador da prática pretendido pela teoria. Vale registrar, de início, que segundo Daniel Mitidiero a observância obrigatória dos precedentes se fundaria principalmente na necessidade de observar entre jurisdição e legislação “uma relação dinâmica e cooperativa”, abandonando-se “uma perspectiva cognitivista da interpretação e declaratória da jurisdição”³³ para considerar “a interpretação como uma *atividade adscritiva de um sentido possível* empreendida por uma *jurisdição reconstrutiva da ordem jurídica*”³⁴. Ora, apesar de afirmar que a atividade jurisdicional não mais comportaria a figura do “*juge inanimé*”, pronto para apenas extrair a solução correta do texto legal, posto que haveria uma distinção entre texto e norma³⁵, o projeto teórico de Mitidiero pretende manter o mesmo modelo já ultrapassado com relação aos juízes e tribunais de apelação, pois a “jurisdição reconstrutiva da ordem jurídica” seria apenas das “Cortes Supremas”. Isto é, há uma verdadeira repristinação das cortes de cassação, as quais dariam a exata interpretação do direito, cabendo aos demais tribunais apenas a aplicação do direito já interpretado. Esquece-se que o direito é dinâmico, a ponto de os sentidos do próprio precedente serem também mutáveis ao longo do tempo, no curso de sua aplicação pelos demais tribunais e juízes.

13.256/2016). Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 107. (Coleção o novo processo civil).

³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 291.

³³ Importa notar que Mitidiero incorre em equívoco ao associar a teoria declaratória da jurisdição à tese da resposta correta em direito, como a de Dworkin. Já se evidenciou à exaustão, nos capítulos anteriores, que a perspectiva teórica de Ronald Dworkin é de uma interpretação criativa. *Ibid.*, 2017, p. 34.

³⁴ *Ibid.*, 2017, p. 70.

³⁵ *Ibid.*, 2017, p. 67.

Afirmando que deveria haver uma reconstrução do sistema jurídico brasileiro, Daniel Mitidiero faz uma leitura particular do novo Código de Processo Civil, destacando que, mesmo em face do teor do art. 926, não se poderia supor que todos os tribunais do Judiciário brasileiro teriam as mesmas funções na ordem jurídica. Em sua visão, somente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formariam precedentes. Restaria aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais apenas a jurisprudência uniformizadora³⁶. Chama atenção o fato de a restrição quanto ao conceito de precedentes na teoria de Mitidiero não se sustentar sequer no âmbito do direito positivo. Note-se que o art. 926 trata de todos os tribunais, não existindo qualquer limitação ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Ademais, os parágrafos do citado artigo fazem uma vinculação coerente entre súmula, jurisprudência e precedente, ao dispor que os enunciados das súmulas devem corresponder à jurisprudência dominante no tribunal (§ 1º) e que tais enunciados devem ater-se às circunstâncias de fato “dos precedentes que motivaram sua criação” (§ 2º). Ora, em linhas gerais, precedente é uma decisão judicial que serve de parâmetro para novos julgados, podendo ser oriundo de qualquer juízo, variando apenas o grau de vinculação obrigatória.

Como se pode observar, nessa visão limitada quanto à competência exclusiva das “Cortes Supremas” para originar precedentes, alguns fenômenos do direito positivo brasileiro são necessariamente desprezados pelos autores que assim pensam, isto é, não são analisados e reconhecidos adequadamente em seus efeitos ou, simplesmente, são enquadrados em uma terceira categoria, em face de sua discrepância não permitir o encaixe na teoria elaborada. Assim é que, segundo Daniel Mitidiero, para as “Cortes Supremas” outorgarem unidade ao direito, teriam como instrumento o “precedente”; para as “Cortes de Justiça uniformizarem a interpretação de questões relevantes (art. 947) e repetidas (arts. 976 a 987)”, teriam como instrumento a jurisprudência³⁷. Note-se que referido autor não reconhece como precedentes os acórdãos resultantes do Incidente de Assunção de Competência (art. 947) e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976), enquadrando-os na categoria que denomina de “jurisprudência uniformizadora”, ou seja, uma espécie de “jurisprudência” formada por um único julgado³⁸. Com efeito, esses dois casos evidentes de acórdãos vinculantes, cuja desobediência pode ensejar reclamação (art. 988, IV) são negados como precedentes, por

³⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 83.

³⁷ *Ibid.*, 2017, p. 74.

³⁸ *Ibid.*, 2017, p. 94.

serem oriundos de Tribunais de Justiça ou de Tribunais Regionais Federais, nesse ângulo teórico de supervalorização da hierarquia.

É certo que o sistema jurídico brasileiro instituiu mecanismos processuais de elaboração de “teses jurídicas” vinculantes de forma diversa do que ocorre na *common law*, ou seja, sem necessidade de vínculo imediato com um caso concreto. Assim, alguns autores apontam para o fato de que a “tese jurídica” firmada nesses julgamentos não seria efetivamente precedente, assemelhando-se mais, pelo aspecto formal, aos enunciados das súmulas³⁹. Todavia, se for seguido esse entendimento, a “tese jurídica” formada pelo julgamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça decorrente de Recurso Extraordinário ou Especial do acórdão proferido no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 987) também não seria precedente. Conforme Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, ainda que eventualmente não se refiram a julgamento de efetivo caso concreto, esses “novos mecanismos processuais podem também ser considerados dentro de uma nova, e ajustada ao ordenamento nacional, concepção de precedente”⁴⁰. Já para Cláudia Aparecida Cimardi, “o julgamento extraído do incidente de resolução de demandas repetitivas concebe um precedente condutor obrigatório”⁴¹.

O ponto principal da crítica à teoria fundada primordialmente no aspecto formal da obediência hierárquica para observação de precedentes judiciais, isto é, com base na origem do julgado, é que essa abordagem se mostra, no mínimo, insuficiente para englobar uma série de fenômenos jurídicos como, por exemplo, o autoprecedente, que é essencial na compreensão do *stare decisis*. Ademais, no caso brasileiro, toda uma gama de matérias de competência dos Tribunais de Justiça Estaduais ficaria excluída do enquadramento teórico, por exemplo, as atinentes ao controle de constitucionalidade em face das Constituições Estaduais (art. 125, § 2º, CF/88)⁴². O próprio novo Código de Processo Civil estabelece a obrigatoriedade de os tribunais e respectivos juízes observarem a orientação do pleno ou do órgão especial a que estiverem vinculados (art. 927, V). Ademais, essa visão limitadora da

³⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 206-207.

⁴⁰ *Ibid.*, 2017, p. 260.

⁴¹ CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro**. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 315. (Coleção Liebman).

⁴² CF/88: “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. [...] § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

competência para proferir decisões que se enquadram no conceito de precedentes sequer encontra respaldo na *common law*. Note-se que, nos Estados Unidos da América, como destaca Robert Summers, há precedentes vinculantes oriundos não somente da Suprema Corte, mas de cada uma das mais elevadas cortes dos 50 (cinquenta) Estados da Federação, além de precedentes de Tribunais de Apelação intermediários dos Estados. De mais a mais, por vezes, uma corte estadual utiliza-se de precedente oriundo de outro Estado. Vejam-se as palavras do citado autor:

Contrary to na assumption frequently encountered in certain European countries, the United States does not consist of only two jurisdictions, one federal and one state, with the state jurisdiction consisting of an amalgamation of all the state-made common law created by the courts of all 50 states. Rather, the United States consists of 51 jurisdictions: one federal jurisdiction, to be explained later, and 50 state jurisdictions, each distinct and separate from each of the other 49 as well as distinct and separate from the federal jurisdiction. All of the state jurisdiction have court systems that, by now, have created what is a more or less self-sufficient body of common law. Thus, in most cases when na issue of common law arises within a given state, it can ordinarily be resolved primarily by invoking precedente created by the highest court of that state or by one of the intermediate appellate courts in that state. Of course, issues do sometimes arise which state courts resolve partly by reference to common law created by a sister state court⁴³.

Em resumo, não se nega a maior força dos precedentes vinculantes oriundos dos tribunais superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, essa maior força não significa a desqualificação de outras decisões judiciais também vinculantes que se enquadram no conceito de precedente, isto é, de uma decisão judicial agregadora de elemento normativo ao sistema jurídico, a ser considerada em decisões posteriores. Por isso, não se pode deixar de reconhecer a simplicidade e adequação das palavras de Didier Jr., Braga e Oliveira, quanto ao inter-relacionamento dos conceitos de precedente, jurisprudência e súmula: “a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um

⁴³ Em livre tradução: “Ao contrário do que se costuma encontrar em certos países europeus, os Estados Unidos não consistem apenas em duas jurisdições, uma federal e uma estadual, com a jurisdição estadual constituída por uma amalgamação de todo o *common law* criado pelos tribunais de todos os 50 estados. Em vez disso, os Estados Unidos consistem em 51 jurisdições: uma jurisdição federal, a ser explicada posteriormente, e 50 jurisdições estaduais, distintas e separadas cada uma das outras 49, bem como distintas e separadas da jurisdição federal. Toda a jurisdição estadual tem sistemas judiciais que, até agora, criaram o que é um corpo de *common law* mais ou menos auto-suficiente. Assim, na maioria dos casos, quando uma questão de *common law* surge dentro de um determinado Estado, normalmente pode ser resolvida principalmente invocando precedente criado pela mais elevada corte desse Estado ou por um dos tribunais intermediários de apelação nesse Estado. É claro que, às vezes, surgem problemas que os tribunais estaduais resolvem em parte por referência ao *common law* criado por uma corte estadual irmã.” SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States* (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 355.

precedente”⁴⁴. O elemento básico para construção da norma é o precedente, onde se pode observar a aproximação dos fatos ao direito. A jurisprudência evidencia a tendência de determinada corte decidir em certo sentido quanto a uma matéria. Por outro lado, para Zaneti Jr, a jurisprudência seria apenas exemplificativa ou persuasiva, sem caráter obrigatório e vinculante, enquanto o precedente deveria ser tratado como norma, isto é, “fonte do direito primária e vinculante”⁴⁵. Essas limitações quanto ao poder vinculante da jurisprudência devem ser vistas com ressalva, mormente quando se observa, em países da tradição *common law*, que uma linha de decisões em um mesmo sentido teria força mais estável que um único precedente. Nesse sentido, observa Robert Summers: “*Although a single precedente of a higher court is technically formally binding, a long line of precedent will general have more normative force: that is, be less subject to overruling or other modification*”⁴⁶.

No que se refere às súmulas, já se observou no primeiro capítulo deste estudo que foram idealizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal como método de trabalho, facilitando o acesso dos próprios Ministros ao teor da jurisprudência daquela Corte. Tecnicamente, não seriam precedentes, por não serem decisões, mas extratos da orientação jurisprudencial, ou seja, enunciados explicitadores de uma tese jurídica adotada pelo tribunal. Todavia, o fato de não serem precedentes não reduz sua importância, pois seu texto tem por fim facilitar o acesso ao sentido da norma oriunda dos precedentes. Em uma espécie de metalinguagem, o texto da súmula, embora não seja intrinsecamente texto normativo, busca facilitar a identificação da *ratio decidendi* de determinados precedentes, isto é, a tese jurídica. Como refere Juraci Mourão Lopes Filho, enquanto precedente e jurisprudência decorrem de atividade jurisdicional, a súmula decorreria de uma atividade administrativa⁴⁷.

É certo que as súmulas, não tendo força de promulgação⁴⁸, nem sendo a própria norma jurídica, não devem ser lidas de forma abstrata e desvinculada dos precedentes que lhe

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 500.

⁴⁵ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 310.

⁴⁶ Em livre tradução: “Embora um único precedente de um tribunal superior seja tecnicamente formalmente vinculante, uma longa linha de precedentes terá uma maior força normativa: isto é, será menos sujeita a uma anulação ou outra modificação.” SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study. New York/NY: Routledge, 2016, p. 388.

⁴⁷ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 129.

⁴⁸ Situação especial pode se observar quanto às súmulas vinculantes, em razão de a previsão constitucional de vinculação não somente do Judiciário, mas também da Administração Pública, ensejar naturalmente o

ensejaram a edição. Considere-se, ainda, que o próprio precedente não se confunde com uma norma jurídica semelhante à lei, não detendo o mesmo nível de abstração, sendo, ao contrário, detentor de maior densidade e concretude. Assim, deve o precedente sempre ser lido à luz do caso concreto resolvido, não se podendo extrair uma norma correspondente à *ratio decidendi* que se desvincule do caso julgado de forma extremamente abstrata. A leitura do precedente seria inadmissível sem a observação dos fatos da causa, pois são esses elementos concretos que atribuem a significação adequada ao julgado, sendo decisivos para a valia do precedente enquanto paradigma de novas decisões. Somente a consideração dos fatos permite o uso adequado do precedente, inclusive para afastá-lo da incidência em novo caso, como se pode dar com o *distinguishing*. Para alguns autores, é a maior proximidade dos fatos reais da demanda que revela o valor do precedente. Do contrário, bastaria a própria lei em sua abstração.

5.2 A utilização do precedente judicial vinculante na *civil law* brasileira em face das previsões constitucionais e legais: sobre a prevalência do precedente interpretativo e a identificação da *ratio decidendi*

A fundamentação das decisões judiciais, como se sabe, é elemento imprescindível à sua validade em um Estado Democrático de Direito, representando o momento em que se desincumbe o julgador do dever de expor as razões de fato e de direito pelas quais chegou à conclusão plasmada no dispositivo. É a partir da fundamentação que a decisão judicial pode ser controlada, mediante a análise racional de sua congruência interna, ou seja, do vínculo lógico-argumentativo entre as razões expostas e a conclusão, bem como quanto à pertinência das premissas fáticas e jurídicas em confronto com o sistema jurídico. Dessa forma, a Constituição Federal estabelece em seu art. 93, inciso IX, que toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, reconhecendo que é esse elemento essencial à legitimidade do ato decisório.

De fato, em regime democrático, onde as autoridades públicas devem prestar contas dos atos praticados e das decisões tomadas, a exposição dos motivos serve como parâmetro para a avaliação crítica das decisões do agente público. Mormente em se tratando de ato judicial decisório, com potencial de repercussão direta na esfera individual, é necessário que as razões de decidir sejam colocadas às claras, submetendo-se ao crivo das próprias partes envolvidas e da sociedade como um todo. Com efeito, as razões de decidir,

reconhecimento de sua maior abstração e generalidade, aproximando-se dos textos legais. Todavia, mesmo as súmulas vinculantes devem, em tese, ser produto de reiteradas decisões (art. 103-A, CF/88), pelo que também importa que sejam lidas à luz dos julgados precedentes determinantes de sua edição.

quando expostas, têm o condão de revelar o sentido jurídico da conduta humana praticada/questionada, pelo que podem servir de paradigma para a ação dos demais membros da sociedade em casos semelhantes.

Ainda que trate de questões ético-valorativas, praticamente indissociáveis do elemento jurídico, ao lado de questões de fato, a fundamentação da decisão judicial deve apresentar-se como uma argumentação racional, portanto, compreensível e criticável. Desse modo, afirmam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira, com base na doutrina de Michele Taruffo, que devem ser atributos da fundamentação da decisão judicial, dentre outros, a racionalidade e a controlabilidade. Vejam-se suas palavras:

No que se refere à *racionalidade*, pode-se dizer que se trata da exigência de que a fundamentação da decisão seja um discurso justificativo, que deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que se atua. Não se confunde com uma ciência exata ou com a lógica absoluta da matemática pura. O que se espera é que atenda às regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico, bem como aos princípios racionais do conhecimento empírico – o que é típico do direito e se dá no estilo da ética e das ciências sociais.

A motivação racional é, nesses termos, uma forma de controle do poder que é dado ao juiz de avaliar a prova, os fatos e os argumentos, forçando-o a explicar suas próprias escolhas. O seu principal objetivo é permitir o controle (também racional) dessa justificativa, evitando que se produza um discurso superficial (retórico) e vazio ao qual se adere por emoção, gerando um consenso irracional. A decisão não deve ser encarada como resultado de adivinhação, de um jogo de dados ou da interpretação do ‘voo dos pássaros’, de acordo com o sugestivo exemplo de Michelle Taruffo⁴⁹.

Assim, a racionalidade é característica essencial da fundamentação, sendo prévia e determinante de sua controlabilidade. Por certo, não há como controlar conclusões tomadas a partir de argumentos irracionais ou desprovidos de lógica, eis que quem as observa depara-se apenas com uma pseudojustificação, envolvendo o ato decisório em um véu impermeável à consciência racional. É justamente através da razão que o sentido da decisão pode ser intersubjetivamente compartilhado, pois a exposição racional dos motivos lança luz sobre o caminho lógico-argumentativo trilhado pelo julgador para atingir as conclusões que determinaram o dispositivo. Possibilita enxergar as premissas fáticas e jurídicas que pavimentaram a argumentação levada a efeito em passos seguros, além da eventual existência de falhas ou lacunas nesse raciocínio que impõem algum “salto hermenêutico” potencialmente arbitrário. Tanto a racionalidade quanto o controle são indissociáveis na prática jurídica.

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 324-325.

No que se refere à fundamentação das decisões judiciais, o Novo Código de Processo Civil foi pródigo em exigências ao julgador, estabelecendo no § 1º do seu artigo 489 uma série de situações em que não se considera o ato fundamentado, o que ensejaria a sua nulidade, seguindo os termos do art. 93, IX, da Constituição Federal. Dentre as situações típicas de nulidade, encontra-se a decisão que se limite à invocação de “precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (art. 489, § 1º, V, NCPC), além daquele julgado em que não se segue “enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado”, sem exposição das razões justificativas essa não observância (art. 489, § 1º, VI, NCPC), como acima já referido. Exige o novo diploma processual justificativa racional tanto para seguir quanto para não observar precedente invocado pela parte.

Mas como o intérprete-aplicador deve utilizar-se da força vinculante dos precedentes judiciais no Brasil? Deverá seguir os mesmos métodos trabalhados pela doutrina nos países da *common law*?

Como se sabe, nos sistemas jurídicos da *common law*, boa parte do trabalho dos juristas se concentra na identificação do elemento normativo vinculante incrustado na decisão judicial precedente, que se aplicaria obrigatoriamente aos novos julgados. Ou seja, utilizar-se de uma decisão judicial anterior para fundamentar novo julgamento implica evidenciar a *ratio decidendi* do precedente, a parte do julgado que se poderia universalizar, distinguindo-se dos elementos meramente acidentais e prescindíveis (*obiter dictum*)⁵⁰. Sendo o Direito constituído do entrelaçamento valorativo de fatos e normas, a doutrina jurídica inglesa e norteamericana volta sua atenção, às vezes, mais ao elemento normativo, outras vezes, mais aos substratos fáticos das decisões anteriores, como forma de destacar a essência vinculante do precedente. Sobre o ponto, José Rogério Cruz e Tucci observa, todavia, que a *ratio decidendi* é “regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*”. Consubstancia-se, assim, como adverte Cruz e Tucci, na “essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso

⁵⁰ Vale notar que, na *common law*, alguns juristas buscam fazer distinções ainda mais específicas, observando diferenças, por exemplo, entre *ratio decidendi* e *holding*. Sobre o ponto, vejam-se as palavras de Neil Duxbury: “*Common-law jurists and judges have occasionally tried to pile distinctions upon the basic ratio-obiter distinction – arguing that a case might contain a ‘holding’ which is more authoritative than a ratio decidendi, and that there can be ‘judicial dicta’ which are less authoritative than rationes decidendi but more authoritative than any obiter dictum.*” Em livre tradução: “Os juristas e os juízes da *common law* tentaram ocasionalmente fazer distinções com a distinção básica *ratio-obiter* - argumentando que um caso pode conter uma ‘*holding*’ que é mais autoritativa que uma *ratio decidendi*, e que pode haver ‘*judicial dicta*’ que são menos autoritários do que *rationes decidendi*, mas mais autoritários do que qualquer *obiter dictum*.” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 68.

concreto (*rule of law*)”⁵¹. Dessa forma, cresceram em importância na tradição da *common law* métodos ou técnicas direcionadas a identificar a *ratio decidendi* dos julgados precedentes. Nesse contexto, vale destacar dois métodos clássicos de verificação da *ratio decidendi*: o teste de Wambaugh e o método de Goodhart.

Para Eugene Wambaugh, a *ratio decidendi* de um determinado precedente seria identificada a partir da alteração do sentido dos enunciados da fundamentação, de modo a aferir qual proposição, sendo posta em sentido inverso, acarretaria mudança na decisão. Em suma, após verificar a proposição jurídica que, em tese, fundamentava a conclusão do dispositivo, o intérprete-aplicador deveria alterar o sentido da proposição e observar se a conclusão do julgado também se alteraria. Em caso positivo, estar-se-ia diante de uma *ratio decidendi*; em caso negativo, a proposição seria apenas acréscimos acidentais e dispensáveis, ou seja, *obiter dictum*. Essa parece ser a tese adotada por José Rogério Cruz e Tucci, em livro clássico sobre o tema:

Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva⁵².

Por seu turno, Neil Duxbury discorda da eficácia do teste da inversão proposto por Eugene Wambaugh, considerando ser errada a definição de *ratio decidendi* como uma proposição em um julgamento que, tendo seu sentido invertido, teria alterada a decisão respectiva⁵³. Observa que o teste proposto por Wambaugh, já anteriormente idealizado por Vaughan, não seria confiável, pois, caso uma decisão judicial seja fundamentada em mais de um motivo, a inversão da proposição concernente a qualquer dos fundamentos alternativos não alteraria a conclusão do julgado, que se sustentaria no fundamento remanescente. Vejam-se as palavras do citado autor:

Although Wambaugh found something resembling this test in a United States Supreme Court decision of 1853, his argument is in fact closer to that which Vaughan C.J. had formulated in the seventeenth century. It was intimated earlier that Vaughan’s method for distinguishing rationes decidendi from obiter dicta is not especially reliable. In fact, the main reason for doubting Wambaugh’s test and the reason for doubting Vaughan’s are the same: where a court bases its decision on two

⁵¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

⁵² *Ibid.*, 2004, p. 177.

⁵³ “It is certainly wrong, for example, to define the *ratio decidendi* as a proposition in a judgment which, were its meaning to be inverted, would have altered the decision”. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 76.

*alternative grounds, taking either ground and reversing its meaning does not alter the decision, for although the meaning of one of the grounds sufficient to support the decision has thereby been reversed, the other one is undisturbed and so the decision stands. Where a case contains two independent operative rationes, in other words, the inversion test decrees that there are only obiter dicta, for neither ratio is necessary to the decision*⁵⁴.

Lado outro, para Arthur L. Goodhart, na identificação da *ratio decidendi*, o julgador não deveria centrar sua atenção nas razões expostas pelo juiz do caso precedente nem nas proposições de direito, mas sim observar os fatos da causa e a consequência jurídica. Deveria então o julgador distinguir os fatos materiais dos imateriais, isto é, os fatos importantes e considerados pelo juiz do caso anterior para determinar a solução, dos fatos irrelevantes para definir o resultado do julgamento. Nessa linha, deve-se atentar para o que o juiz efetivamente fez ao julgar o caso precedente (quais fatos tomou como relevantes para definir a solução jurídica), e não necessariamente os argumentos utilizados para assim decidir. Para Goodhart, as razões expostas pelo juiz podem ser equivocadas e, mesmo assim, a conclusão ser acertada. Todavia, como adverte Duxbury, segundo a tese de Goodhart, as razões expostas pelo juiz na decisão não seriam totalmente irrelevantes, mas desempenhariam importante papel, como guia na identificação dos fatos considerados materiais. Veja-se a análise de Duxbury:

*Goodhart, it must be understood, was not arguing that judicial reasons have no relevance to the ratio of a case. In fact, he emphasized that ‘the reasons given by the judge in his opinion... are of peculiar importance, for they may furnish us with a guide for determining which facts he considered material and which immaterial. Nevertheless, the ratio decidendi, the reason for the decision, is not the same thing as the reasons for the decision. A decision for which no reason are given does not necessarily lack a ratio; furthermore, the reasons offered by a court in reaching a decision might be considered inadequate or incorrect, yet the court’s ruling might be endorsed in later cases – a ‘bad reason may often make good law’*⁵⁵.

⁵⁴ Em livre tradução: “Embora Wambaugh tenha encontrado algo semelhante a este teste em uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos de 1853, seu argumento está de fato mais próximo do que Vaughan C.J. havia formulado no século XVII. Foi dito antes que o método de Vaughan para distinguir *rationes decidendi* de *obiter dicta* não é especialmente confiável. De fato, a principal razão para duvidar do teste de Wambaugh e a razão para duvidar de Vaughan são as mesmas: quando um tribunal baseia sua decisão em dois motivos alternativos, tomar qualquer fundamento e reverter seu significado não altera a decisão, pois, embora o significado de uma das razões suficientes para sustentar a decisão tenha sido revertida, a outra não é alterada e, portanto, a decisão se mantém. Quando um caso contém duas razões operacionais independentes, ou seja, o teste de inversão decreta que existia apenas *obiter dicta*, pois nenhuma *ratio* é necessária para a decisão.” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 76-77.

⁵⁵ Em livre tradução: “Goodhart, deve ser entendido, não estava argumentando que razões judiciais não têm relevância para a *ratio* de um caso. De fato, ele enfatizou que ‘as razões dadas pelo juiz em sua opinião ... são de importância peculiar, pois podem nos fornecer um guia para determinar quais fatos ele considerou materiais e quais os imateriais. No entanto, a *ratio decidendi*, a razão para a decisão, não é a mesma coisa que os motivos para a decisão. Uma decisão para a qual nenhuma razão é dada não carece necessariamente de *ratio*; Além disso, os motivos oferecidos por um tribunal para chegar a uma decisão podem ser considerados inadequados

Como visto, na tradição da *common law*, identificar a *ratio decidendi* de um precedente é considerado muito importante. Destaca Neil Duxbury que se não fosse observada a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*, os julgadores poderiam criar novas regras jurídicas de forma ilimitada, enquanto os tribunais restariam sobrecarregados, pois todo o conteúdo de uma decisão anterior seria potencialmente relevante para a nova questão, e não apenas a decisão sobre fatos materialmente idênticos⁵⁶. A seriedade na identificação da *ratio decidendi* se impõe, observa Duxbury, pois, antes de decidir se deve seguir um determinado precedente, o tribunal precisa saber o que efetivamente o precedente estabelece como regra jurídica⁵⁷. Por outro lado, no que se refere à tradição da *civil law*, onde a dogmática foi contrária por muito tempo à vinculação da jurisprudência, não há a prática de separar esses elementos da decisão precedente, mesmo em se tomando um *precedent case* como paradigma para novos julgados. Sobre esse ponto, vejam-se as palavras de Neil MacCormick e Robert Summers:

*There is almost no tradition of differentiating systematically in regard to a precedent opinion between ratio decidendi and obiter dicta – between holding and dictum – as in the common law, and this is true of civilian methodology, again even for fields of law not closely controlled by codes or statute*⁵⁸.

No que se refere à questão da *ratio decidendi*, é importante verificar se os métodos de sua extração na *common law* importam para o sistema jurídico brasileiro, que tem como principal fonte jurídica a lei escrita. Com efeito, sendo herdeiro da tradição romano-germânica, com um longo processo de positivação do direito através de atos estatais abstratos e gerais (leis), o Brasil observa nos atos jurisdicionais uma regular referência à norma legal (devidamente interpretada) como fundamento do dispositivo da decisão. Ainda que existam, são bem menos frequentes os casos de decisões judiciais que não encontram amparo

ou incorretos, mas a decisão do tribunal ainda assim ser endossada em casos posteriores - uma ‘razão ruim pode muitas vezes fazer uma boa lei.’” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 82-83.

⁵⁶ Nas palavras do citado autor: “If, within the common law tradition, the distinction between *ratio decidendi* and *obiter dicta* was not recognized, judges would be able to create a more or less unlimited amount of new law and courts would be overwhelmed by precedente; everything within a previous decision – and not necessarily just the decision on materially identical facts – would be potentially relevant to the case in hand.” Ibid., 2008, p. 90.

⁵⁷ Nas palavras do referido autor: “The logical conclusion of this argument is that the concept of the *ratio decidendi* has to taken seriously because the *ratio decidendi* triggers *stare decisis*: it is the binding part of a previous case. Before a court decides whether to follow a precedente it wants to know what the precedent establishes. Ibid., 2008, p. 91.

⁵⁸ Em livre tradução: “Não há quase nenhuma tradição de se diferenciar sistematicamente em relação a uma opinião precedente entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* - entre *holding* e *dictum* - como na *common law*, e isso é verdade para a metodologia da *civil law*, novamente, mesmo para campos de direito não controlados por códigos ou lei.” MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 537.

normativo formal para sua justificação, sendo regra a identificação do texto legal de onde se extrai a norma. Assim, no sistema jurídico brasileiro, a regra jurisprudencial normalmente nasce umbilicalmente ligada à lei ou à Constituição, tratando-se mais de uma norma decorrente da interpretação-aplicação do direito estatal positivo ao caso concreto, ao contrário da *common law*, que encontra suporte formal nas próprias decisões judiciais e, para alguns, fundamento material nas regras costumeiras imemoriais. Assim, quando se busca aplicar um precedente judicial no Brasil, tem-se ao mesmo tempo a decisão paradigma e a norma legal ou constitucional a que se referiu, inexistindo espaço para um sistema formado apenas por precedentes.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, o direito positivo brasileiro estaria tendendo a reconhecer a jurisprudência como uma verdadeira fonte do direito, em paralelo à própria lei. Todavia, alerta o citado autor que o direito jurisprudencial não poderia ser uma categoria autorreferente, pois seria o resultado da interpretação de normas legais em um determinado sentido. Veja-se seu posicionamento:

É lícito especular que, no atual *estado da arte*, já deveria o legislador, senão já o constituinte derivado terem adotado posicionamento *explícito* acerca da natureza, eficácia e operacionalidade da jurisprudência no Direito brasileiro, especialmente no tocante à sua eficácia e endo e panprocessual, para segurança dos operadores do Direito e dos jurisdicionados, efetivos ou virtuais. Sem que se tenha, oportunamente, enfrentado essa vera questão prejudicial, a legislação foi se embrenhando num caminho tendente a afirmar a jurisprudência dominante ou sumulada das Cortes superiores em modo de uma *fonte* do Direito, fazendo-a operar, *avant la lettre*, como uma sorte de co-paradigma dos direitos e obrigações em nosso regime jurídico-político, em paralelo à norma legal. Nessa *marcha batida*, contudo, olvidou-se que a jurisprudência não está na *gênese* do Direito, mas deste é um *posterius*, a saber, a *consequência* da reiterada interpretação da norma legal num sentido consonante, no âmbito de um Tribunal ou de uma dada Justiça. Outrossim, a jurisprudência não pode ser vista ou tratada como uma categoria jurídica *autorreferente*, ou *autopoiética*, e, muito menos, como fruto de *geração espontânea*⁵⁹.

De fato, o precedente judicial no sistema jurídico brasileiro é, em geral, interpretativo, como de resto nos demais sistema da tradição romano-germânica. Observando os sistemas jurídicos norteamericano e inglês, pode-se vislumbrar uma maior aproximação do que seria um verdadeiro “sistema de precedentes”, pois a *common law* possibilita a criação de normas jurídicas sem derivação direta de uma lei ou de um dispositivo constitucional. Assim, pode-se trabalhar, de certa forma, com a ideia de um sistema de precedentes paralelo à lei – mas não totalmente desvinculado – mormente em se tratando de certos ramos do Direito,

⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 214.

tradicionalmente formatados com respaldo nas decisões judiciais que, segundo alguma doutrina, revelaria princípios imemoriais ou regras de costume. De fato, nota-se que há sim diferença entre *common law* e *civil law*, inclusive com repercussão na aplicação dos precedentes judiciais, o que permite ao sistema brasileiro aprender com a experiência estrangeira, mas sem necessariamente copiá-la integralmente. Nos países da tradição jurídica da *common law*, algumas matérias são tipicamente regidas pelos precedentes judiciais, isto é, sem referência direta a normas legais. Assim, há precedentes de decisão e precedentes interpretativos.

Por outro lado, é certo que o precedente na *civil law* apresenta-se geralmente como interpretativo de textos e elementos não textuais da Constituição e das leis, o que acarreta, portanto, ser mais abstrato. Assim, não se pode negar que na tradição romano-germânica tem-se menos espaço para distinguir e superar o precedente, ao contrário do que ocorre na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, quando o julgamento dos casos aproxima muito mais o direito dos fatos, permitindo maior distinção. Não se desenvolveu nos sistemas codificados, seja na prática judiciária ou na academia, técnicas ou métodos de separação da *ratio decidendi* do *obiter dictum*, o que se mostrou essencial na *common law*. Note-se que, nos países de tradição legalista, o aplicador do direito recorre diretamente ao texto normativo (o que se pensou no auge do positivismo, encerrar a própria norma), e não aos fatos materiais de um caso anterior, para extrair o elemento deontológico que regerá o *instante case*. Aliás, observam Robert Summers e Svein Eng a dificuldade de se verificar a semelhança de uma questão com base nos fatos materiais de precedentes oriundos de tribunais da *civil law*, que muitas vezes não publicam os detalhes do caso paradigma⁶⁰. Essa diferença de abordagem foi verificada por Geoffrey Marshall, notando que, nos países de tradição legalista, a referência a eventual precedente pode dar-se em face de qualquer parte da decisão, não havendo, em princípio, preocupação em distinguir *ratio decidendi* de *obiter dicta*:

⁶⁰ Nas palavras dos citados autores: “*But in the highest courts in several non-common law systems in our study, officially published judicial opinions commonly do not include any, or at least not any detailed, statement of facts (at least in non-constitutional cases). This is generally true of officially published case law of the highest courts (non-constitutional) in Norway, France, Germany, Italy and Spain. In such systems, ‘sameness of issue’ often cannot be further refined through a systematic analysis of ‘similarities in the material facts’ in the official opinions of the highest courts without requesting from these courts copies of the original opinions of these highest courts.*” Em livre tradução: “Mas nos tribunais superiores de vários sistemas de fora da *common law* em nosso estudo, as opiniões judiciais oficialmente publicadas geralmente não incluem nenhuma, ou pelo menos não detalhada, declaração de fatos (pelo menos em casos não constitucionais). Isso geralmente é verdade para a jurisprudência oficialmente publicada dos mais altos tribunais (não constitucionais) na Noruega, França, Alemanha, Itália e Espanha. Em tais sistemas, a ‘semelhança de questão’ muitas vezes não pode ser refinada através de uma análise sistemática de ‘semelhanças nos fatos materiais’ nas opiniões oficiais dos tribunais superiores, sem solicitar a esses tribunais cópias das opiniões originais dos maiores tribunais.” SUMMERS, Robert S; ENG, Svein. Departures from precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 521.

Outside the common law framework of stare decisis, these questions do not have the same salience. In some jurisdictions there may be no judicial or doctrinal attempts to distinguish rationes from dicta and courts may regard themselves as free to cite any part of earlier judgments (see Chapter 7, Section IV). If, as in France, precedents have in principle no formally binding authority, there will be little need to pursue distinctions between binding and non-binding elements in a precedent⁶¹.

Todavia, no caso brasileiro, o precedente representa uma criação judicial geralmente vinculada a um texto normativo formal, ou seja, a uma norma da Constituição ou uma regra legal. Segundo observam Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski e Alfonso Ruiz Miguel, diferentemente do que ocorre com o precedente de solução (*precedent of solution*), o precedente interpretativo (*precedent of interpretation*) surgiria não como uma regra a solucionar casos futuros, mas determinando uma interpretação apropriada da lei escrita ou de princípios jurídicos. Dessa forma, quando se faz referência ao precedente interpretativo, segundo os citados autores, busca-se a aplicação da lei na sua melhor interpretação⁶². Assim, não se tem efusão de regras jurídicas oriundas de precedentes paralelos à lei ou à Constituição. Ademais, mesmo no sistema inglês, o precedente se relaciona com a lei (*statute*), que o pode revogar ou modificar. Não se justifica, portanto, falar em um “sistema de precedentes” no Brasil, pois o precedente é apenas mais um elemento normativo a ser considerado na análise do sistema jurídico como um todo. Pode-se falar em uma teoria ou doutrina sobre os precedentes vinculantes e em um sistema jurídico que respeita precedentes judiciais. Assim, sendo interpretativo, existiria o mesmo procedimento para extrair a tese jurídica? Isto é, se o precedente interpreta a lei, é necessário extrair do mesmo a *ratio decidendi*?

Como visto, no âmbito da *common law*, a *ratio decidendi*, *holding* ou *core* são encontrados normalmente no julgamento do caso posterior (*instant case*), observando-se sempre os fatos materiais considerados relevantes na decisão paradigma, para afastar os elementos meramente acidentais e revelar a essência normativa. Nota José Rogério Cruz e Tucci caber “aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como *precedente*, extrair a

⁶¹ Em livre tradução: “Fora do âmbito da *common law* de *stare decisis*, essas questões não têm a mesma importância. Em algumas jurisdições, não pode haver tentativas judiciais ou doutrinárias para distinguir *rationes* de *dicta* e os tribunais podem se considerar livres para citar qualquer parte de julgamentos anteriores (ver Capítulo 7, Seção IV). Se, como na França, os precedentes não têm, em princípio, nenhuma autoridade formalmente vinculante, haverá pouca necessidade de buscar distinções entre elementos vinculantes e não obrigatórios em um precedente.” MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 507.

⁶² BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 484.

‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta”⁶³. Todavia, no âmbito da *civil law*, como no Brasil, em várias decisões de tribunais tomadas como precedentes, já existe a explicitação da tese jurídica adotada, ou existe uma tentativa de evidenciar a norma do caso, como ocorre na edição de súmulas. Ademais, tratando-se de precedente interpretativo, a decisão paradigma é sempre observada ao lado do texto normativo a que se refere, auxiliando na revelação da norma. Em face disso, ao tratar do método de Goodhart para identificação da *ratio decidendi*, William Pugliese considera que, nos países da tradição romano-germânica, por terem como fonte primária do direito a própria lei, seriam desnecessários maiores esforços para extrair a essência normativa do precedente. Vejam-se suas palavras:

Goodhart não faz qualquer menção à interpretação de leis. Sua fundamentação é integralmente baseada na apreciação de fatos pelo juiz e nas regras criadas pelo próprio julgador. Por essa razão, o método de identificação de *ratio decidendi* cunhado pela *common law* não se revela compatível com a tradição civilista. O juiz de um sistema romano-germânico não pode buscar a solução dos litígios apenas nos fatos. Sua principal referência deve ser a lei⁶⁴.

Todavia, não obstante a prevalência do precedente interpretativo no sistema jurídico nacional, não se pode concordar com a tese da desnecessidade absoluta de referência aos fatos materialmente importantes para o julgamento precedente, mesmo em se tratando da solução de impasse quanto à interpretação de texto normativo. Como observa Luiz Guilherme Marinoni, ainda que a tradição da *civil law* tenha inicialmente acreditado que bastaria ao juiz aplicar a lei, mediante enquadramento dos fatos ao texto normativo, o impacto do constitucionalismo conduziu à aproximação da atuação jurisdicional do magistrado da tradição romano-germânica à dos juízes da *common law*. Ademais, além do constitucionalismo, também a técnica legislativa de cláusulas gerais repercutiu sobre a “dignidade dos fatos” no sistema jurídico brasileiro. Assim como as cláusulas gerais, os princípios constitucionais apresentam textura mais aberta, exigindo maior análise dos fatos relacionados ao caso concreto⁶⁵.

No ponto, não há como olvidar a observação de Marinoni. De fato, ainda que meramente interpretativos, os precedentes judiciais sempre atuam na relação entre a norma

⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

⁶⁴ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 83. (Coleção o novo processo civil).

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 184-185.

interpretada e os fatos da causa. Nota referido autor que mesmo os precedentes que instituem teses jurídicas são relacionados a casos com especificidades fáticas. Dessa forma, segundo entende, “o sentido atribuído à lei ou à Constituição só pode ser compreendido a partir da moldura fática do caso em que se insere a questão de direito resolvida”⁶⁶. Destaca ainda Marinoni que, mesmo em se tratando de processo objetivo, como no caso do controle concentrado de constitucionalidade, para outorgar estabilidade e segurança à ordem jurídica, a decisão deveria ser “considerada a partir de sua *ratio decidendi* ou, em outra terminologia, por seus ‘motivos determinantes’”. Nesse caso, não importaria apenas o dispositivo da decisão que, por exemplo, atribua determinado sentido vinculante a certa norma jurídica, mas a extração da *ratio decidendi* dos fundamentos do *decisum*, para aplicar nas situações relativas a lei similar⁶⁷.

Assim, para se compreender adequadamente uma tese ou um enunciado de uma súmula, por exemplo, deve-se atentar para os fatos relacionados aos seus precedentes (ou precedente), tarefa não somente do juiz do *instant case*, mas também das partes e seus advogados, que se obrigam a justificar a tentativa de alguma distinção, em razão de possível discrepância dos fatos materiais relevantes⁶⁸. Nesse sentido, releva notar a crítica que Juraci Mourão Lopes Filho tece ao uso dos precedentes judiciais, tomados como se fossem regras semelhantes às leis e submetidas a processo de subsunção. Destaca que os enunciados das súmulas, por exemplo, não poderiam ser tratados como as leis, de forma geral e abstrata, sem que sua interpretação seja guiada pelos precedentes que as autorizam, sob pena de admitir-se

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 186.

⁶⁷ *Ibid.*, 2016, p. 187.

⁶⁸ Vale registrar a observação de Diogo Bacha e Silva e Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia no sentido de que os enunciados das súmulas são extratos de casos precedentes, pelo que tais verbetes somente podem ser compreendidos a partir da análise das circunstâncias fáticas inerentes aos precedentes que ensejaram sua criação. Em suas palavras: “Ora, se a mera citação de lei não é capaz de cumprir a exigência constitucional de fundamentação, a mera citação de Súmula ou de precedente também não é. Para se considerar justificada uma decisão o julgador terá de mostrar como as circunstâncias fáticas do caso se ajustam à Súmula/precedente e, para isso, não é possível continuar-se a práxis desenvolvida no Brasil de uso de Súmula desvinculada dos casos que lhe deram origem. Uma Súmula é o extrato de um entendimento reiterado em vários casos; contudo, ela é apenas isso: o extrato de um entendimento, a ponta do *iceberg*, por assim dizer. Não é uma norma geral e abstrata, independente e autônoma, mas o resultado de um grupo de casos. Assim como a aplicação de um precedente, em países de *common law*, apenas é possível com a comparação entre as razões de fato e de direito entre os casos passado e presente, de igual modo a aplicação de uma Súmula deve guardar relação com os casos que lhe deram origem.” SILVA, Diogo Bacha; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Transcendentalização dos precedentes no novo CPC: equívocos acerca do efeito vinculante. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC)**, Fortaleza, v. 36, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1517>> Acesso em: 12 nov. 2017.

função legislativa ao Poder Judiciário⁶⁹. Sobre a extração de norma de um precedente para utilização em caso futuro, vejamos suas considerações:

Usar precedente não significa submeter os fatos do novo caso à norma pinçada do julgamento anterior. Não é subsunção. Usar precedente é utilizar a resposta hermenêutica dada anteriormente para responder o que se mostra no presente. Ocorre que usar demanda interpretar (lembre-se que se interpreta aplicando e se aplica interpretando), e interpretar um precedente não é determinar o que o tribunal emissor disse ou fez, mas constituir um sentido (fusão de horizontes do precedente e do aplicador), no que entram elementos do passado e do presente. Isso importa saber como a resposta dada (o ganho hermenêutico) se apresenta para solucionar o novo caso: se uma resposta próxima ou distante. O grau entre um e outro extremo é definido pela força hermenêutica.

O precedente traz um sentido apriorístico considerado antes de qualquer utilização posterior efetiva, ao que, normalmente, se denomina de sentido originário. É com ele que se realiza a segurança jurídica apriorística de que se falou no estudo das funções, e é com esse sentido que se produz uma certa previsibilidade de resultado: se assim foi decidido no passado, assim será presentemente⁷⁰.

O precedente interpretativo auxilia na compreensão da norma legal ou constitucional, já aplicada em face de fatos concretos específicos. Tende a revelar a norma jurídica reconhecida no *precedent case*, isto é, o sentido do texto da lei ou da Constituição para uma determinada situação de fato, mas não elimina outras possibilidades interpretativas, reveladoras de um sentido mais específico ou diferenciado em razão de novas circunstâncias particulares de fato. Daí a necessidade maior de identificar a *ratio decidendi*, a partir da observação dos fatos materiais, quando pretendida uma distinção (*distinguishing*). Note-se que, em princípio, não se faz crítica à construção de enunciados (súmulas ou teses), que podem auxiliar à compreensão do entendimento da corte ao prolatar determinada decisão vinculante. Não obstante, em razão da abstração dos enunciados das súmulas e das teses jurídicas, evidencia-se maior facilidade de encontrar o modo de encaixar novos fatos nas regras criadas pelos precedentes, pelo que se mostra essencial a observância dos fatos relevantes na edição de tais extratos, como, aliás, já exige o art. 926, § 2º, do Código de Processo Civil.

Na cultura jurídica da *civil law*, como visto, não se desenvolveu a prática de distinguir *ratio decidendi* de *obiter dicta*, pois a referência direta a um texto normativo abstrato e geral sempre economizou esforços mentais indutivos, que se mostram necessários na *common law*, para identificar a *rule of law* a partir dos fatos materiais da causa. Todavia, em razão do incremento de força dos precedentes judiciais, pode-se pensar que, no mínimo,

⁶⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 392.

⁷⁰ *Ibid.*, 2016, p. 413.

há maior necessidade de indicar os fatos materiais do precedente por ocasião do ato de distinção (*distinguishing*), pois a aplicação do precedente encontraria mais facilmente amparo na norma geral e abstrata desenhada, por exemplo, no enunciado da súmula. Entretanto, importa registrar novamente que, nos termos do art. 489, § 1º, V, do Código de Processo Civil, não se mostra correto invocar precedente ou súmula sem identificação dos seus “fundamentos determinantes” e demonstração do ajuste do *instant case* a esses anteriores fundamentos.

Ademais, mesmo uma interpretação da norma legal contida em um precedente não esgota os sentidos possíveis, que permanecem potencialmente variáveis a depender dos fatos da nova causa. Em uma analogia, assim como a luz branca do sol revela todas as suas potencialidades de cores somente quando se depara com os diversos objetos do mundo, de diferentes matizes, a norma abstrata em seu texto apenas pode desvelar suas nuances quando incide diretamente sobre os fatos concretos da realidade analisada. Assim, o mesmo texto normativo pode revelar elementos deontológicos diferentes, se confrontados com fatos materialmente diversos. Aliás, a norma sempre será aplicada em conexão com outras normas do sistema, tendendo à conexão de sentido. Como o texto legal ou constitucional não tem, assim, um único e definitivo sentido, podendo gerar normas diferenciadas para fatos materiais diferentes, não se pode sustentar que maior atenção aos precedentes interpretativos retire toda a utilidade ou mesmo necessidade da identificação da *ratio decidendi* do precedente, isto é, na linguagem normatizada, dos fundamentos determinantes.

Não é necessário abandonar a *civil law* para adoção do *stare decisis*. Com efeito, pode-se perceber que o respeito aos precedentes judiciais configura uma ferramenta perfeitamente ajustável às duas tradições, e utilizável para permitir a maior coerência das respostas do sistema jurídico. Por certo, não se pode desconsiderar que a criação livre do direito, ao arpejo dos paradigmas legislativos e constitucionais não favorece a segurança jurídica e a igualdade, deparando-se os juristas da tradição *common law* com sérias dificuldades. Note-se que não se trata de transformar o Brasil em um país de tradição *common law*. Nem mesmo é necessário sustentar que se trata de um sistema jurídico híbrido⁷¹. Considera-se possível a convivência dos dois parâmetros de estabilização das expectativas jurídicas, como ocorre nos Estados Unidos da América: a lei e o precedente judicial. Como visto, mesmo nos países de tradição *common law*, há ramos jurídicos próprios para a construção judicial do direito, isto é, sem fundamento último em texto legal (*statute*). Por

⁷¹ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 30.

outro lado, vários ramos jurídicos são fundados primordialmente em textos legais e na Constituição, o que permite, neste último caso, a maior estabilização das interpretações jurídicas, ou seja, da construção judicial da norma a partir da interpretação de textos normativos.

A observância do precedente deve ser fundada na necessidade de atribuir o maior grau possível de coerência ao sistema jurídico como um todo, na esteira do que Dworkin considera como integridade. Nesse sentido é que a atribuição de peso gravitacional ao passado justifica observar as decisões precedentes e, com base nelas, construir uma teoria coerente de princípios que fundamenta a nova decisão. Tem-se que é possível aprender com a experiência estrangeira, mas com o fim de identificar métodos e ferramentas necessárias à adaptação do uso do precedente vinculante de forma mais efetiva no sistema jurídico nacional sem, contudo, transformar abruptamente a tônica legalista do sistema, negando-se a tradição romano-germânica.

5.3 A observância do precedente judicial e o novo Código de Processo Civil: as possibilidades de distinção e superação do precedente vinculante

Neste último tópico do estudo, deve-se voltar os olhos a alguns aspectos gerais do novo Código de Processo Civil, especialmente quanto à observância dos precedentes judiciais a que se refere. Não se pretende abordar em minúcias cada um dos “precedentes” referidos pelo novo diploma processual, no que importa às suas características vinculantes e técnicas processuais respectivas, pois o enfrentamento desses pontos extrapolaria em muito os objetivos do presente estudo, que se concentra em traçar linhas básicas para a construção de uma teoria sobre os precedentes judiciais no Brasil. O objetivo é necessariamente mais modesto: observar os contornos mais amplos da estruturação do tema dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil para, à luz do modelo coerentista trabalhado na pesquisa, possibilitar o vislumbre de um esboço teórico a partir do qual se poderia pensar na construção de uma doutrina jurídica adequada ao tema.

No que se refere ao teor do art. 927 do Código de Processo Civil, Luiz Guilherme Marinoni o considera como meramente exemplificativo e desnecessário. Ademais, para o citado autor, que tem uma visão restritiva quanto ao conceito de precedente judicial, os quais somente seriam oriundos das “Cortes Supremas”, seriam exemplos de decisões enquadradas nessa categoria, as tomadas em controle concentrado de constitucionalidade e as relativas a

recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 927, I e III). De outra parte, mesmo constando expressamente no inciso III do art. 927, para Marinoni, não se enquadrariam como precedentes as decisões tomadas em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, as quais somente deveriam ser observadas por sua natureza *erga omnes*. Nas palavras do citado autor:

Precedente é gênero, que obviamente encarta os precedentes firmados em controle concentrado (art. 927, I, do CPC/2015) e os precedentes estabelecidos em ‘julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos’ (art. 927, III, do CPC/2015). Já as decisões proferidas nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas – deixando de lado, por enquanto, a questão da ilegitimidade constitucional das decisões que prejudicam os que não participaram –, deveriam ser observadas em razão de sua natureza *erga omnes*⁷².

Impossível deixar de notar que Marinoni faz uma leitura muito particular do teor do art. 985 do CPC/2015, com o intuito de afastar a caracterização de decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas como precedente. Afirma o autor que as decisões proferidas em tais incidentes “não têm qualquer preocupação em orientar a sociedade ou a solução de casos futuros, pois objetivam regular uma questão litigiosa que está presente em vários casos pendentes”, enquanto, em sua perspectiva, um sistema de precedentes se destinaria a “outorgar autoridade às *rationes decidendi* firmadas pelas Cortes Supremas”⁷³. Quando da referência ao inciso II do art. 985, o autor logo o associa ao art. 986, para afirmar que a decisão proferida no incidente poderia “ser revista em face de ‘casos futuros’”⁷⁴, esquecendo-se que o dispositivo é claro ao estabelecer que a “tese jurídica” decorrente do incidente “será aplicada”, nos termos do referido inciso, “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”. Não há, portanto, justificativa racional para excluir da qualificação de precedente, a referida decisão, cuja tese jurídica regula os casos futuros. A ideia defendida por Marinoni de que somente as “Cortes Supremas” proferem decisões qualificadas como precedentes não encontra respaldo no direito estrangeiro, nem corresponde ao que se observa nas regras processuais do país, ainda que se adote uma visão formalista.

Em trilha semelhante à aberta por Marinoni, avança Daniel Mitidiero, observando que o art. 927 do novo Código de Processo Civil é meramente exemplificativo e incompleto. Refere Mitidiero, por exemplo, que o dispositivo deixou de fazer menção aos recursos

⁷² MARINONI, Luiz G. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 288.

⁷³ *Ibid.*, 2016, p. 321.

⁷⁴ *Ibid.*, 2016, p. 322.

extraordinários e especiais não repetitivos e aos embargos de divergência, eis que não seria necessário ao estabelecimento de um precedente utilizar-se da forma repetitiva (arts. 1.036 a 1.041 do CPC) ou do recurso à assunção de competência (art. 947 do CPC). Ademais, critica o fato de se colocarem precedentes e súmulas em um mesmo plano, quando os enunciados das súmulas seriam somente extratos⁷⁵. Negando o caráter de precedente às decisões proferidas em incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, que considera como “jurisprudência uniformizadora”, mesmo que se trate de um único julgado, observa que a sua violação desafiaria “recurso adequado cabível”, mas reconhece que o diploma processual civil estabelece o manejo de reclamação, na forma do inciso IV, do art. 988.

Por seu turno, Hermes Zaneti Jr. diferencia precedentes vinculantes de jurisprudência persuasiva, esta última apenas referente às decisões proferidas por tribunais não vinculados hierarquicamente, como os Tribunais de Justiça de Estados diversos. Ademais, Zaneti Jr. propõe a classificação dos precedentes judiciais vinculantes em três classes que, de forma resumida, são: a) *precedentes normativos vinculantes*, cuja vinculação decorre de exigência racional e não de previsão legal; b) *precedentes normativos formalmente vinculantes* (de *iure*), para os quais há imposição legal de vinculação, além da exigência racional; e c) *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes* (de *iure*), os quais permitem, em favor de sua defesa, o manejo de impugnação por via autônoma e extraordinária, diretamente aos tribunais superiores (*per saltum*). Considera o referido autor que, muito embora todos os precedentes admitam superação e distinção, os formalmente vinculantes não permitiriam ser superados (*overruling*) por tribunal hierarquicamente inferior, e ainda demandariam quórum qualificado para tanto⁷⁶.

Quanto ao elenco de “precedentes” do novo Código de Processo Civil, Zaneti Jr. afirma que a ideologia do novo diploma processual seria “claramente voltada para a vinculatividade formal das decisões e técnicas de externalização das decisões elencadas nos incisos do art. 927”⁷⁷. De outra parte, ao contrário de Marinoni e Mitidiero, afirma não haver como negar a possibilidade de precedentes oriundos dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça. Em suas palavras:

⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 93.

⁷⁶ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 325-326.

⁷⁷ *Ibid.*, 2016, p. 362.

Afirmar que as cortes estaduais e os tribunais regionais federais vinculam por ‘jurisprudência’, nos casos de incidente de assunção de competência e de incidente de resolução de demandas repetitivas, representa deixar de perceber o papel destes tribunais na formação, aplicação e alteração do modelo de precedentes assinado pelo Código e deixar de separar claramente o que nós tínhamos antes dele: um modelo de jurisprudência persuasiva; do que agora se formou: um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes⁷⁸.

Sobre a observância dos precedentes pelos juízes e tribunais em face do previsto no novo Código de Processo Civil, após classificar os precedentes judiciais brasileiros em vinculantes e não vinculantes, notando que estes últimos seriam apenas persuasivos ou argumentativos, Alexandre Freitas Câmara considera equivocada a ideia de que o art. 927 do referido diploma processual atribuiria eficácia vinculante aos precedentes. Para o citado autor, o dispositivo apenas criaria para os juízes e tribunais um “dever jurídico”, que seria “levar em consideração, em suas decisões, os pronunciamentos ou enunciados sumulares indicados nos incisos do art. 927”. A eficácia vinculante, quando existente, não resultaria desse dever geral de “observação”, mas do teor de outra norma jurídica específica que atribua, de forma expressa, essa eficácia. Inexistindo uma norma específica, os “precedentes” (*lato sensu*) seriam meramente persuasivos ou argumentativos. Desse modo, entende Câmara que teriam eficácia vinculante apenas as decisões e os enunciados referidos nos incisos I, II e III do art. 927, sendo apenas persuasivos os relacionados nos incisos IV e V desse dispositivo⁷⁹.

Nesse sentido, o efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade decorreria diretamente do art. 102, § 2º⁸⁰, da Constituição Federal, ao passo que os efeitos da súmula vinculante já seriam estabelecidos pelo art. 103-A⁸¹ do Texto Maior, não havendo dependência do art. 927, I e II, do Código de Processo Civil. Nessa mesma linha, observa Alexandre de Freitas Câmara que o efeito vinculante dos acórdãos decorrentes de incidente de assunção de competência e do incidente de resolução de demandas repetitivas foi estabelecido, respectivamente, pelos

⁷⁸ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 373.

⁷⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 440.

⁸⁰ CF/88: “Art. 102. [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

⁸¹ CF/88: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

artigos 947, § 3^o⁸², e 985, I e II⁸³, do Código de Processo Civil, enquanto a eficácia vinculante dos acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos decorreria do teor do art. 1.040, I, II e III⁸⁴, não sendo reflexo do art. 927, III, do mesmo estatuto processual. Por outro lado, os demais enunciados de súmula do STF e do STJ e a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais não seriam vinculantes, mas meramente argumentativos ou persuasivos⁸⁵.

Juraci Mourão Lopes Filho, no enfrentamento do tema sob a perspectiva da Hermenêutica Filosófica e do direito como integridade, observa que o Código de Processo Civil não teria estabelecido qualquer dicotomia entre precedentes vinculantes e persuasivos. Para o citado autor, “todo precedente vincula” e, independentemente de estarem arrolados no art. 927 do CPC, “deve, necessariamente, ser observado e considerado dentro de seus limites hermenêuticos e relevância para o caso posterior”⁸⁶. Como já visto, para Lopes Filho, toda decisão judicial pode gerar um precedente, desde que haja “ganho hermenêutico, pois é uma resposta institucional a um caso, na qual se faz a mediação entre Direito e realidade”. Assim, considera que a justificativa para o rol limitado do art. 927 do CPC é que os itens (súmulas, decisões, etc) nele constantes dispõem de instrumentos processuais específicos para sua promoção ou proteção, isto é, “o uso da reclamação no caso de inobservância (medida protetiva) ou viabilizar decisões mais céleres (medidas promocionais) no intuito de que aquilo que foi neles assentado seja reproduzido em outros julgados”⁸⁷.

Destaca Lopes Filho que, enquanto para combater o desrespeito às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e

⁸² CPC/2015: “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. [...] § 3^o O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”.

⁸³ CPC/2015: “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: 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”.

⁸⁴ CPC/2015: “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;”.

⁸⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 440-442.

⁸⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 303.

⁸⁷ *Ibid.*, 2016, p. 301-303.

às súmulas vinculantes haveria previsão de reclamação na própria Constituição Federal, para os casos relativos às decisões proferidas em incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e de julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, o uso de reclamação encontraria respaldo no art. 988⁸⁸ do novo diploma processual civil. De outra parte, refere-se à possibilidade de improcedência liminar da demanda (art. 332), de decisões proferidas pelo relator (art. 932, IV e V) e tutela provisória de evidência (art. 311, II) com base em decisões e enunciados de súmula que também se encontram elencados no art. 927. Observa o citado autor que, muito embora tenha havido uma tentativa legislativa de favorecimento de elementos formais dos precedentes, com uma “ordenação de cúpula”, inclusive pela alocação principal do trato do tema no Livro III (Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais), o rol do art. 927 não traria todas as possibilidades de decisões que se podem considerar precedentes, nem poderia estabelecer “uma ordem de prioridade ou hierárquica, porque, de um modo geral, a sistematização dos precedentes se dá em rede e não de forma piramidal”⁸⁹.

Do confronto das ideias doutrinárias, e tendo em vista um esboço teórico mais abrangente, que consiga justificar de forma consistente a exigência de observação dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, pode-se concluir que, independentemente de previsão normativa expressa, o precedente apresenta poder vinculante, e deve ser observado para elevação da coerência do sistema jurídico, permitindo obterem-se respostas institucionais mais corretas. Com o reforço da classificação idealizada por Zaneti Jr., pode-se perceber a existência de decisões que vinculam por imposição da racionalidade e não por haver previsão legal específica (precedentes normativos vinculantes). Note-se que, conforme leciona o citado autor, os denominados precedentes normativos formalmente vinculantes (fortes ou não) também devem ser seguidos por exigência racional, apenas havendo o acréscimo da previsão normativa formal. Ou seja, é a demanda da própria racionalidade o denominador comum de toda e qualquer exigência de observação dos precedentes judiciais. Em termos de argumentação jurídica, não há como destacar como relevante para justificar a observância ou não de determinado precedente a eventual existência de instrumentos especiais de impugnação, a exemplo da reclamação (art. 988, CPC), a serem manejados posteriormente.

⁸⁸ CPC/2015: “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;”.

⁸⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 94-101.

Ademais, superado o positivismo jurídico clássico, sabe-se que a racionalidade jurídica vai além das previsões normativas expressas.

Dessa forma, na linha do entendimento de Alexandre Freitas Câmara, considera-se que o art. 927 do Código de Processo Civil, conquanto incompleto e tecnicamente falho, evidencia um dever jurídico de natureza processual para os juízes e tribunais no sentido de observarem os precedentes judiciais em suas decisões, ou seja, de reconhecerem sua existência e força vinculante, mesmo que não os apliquem em determinado caso. Ademais, o dispositivo não pode ser considerado de todo dispensável, mormente em razão de ter um efeito pedagógico, revelando formalmente o viés precedentalista pretendido com o novo modelo processual. Ainda que os precedentes judiciais devam ser observados por razões de lógica e coerência, o reforço formal da legislação deve ser visto como algo positivo, como um ponto de apoio à quebra de paradigmas positivistas e exegéticos que ainda insistem em permanecer na estrutura do pensamento jurídico nacional. De mais a mais, a falta de melhor sistematicidade na construção da norma não desnatura sua valia, pois cabe à doutrina a busca da sistematização, por meio de construções teóricas adequadas à prática jurídica em face da nova realidade. O primeiro passo é o reconhecimento do elemento normativo inerente ao precedente judicial. Em seguida, impõem-se a tarefa de substituir os modelos teóricos inadequados. No caso, considera-se imprescindível remover as bases fundacionalistas do pensamento jurídico, para que o sistema jurídico nacional, integrado também por elementos normativos decorrentes das próprias decisões judiciais, possa ser lido a partir do paradigma epistemológico coerentista.

Tendo por suporte o pensamento de Ronald Dworkin, pode-se concluir que a permanente busca de coerência eleva as possibilidades de encontrarem-se respostas corretas (ou mais corretas) em direito. O precedente deve ser utilizado para auxiliar nessa tarefa. Todavia, isso demanda a mudança de postura do jurista, já que não se pretende apenas a repetição de decisões passadas (coerência estrita), como se fossem respostas prontas e imodificáveis a serem encaixadas ainda que forçadamente em novos problemas semelhantes, o que configuraria um equívoco. Para Dworkin, como visto ao longo deste estudo, deve-se buscar uma coerência mais ampla, o que sugere, por vezes, o afastamento de uma linha de precedentes consolidados. Lembre-se que, como referido por Melvin Aron Eisenberg o modelo de dupla coerência é a melhor forma de se criticar racionalmente uma decisão judicial, verificando se a resposta dada atende, ao mesmo tempo, tanto à congruência social quanto à consistência sistêmica. O elemento normativo da decisão precedente deve ser aferido

a partir de suas relações com as demais normas do sistema jurídico (Constituição, leis, etc.) em busca de uma totalidade o mais coerente possível. Ainda, os sentidos normativos não são estanques, mas se encontram em evolução constante, junto à sociedade a que servem. Tanto o ingresso de novos elementos jurídico no sistema, quanto as mudanças sociais, interferem na interpretação (compreensão) das normas jurídicas, e têm impacto na sua aplicação.

Ademais, todo sistema jurídico que respeita precedentes judiciais desenvolve técnicas determinadas a afastar a aplicação de um precedente em casos concretos onde, *prima facie*, deveria incidir. Nos sistemas da tradição *common law*, fala-se principalmente nas técnicas de *distinguishing* e de *overruling*, com algumas variações. Nota-se que o Código de Processo Civil também observou a possibilidade de o julgador, de forma legítima, deixar de aplicar determinado precedente judicial, ao exigir que o magistrado demonstre “a existência de distinção” ou a “superação do entendimento” (art. 489, § 1º, VI). Os próprios termos do *caput* do art. 927 do Código de Processo Civil, estabelecendo que os juízes e tribunais “observarão” os precedentes, enunciados e orientação jurisprudencial que relaciona, indica que não há um automatismo em seguir o teor do precedente, mas sim, a obrigação de reconhecer sua existência vinculante. Em outras palavras, mesmo o magistrado de primeira instância pode deixar de seguir precedente da mais alta corte, desde que, de forma fundamentada, evidencie os motivos da distinção do caso em julgamento ou a superação da *ratio decidendi* do julgado paradigma. Importa, portanto, analisar brevemente essas possibilidades de afastamento do precedente.

Nota-se que a “distinção” referida pelo Código de Processo Civil é o equivalente nacional à técnica do *distinguishing*, por meio da qual, na tradição da *common law*, o julgador identifica no *instante case* algum elemento que materialmente diferencia o novo caso do precedente, a ponto de afastar a incidência de seu elemento normativo vinculante. Nesse processo, é fundamental a compreensão da *ratio decidendi* do precedente (ou dos seus fundamentos determinantes, na linguagem do art. 489, § 1º, V, CPC), especialmente no aspecto fático, pois é a similitude dos fatos materiais da causa atual com a precedente que pode justificar a incidência da mesma norma. Sobre o ponto, vejam-se as palavras de Marinoni:

O *distinguishing* expressa a distinção entre os casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento ao precedente. Assim, é necessário delimitar a *ratio decidendi*, considerando-se os fatos materiais do primeiro caso, ou seja, os fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão. O *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre

os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos.

A técnica do *distinguishing* (ou distinção) já demonstra, de imediato, que um sistema de respeito aos precedentes judiciais não dispensa o raciocínio dos tribunais e juízes de primeira instância sobre o aspecto fático-jurídico do caso, mas antes o pressupõe. Por certo, não pode haver apenas a repetição cega do precedente, numa visão estreita e limitada do poder do precedente. Note-se que não se deve seguir o precedente apenas por fundamento formal de respeito à hierarquia, já que a decisão precedente, mesmo do tribunal superior, não substitui o novo julgamento, que deve levar todo o sistema jurídico em conta, observando-o em sua pretensão de coerência. É essa busca por coerência de princípio que, na esteira do pensamento de Dworkin, se pode obter uma resposta correta aos problemas jurídicos à luz do ordenamento. A repetição estrita do precedente anterior, sem sua análise crítica, pode levar à incoerência do sistema como um todo, por desconsiderar distinções necessárias nos fatos ou incremento de novos elementos normativos no sistema, ensejando a já referida hiperintegração.

Não se trata, em verdade, de mera recusa do julgador em seguir precedente obrigatório. Note-se que, por meio da distinção, o magistrado deve evidenciar de modo fundamentado a não incidência da regra tornada vinculante em razão do *precedent case* na nova causa, cujos fatos materiais, em ponto relevante, são distintos da anterior, demandando resposta diferente do sistema jurídico. Com base nas lições de A. W. B. Simpson, Otávio Verdi Motta destaca ser fundamental, no uso da técnica do *distinguishing*, a justificativa dos motivos concretos da distinção, sob pena de evidenciar-se com arbitrária. Para o citado autor, “distinguir não envolve simplesmente a indicação de uma diferença factual entre dois casos, mas envolve essa distinção como meio de justificação para recusar a aplicação do precedente”⁹⁰. Dessa forma, através da distinção, o magistrado de primeira instância pode deixar de aplicar um precedente vinculante do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal a que esteja vinculado, não por discordar de seu teor, mas por evidenciar, de modo fundamentado, que os fatos materiais do caso que tem em mãos são distintos em ponto relevante do suporte fático inerente à decisão precedente.

Por seu turno, o *overruling* caracteriza-se como outra técnica comumente utilizada na tradição *common law* para não aplicação de precedentes vinculantes, consistindo no

⁹⁰ MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 205.

reconhecimento da superação do entendimento firmado no *precedent case*. Conforme leciona Juraci Mourão Lopes Filho, a superação do precedente pode ser total ou parcial, sendo de competência exclusiva da corte emissora, já que corresponde ao “abandono do entendimento”, seja “por uma alteração mais profunda dos elementos que incidiram no círculo hermenêutico que ensejou o precedente” ou em razão de se perceber “a fragilidade do precedente formado”⁹¹. De outra parte, Marinoni considera o *overruling* como uma revogação do precedente, que deve, todavia, ocorrer apenas em circunstâncias especiais. Afirma o citado autor que não existiria sistema de precedentes se “as Cortes Supremas não se submeterem a critérios especiais para revogar os seus precedentes”⁹².

Como observa Otávio Verdi Motta, na base da técnica do *overruling*, encontra-se a “compreensão de que o direito precisa desenvolver-se, o que seria impedido com uma rígida e inalterável aderência ao precedente – ideia que embasou o *Practice Statement* de 1966 que autorizou o *overruling* no âmbito da *House of Lords*”⁹³. Com efeito, se o direito deve atender à sociedade, inexistente possibilidade de que suas regras sejam cristalizadas e inalteráveis de forma absoluta. Em qualquer sistema jurídico, seja da *common law* seja da *civil law*, sempre se pode observar um certo descompasso do material normativo com as demandas sociais, o que implica uma permanente tensão entre “justiça” (ou maior correção) e segurança jurídica (estabilidade). As mudanças na sociedade ocorrem em um filme contínuo, onde se podem visualizar sempre novas situações econômicas, avanços na tecnologia, reestruturação das relações sociais etc., enquanto o Direito, a reboque desse fluxo, surge como “fotografias” de uma realidade que logo envelhece e cobra alterações. Assim, também as normas jurídicas estabelecidas a partir de precedentes judiciais estão sujeitas a esse natural desgaste, perdendo aderência ao substrato social, ao tempo em que se deparam com outras novas normas do sistema jurídico com as quais precisam entrar em harmonia.

Nesse sentido é que Luiz Guilherme Marinoni, não obstante adote uma postura mais formalista e de supervalorização da hierarquia no que se refere aos precedentes judiciais, termina por observar, com base nas lições de Melvin Aron Eisenberg, que os requisitos básicos para a superação do precedente seriam “a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica”, a serem confrontados com “os critérios que ditam as razões para

⁹¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 310.

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 252-253.

⁹³ MOTTA, Otávio Verdi. Op. cit., 2015, p. 206.

a estabilidade ou para a preservação do precedente⁹⁴. Note-se que se trata justamente do modelo de dupla coerência (*Model of Double Coherence*) referido em momento anterior deste estudo, tomado como critério de aferição de correção de determinada interpretação jurídica em uma decisão judicial, que evidencia a demanda de superação de um precedente, devendo ser sopesado, segundo Eisenberg, com as exigências de estabilidade, para convergência ao modelo do mundo real (*Real-World Model of the Common Law*). Sobre a utilização desse modelo para a superação de precedentes, observem-se as palavras de Melvin Eisenberg:

As a process, overruling is comparable in important respects to other basic modes of legal reasoning, which, like overruling, involve an interplay between the standards of social congruence, systemic consistency, and doctrinal stability. Indeed, overruling may serve the values that underlie the standard of doctrinal stability and the principle of stare decisis as well as or better than preservation. The principle of overruling and stare decisis are not inherently opposed⁹⁵.

Importante notar que, para favorecer a segurança jurídica, o novo Código de Processo Civil estabeleceu a possibilidade de ampliar o debate sobre a necessidade de superação de entendimento. Assim, para a rediscussão de tese jurídica adotada em súmula ou em julgamento de casos repetitivos, prevê a realização de audiências públicas (art. 927, § 2º). Ademais, para modificação de súmula ou jurisprudência pacificada ou tese adotada em julgamento de casos repetitivos, torna necessária adequada e específica fundamentação (art. 927, § 4º). Ainda, com o fim de preservar a segurança jurídica ou o interesse social, possibilita a modulação dos efeitos da decisão que altera jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores, ou oriunda de julgamento de casos repetitivos (art. 927, § 3º)⁹⁶.

Vale registrar, por importante, a possibilidade reconhecida na doutrina jurídica da *common law* de superação de precedente judicial diretamente pela corte hierarquicamente

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 254.

⁹⁵ Em livre tradução: “Como um processo, o *overruling* é comparável em aspectos importantes a outros modos básicos de raciocínio jurídico, que, como a superação, envolvem uma interação entre os padrões de congruência social, consistência sistêmica e estabilidade doutrinária. Com efeito, o *overruling* pode atender aos valores que estão subjacentes ao padrão de estabilidade doutrinária e ao princípio de *stare decisis*, bem como ou melhor do que a preservação. Os princípios de *overruling* e *stare decisis* não são inerentemente opostos.” EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 126.

⁹⁶ CPC/2015: “Art. 927. [...] § 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. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

inferior. Denominada de *antecipatory overruling*, possibilita ao julgador deixar de aplicar precedente firmado em instância superior por considerar que se encontra materialmente superado ou em vias de superação pela corte prolatora da decisão paradigma, ainda que não formalmente superado. No ponto, observando que a técnica fora introduzida de forma arrojada pelos tribunais dos Estados Unidos, como uma delegação tácita para proceder ao *overruling*, assim observa José Rogério Cruz e Tutti:

Consiste na revogação preventiva do precedente, pelas cortes inferiores, ao fundamento de que não mais constitui *good law*, como já teria sido reconhecido pelo próprio tribunal *ad quem*. Basta, portanto que na jurisprudência da corte superior tenha ocorrido, ainda que implicitamente, uma alteração de rumo atinente ao respectivo *precedente*⁹⁷.

Sobre o *antecipatory overruling*, Luiz Guilherme Marinoni considera que, muito embora a doutrina fale em revogação antecipada, trata-se realmente de situação em que o julgador deixa de aplicar precedente que se encontra prestes a ser revogado pela Corte Suprema. Observa o citado autor que, conquanto seja polêmica, a técnica de antecipar os efeitos da superação poderia conviver com o *stare decisis*, considerando que “a atenuação da autoridade dos precedentes é saudável à própria lógica do sistema de precedentes obrigatórios”. Ademais, refere Marinoni que, ao se deparar com situações de superação antecipada de seus precedentes pelas Cortes de Apelação, a Suprema Corte americana teria silenciado, não proibindo nem autorizando explicitamente a prática⁹⁸. Para o caso do direito brasileiro, Marinoni afirma que seria possível a utilização da técnica quanto houvesse decisões concretas das “Cortes Supremas” (STF e STJ) indicativas de que não estariam mais acolhendo a tese do precedente, o qual estaria em vias de ser revogado⁹⁹.

Como se observa, o novo Código de Processo Civil trata de duas possibilidades de não aplicação do precedente judicial (distinção e superação), o que não afasta várias outras possibilidades técnicas de modificação e afastamento do precedente judicial. Aliás, para além da visualização antecipada do *overruling*, Juraci Mourão Lopes Filho defende a possibilidade de utilização de “desafio” a um precedente por qualquer juiz ou tribunal, “desde que apresente fundamentação específica a respeito de como o paradigma assentado fere a integridade do

⁹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 180.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 262.

⁹⁹ *Ibid.*, 2016, p. 269.

direito no caso concreto”¹⁰⁰. Nesse sentido, seria possível à corte inferior deixar de aplicar o precedente de uma corte hierarquicamente superior também em razão do seu efeito negativo para a integridade e coerência do direito. Haveria, portanto, um desafio ao precedente superior, que poderia, em tese, favorecer a evolução do direito. Todavia, o desafio ao precedente somente poderia ser utilizado em caso excepcionais, impondo ao juiz ou tribunal prolator elevado ônus argumentativo, para evidenciar que, naquele caso concreto, o precedente causaria ferimento à consistência do sistema jurídico.

De fato, o direito é dinâmico, assim como a sociedade a que se destina, impondo uma reconstrução diuturna, em um equilíbrio delicado entre justiça e segurança, ou ainda, entre coerência e estabilidade. O desafio racionalmente justificado não representaria somente a opinião pessoal do juiz, mas sua liberdade de analisar o sistema jurídico em busca da melhor coerência para o sistema jurídico. Registre-se, não obstante, que não se poderia pensar na mera substituição da interpretação do tribunal superior por uma ideia particular de justiça, mas sim a argumentação racional evidenciando que a interpretação sistêmica conduz à melhor coerência do ordenamento em determinado sentido. Por certo, o desafio é uma técnica sujeita a controvérsia, sendo muito mais comum a utilização da distinção (*distinguishing*) ou de outros recursos para desenvolver ou restringir o sentido do precedente da corte superior.

Deve-se levar em consideração, ainda, que os precedentes judiciais no Brasil são em grande medida interpretativos de normas legais e constitucionais, o que conduziria, nos termos do entendimento esposado no âmbito da *common law*, à sua maior estabilidade. Note-se que, seguindo essa linha argumentativa, alteração constante do sentido de precedente que interpreta a lei teria o condão de violar a separação dos poderes, pois o Judiciário estaria avocando para si a competência para legislar. Assim, uma interpretação dada a determinado dispositivo legal tenderia a permanecer mais estável que um precedente sobre matérias afetas tradicionalmente à *common law*. Sobre o ponto, vejam-se as considerações de Robert Summers:

Moreover, precedents based upon the proper interpretation of a statute appear to have greater force in appellate courts than common law precedents dealing with areas of private law. See People v. Hobson, 39 N.Y.2d 479, 489 (1976) ('Precedents involving statutory interpretation are entitled to great stability. After all, in such

¹⁰⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 310.

*cases courts are interpreting legislative intention and a sequential contradiction is a grossly arrogated legislative power')*¹⁰¹.

Deve-se reconhecer que o Código de Processo Civil, ainda que não tenha sido adequadamente sistemático, estabeleceu um padrão de valores para o trato com os precedentes judiciais que não pode ser olvidado, isto é, a estabilidade, a coerência e a integridade (art. 926). Assim, qualquer doutrina ou teoria sobre os precedentes judiciais deve buscar a acomodação de forma harmônica desses ideais. Não há dúvida de que uma teoria que se pretenda científica deve ser necessariamente racional, e a racionalidade somente existe em sua plenitude, em um pensamento coerente. Do mesmo modo, a coerência das decisões judiciais importa para a igualdade jurídica, no viés ético-deontológico, ao passo que também apresenta implicação direta na correção das respostas fornecidas pelo sistema, sob o ângulo do modelo epistemológico coerentista subjacente à teoria jurídica de Ronald Dworkin.

Fundamental ter presente que não é a mera observância dos precedentes judiciais que ensejará maior segurança jurídica no ordenamento brasileiro. Note-se que também há graves problemas relativos à estabilidade e à previsibilidade nos sistemas da *common law*, ambiente no qual desenvolveu-se a polêmica teórica entre Dworkin e Hart, quanto à viabilidade de se pretenderem respostas corretas em Direito. Imprescindível é o desenvolvimento de um suporte teórico capaz de orientar a aplicação do direito de modo a conduzir o sistema jurídico à maior coerência possível. Como visto ao longo desta pesquisa, há relevantes divergências teóricas na doutrina nacional, no que se refere à aplicação dos precedentes judiciais e aos seus fundamentos primordiais, observando-se ainda muito apego a critérios formais de hierarquia e previsão legal expressa, reveladores de linha epistemológica fundacionalista. O próprio Código de Processo Civil mostra-se bem voltado ao alinhamento das decisões jurisdicionais com as instâncias superiores, haja vista não ter reproduzido no seu art. 332 o teor do art. 285-A do CPC/73¹⁰², que permitia a improcedência liminar da demanda com base em precedente do próprio juízo. Não obstante, o novo diploma processual refere-se diretamente à possibilidade de afastamento dos precedentes por distinção ou superação, de

¹⁰¹ Em livre tradução: “Além disso, os precedentes baseados na interpretação adequada de uma lei parecem ter maior força nos tribunais de apelação do que os precedentes de *common law* que lidam com áreas de direito privado. Ver *People v. Hobson*, 39 NY2d 479, 489 (1976) (‘Os precedentes que envolvem interpretação legal desfrutam de uma grande estabilidade. Afinal, em tais casos, os tribunais estão interpretando a intenção legislativa e uma contradição seqüencial é uma arrogação grosseira de poder legislativo’). SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 371-372.

¹⁰² CPC/73: “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

forma fundamentada, e ainda exige coerência e integridade, ao lado da estabilidade, para a jurisprudência.

Não sendo suficiente a mera existência da lei, cabe à ciência do direito a elaboração do suporte teórico necessário ao uso dos precedentes judiciais no Brasil, promovendo a compatibilização dos elementos normativos legislados com os oriundos da própria atividade jurisdicional, de forma a pavimentar o caminho a ser trilhado no raciocínio dos juristas. Nesse sentido, a teoria a se desenvolver deve tratar de forma coerente todos os fenômenos da mesma natureza que se relacionem ao problema dos precedentes judiciais. Considera-se incompleta uma teoria que trate somente dos tribunais superiores, esquecendo ou fechando os olhos para os fenômenos jurídicos que ocorrem nos tribunais de segundo grau e mesmo nos juízos de primeira instância. A teoria deve ser capaz de justificar a observância dos precedentes judiciais no sistema jurídico como um todo.

O norte da construção dessa teoria é a contínua busca da coerência do sistema jurídico, o que conduz à sua racionalidade. O precedente, nesse ideal, deve ser tomado como elemento de caráter normativo, contribuindo para a coerência do sistema jurídico. Somente assim, permitindo que o sistema se aperfeiçoe a cada aplicação da norma, o precedente judicial se justifica, como espaço próprio da razão jurídica, ao lado e vinculado à própria lei. Não há como negar que a razão humana convive com outras potencialidades inerentes ao homem, ser complexo que é. Todavia, a razão é importante, ou mais, fundamental para a intersubjetividade. Ainda que limitada frente ao desconhecido, a racionalidade é o pequeno farol do qual o ser humano não pode dispor, pois permite, no mínimo, o caminhar com passos mais seguros na desafiante busca de conhecimento. Sem o suporte da razão e desprovido do elemento que permite a crítica intersubjetiva, o Direito tende a se convolar em mero ato arbitrário de vontade.

Desse modo, deve-se observar os precedentes como forma de atribuir maior racionalidade à atividade jurisdicional, buscando-se a coerência do sistema jurídico como um todo. Diante da tendência da doutrina nacional (compreensível, em se tratando de sistema jurídico da família romano-germânica) de extrema formalidade no respeito aos precedentes, a ponto de os autores somente se referirem à obrigação de observar os precedentes em razão de previsão normativa expressa, é preciso continuar o trabalho de desenvolvimento de teoria que justifique de forma mais racional a prática do uso dos precedentes judiciais no Brasil.

Ademais, deve-se observar que mudança na forma de aplicação do direito, confrontando o precedente invocado com as circunstâncias fáticas do novo caso não importa somente à magistratura, mas a todos os profissionais que atuam no sistema de justiça. Note-se que a responsabilidade por demonstrar o vínculo fático da demanda com paradigma jurisprudencial ou a inaplicação do precedente ao novo caso, em razão de distinção ou de superação, é das próprias partes, através de seus advogados. Com efeito, juízes e advogados são, no Brasil, imersos em uma única cultura jurídica, sendo oriundos de uma mesma formação teórica nas faculdades de Direito e, ainda, compartilham uma similar forma argumentativa. Como regra, petições e decisões trazem estrutura expositivo-argumentativa similar. De fato, ainda que elaboradas para finalidades diversas, as peças jurídicas observam a exposição dos fatos da causa, como compreendidos pelo subscritor, a referência aos elementos normativos pertinentes à questão jurídica e a referência à doutrina e “jurisprudência” que reforcem os argumentos expostos. No caso dos precedentes, existe uma cultura de “escolha” de referências jurisprudenciais que justifiquem a decisão tomada, isto é, utilizada como argumento persuasivo.

O reconhecimento da força vinculantes dos precedentes judiciais impõe postura diferente dos profissionais, com trabalho direcionado à busca da coerência do sistema de justiça. Assim, deve haver maior cuidado dos julgadores no alinhamento de suas decisões para tornar o ordenamento normativo mais coerente. Lado outro, as partes devem atuar com maior lealdade na invocação de precedentes, não se podendo pensar em exigir dos julgadores maior detalhamento na fundamentação dos julgados, na forma do art. 489, § 1º, do novo Código de Processo Civil, se os principais interessados na causa não se dão ao trabalho de assim proceder. Nesse sentido, quanto ao uso dos precedentes, é dever primeiro das partes “identificar os fundamentos determinantes” do julgado paradigma que invoca e demonstrar que a eles o novo caso se ajusta adequadamente (art. 489, § 1º, V), bem como, demonstrar a distinção ou superação do precedente que pretende não seja aplicado (art. 489, § 1º, VI). Ora, mormente em se pensando no ideal de um processo cooperativo¹⁰³, alavancando-se os deveres

¹⁰³ Sobre o princípio da cooperação, encampado pelo Código de Processo Civil (art. 6º), assim se manifesta Humberto Theodoro Júnior: “O novo CPC adota como ‘norma fundamental’ o dever de todos os sujeitos do processo de ‘cooperar entre si para que se obtenha, em *tempo razoável*, decisão de mérito *justa e efetiva* (art. 6º). Trata-se de um desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes, mas que tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional. É, também, um consectário do princípio da boa-fé objetiva, um dos pilares de sustentação garantia constitucional do processo justo, como já se viu.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v.I, p. 81.

decorrentes da boa-fé, soa no mínimo desarrazoado exigir dos membros do judiciário um nível de análise dos fundamentos normativos utilizados quando os demais participantes do discurso assim não procedem, contentando-se, muitas vezes, na colagem de precedentes pinçados especialmente por se amoldarem ao seu interesse naquela causa. Note-se que a mera citação de ementas, prática comum em peças jurídicas, assemelha-se ao que, para Ronald Dworkin é simplesmente “coerência estratégica”, não contribuindo para a integridade do direito. A reciprocidade de deveres e a lealdade do discurso jurídico impõem-se a todos.

Da análise epistemológica realizada sob a perspectiva coerentista, ao lado da teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, considera-se que esse modelo de verificação do conhecimento pode ser utilizado com vantagem no âmbito jurídico para aferir a veracidade de enunciados normativos, a partir da coerência com a totalidade do ordenamento, ensejando a possibilidade de encontrarem-se respostas corretas (ou mais corretas) em direito. Tem-se que uma interpretação jurídica realizada na prática, assemelhando-se a uma tese não falsificada, facilitaria a identificação de outras interpretações sobre casos semelhantes. Para que o sistema jurídico seja racional deve mostrar-se, no mínimo, coerente, o que determina a integração harmônica de todos os seus elementos normativos, incluindo normas legais e precedentes judiciais. Todavia, isso não implica negar que o ordenamento contenha diversas normas de difícil compatibilidade em julgamento de casos concretos. O que se pretende é, na proposta interpretativa de Dworkin, a construção e reconstrução do sistema jurídico, por meio da solução de casos concretos, de forma mais coerente possível, com o fim de obterem-se as melhores (mais corretas) respostas aos problemas da prática jurídica.

6 CONCLUSÃO

Como se observou no curso desta pesquisa, houve um processo histórico de valorização do papel da jurisprudência como fonte do Direito no Brasil, culminando com a edição do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), o qual não somente indica como necessária a unificação da jurisprudência, para mantê-la estável, íntegra e coerente, como estabelece uma regra geral de observância dos precedentes (*stare decisis*). Todavia, a promulgação do novo diploma processual, adotando regras gerais sobre precedentes vinculantes, não dispensa a necessidade de novos estudos sobre os fundamentos para a utilização das normas jurisprudenciais, eis que a mudança na lei não desnatura a doutrina construída ao longo de muitos anos.

Observa-se uma tendência histórica na convergência das duas tradições jurídicas ocidentais, sendo adequada a observância dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, muito embora seja herdeiro da tradição romano-germânica. Dessa forma, torna-se importante que as tradições jurídicas possam aprender uma com a outra, traduzindo adequadamente os institutos jurídicos para cada realidade. Não se trata de transplantar institutos estrangeiros, desprezando a cultura jurídica local ou assumindo que teria havido uma alteração na estrutura do direito nacional. O Brasil não se tornou um país da tradição *common law*, nem é necessário pensar que constitui um sistema híbrido, mesmo apresentando traços de influência do direito norte-americano, como a maior liberdade do Poder Judiciário em face do Legislativo, controle difuso de constitucionalidade e unidade da jurisdição. Aliás, nota-se que *stare decisis* e *common law* não se confundem, tendo o sistema inglês existido por vários séculos sem a vinculação obrigatória aos precedentes. O sistema jurídico nacional deve observar a prática jurídica relativa ao *stare decisis* nos países da tradição *common law*, mas em razão da maior experiência em lidar com o efeito vinculante dos precedentes.

Importa, todavia, continuar os estudos e pesquisas em âmbito nacional para o desenvolvimento de uma teoria consistente que integre o precedente judicial de forma harmônica às demais fontes do direito. Aliás, não se pode perder de vista que a *common law* também tem sérias dificuldades, inclusive relativas à segurança jurídica, que o sistema brasileiro não precisa importar. Basta observar o que melhor funciona nos Estados estrangeiros que mais lidam com precedentes vinculantes, visando desenvolver uma forma de atuação com os precedentes que incremente mais coerência, justiça e estabilidade ao sistema jurídico nacional. Junto a isso, deve-se desenvolver uma base teórico-cultural para o uso

adequado dos precedentes judiciais, promovendo o exercício da prática forense em coerência com essa teoria.

A partir dos fundamentos para o respeito ao precedente, pode-se compreender a posição ocupada pela jurisprudência no sistema jurídico e as técnicas de referência às decisões anteriores para fundamentar novos julgados. Nesse sentido, tendo como marco teórico os estudos de Ronald Dworkin, pode-se considerar o precedente vinculante sob a perspectiva epistemológica e traçar o esboço de uma teoria geral sobre os precedentes judiciais. Como modo de valorização da racionalidade, é possível observar o fundamento epistemológico da coerência, ao lado de outras justificativas, para a estruturação de um sistema jurídico que respeite precedentes judiciais. Nessa perspectiva, a observância dos precedentes tem a importante função de promover a coerência do sistema jurídico, permitindo a busca de respostas corretas aos problemas jurídicos.

O destaque para o fundamento epistemológico coerentista subjacente à teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin e à sua tese da resposta correta em direito pode contribuir para a construção de uma base teórica sobre as regras jurisprudenciais, aproximando a Teoria do Direito da Teoria do Conhecimento. O respeito aos precedentes judiciais, nesse viés teórico, deve dar-se com a finalidade de elevação da coerência da ordem normativa, visando reduzir a discricionariedade do intérprete-aplicador. Assim, o precedente judicial é considerado mais um elemento do sistema jurídico, analisado com os demais elementos normativos para buscar a coerência da ordem jurídica como um todo.

A partir da aproximação da Teoria do Direito à Teoria do Conhecimento, conclui-se que deve importar aos juristas aferir a verossimilhança dos enunciados sobre o conteúdo das normas jurídicas e a “correção” das respostas normativas aos problemas práticos, pois ao fenômeno jurídico é inerente a “pretensão de correção”. À Ciência do Direito também deve importar o alcance de “conhecimento verdadeiro” e o fornecimento de respostas corretas para problemas práticos, tendo por “verdadeira” a “crença justificada”, a partir da verossimilhança de um enunciado no âmbito de determinado sistema. O termo “verdade”, dessa forma, indica somente um “ideal regulativo”, pois as verdades, enquanto crenças justificadas, são sempre provisórias e sujeitas à falsificação, por meio da continuidade dos estudos e da crítica intersubjetiva.

Nesse sentido, é possível aplicar o raciocínio falibilista à realidade jurídica e, por meio da crítica intersubjetiva, encontrar objetividade epistemológica na interpretação do direito para aproximação da verdade, ainda que nunca seja absoluta. Assim, a Ciência do Direito não pode ser apenas descritiva de normas criadas discricionariamente pelo intérprete-aplicador, como pretendia Kelsen. Da análise do problema da verdade no âmbito da teoria do conhecimento, observa-se que a coerência aponta um critério fundamental de aceitabilidade de enunciados. Não se pretendendo verdades absolutas, mas verossimilhança, importa reconhecer que a teoria coerentista de autenticação de conhecimento fornece um importante critério para o teste de hipóteses verossimilhantes.

De fato, o modelo de rede de sistematização cíclica (*network model of cyclic systematization*) do programa coerentista apresenta um critério racional para aferição do conteúdo de verdade de enunciados científicos, podendo ser adaptado e utilizado pela ciência jurídica para aferição da melhor resposta a ser fornecida pelo sistema. Levando em consideração a rede integral de elementos deontológicos do ordenamento, sejam constitucionais, legais ou de ordem jurisprudencial (precedentes), o modelo permite que sejam falseadas as hipóteses interpretativas incompatíveis com coerência integral do sistema jurídico, sendo adequada à teoria de Dworkin, para quem haveria uma resposta correta a ser buscada pelo intérprete-aplicador do Direito nos casos difíceis (*Hard Cases*).

A coerência, pressuposto da racionalidade do sistema jurídico, constitui fundamento epistemológico subjacente à teoria de Dworkin, que se sobrepõe ao fundacionalismo, normalmente observado nas posturas teóricas relativas ao positivismo jurídico e ao jusnaturalismo, baseadas em axiomas ou algoritmos como critérios de fechamento do mundo jurídico. Em se pretendendo uma análise racional dos problemas jurídicos, com base epistemológica, a coerência evidencia-se como um importante critério de identificação da correção das respostas apresentadas. Nesse sentido, os precedentes aparecem como elementos de promoção da coerência do ordenamento, estabilizando as perspectivas interpretativo-aplicativas das normas jurídicas e facilitando a identificação da resposta mais correta aos problemas jurídicos.

Na perspectiva epistemológica coerentista de Dworkin, observa-se a superação do modelo fundacionalista do positivismo jurídico e do jusnaturalismo racionalista. Para Dworkin, o sistema jurídico é aberto e reconstruído de forma constante. A objetividade do conhecimento jurídico é sempre interna ao sistema, que é reconstruído pelo intérprete-

aplicador a cada nova aplicação. Dessa forma, mesmo mantendo respeito ao passado, em seus elementos legais e jurisprudenciais, as soluções anteriores permanecem derrotáveis, estando o sistema sempre aberto para novas respostas. Nessa linha, não se mostra necessário afastar a racionalidade da prática jurídica, considerando que as respostas jurídicas podem ser derrotáveis, à luz da coerência integral do sistema, aplicando-se um raciocínio falibilista, por meio da crítica intersubjetiva.

A teoria do direito como integridade de Dworkin, em cuja base encontra-se o modelo epistemológico coerentista, mostra-se viável à compreensão e à aplicação correta dos precedentes judiciais no Brasil, pois o passado institucional é considerado em favor da coerência integral do sistema jurídico, para a identificação da resposta correta, e não com mero temor hierárquico determinante da simples repetição da resposta anterior. Com efeito, a obediência hierárquica não justifica a mera repetição do precedente. Cada caso demanda a interpretação e, nessa medida, a reconstrução do sistema em busca de coerência. Aliás, é inafastável da condição humana da interpretação dos textos com que se depara, para deles extrair algum sentido.

Não se pode restringir o conceito de precedentes judiciais apenas a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, o que configura uma visão meramente hierárquica e sem respaldo normativo, deixando de considerar fenômenos jurídicos da mesma natureza, como os precedentes oriundos dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. Na linha da teoria de Dworkin, o precedente possui uma “força gravitacional”, devendo ser sempre considerado nos novos julgamentos a respeito do mesmo tema, mas pode ser superado em favor da maior coerência da ordem jurídica. Por outro lado, o precedente sempre apresenta algum nível de vinculação, no mínimo para o próprio órgão que o proferiu, o qual demanda uma fundamentação relevante para superar o seu próprio precedente. No caso, existe sempre a eficácia horizontal do precedente em face do órgão jurisdicional prolator da decisão. Assim, também o juiz de primeiro grau estaria obrigado a seguir o precedente do pleno ou do órgão especial de seu tribunal, bem como se vincula aos parâmetros de suas próprias decisões anteriores.

O precedente não é uma resposta fixa e imutável semelhante a um axioma dos sistemas fundacionalistas. Antes, configura uma resposta provisória e derrotável, a partir do seu reingresso no sistema por meio de *feedback*, passando a ser mais um elemento a ser considerado nas futuras interpretações. Deve o precedente contribuir para a coerência do

ordenamento jurídico como um todo, observando-se tanto a coerência sistêmica quanto a congruência social. Assim, se o precedente é mais um elemento do sistema jurídico, inadequado é falar na existência de um “sistema de precedentes”, pois não se trata de um outro sistema paralelo, formado apenas por precedentes judiciais, sendo mais correto referir-se a um sistema jurídico que observa precedentes judiciais. Ademais, não cabe a aplicação imediata e mecânica dos precedentes, pois todos os tribunais e os juízos monocráticos respectivos têm que necessariamente interpretar os elementos jurisprudenciais, em conjunto com os demais elementos normativos do sistema.

Por certo, as decisões precedentes são, *prima facie*, vinculantes na linha horizontal e vertical, demandando fundamentação suficiente para seu afastamento. Todavia, o precedente é apenas uma resposta provisória – candidata a verdade, na perspectiva epistemológica coerentista, ou pertencente ao estágio pré-interpretativo, na visão de Dworkin –, podendo ser suplantada no procedimento de interpretação-aplicação, em favor de solução jurídica que importe em maior coerência, em se considerando o sistema jurídico como um todo. O precedente, assim, configura uma decisão judicial adotada para um caso concreto, a partir da qual se infere um elemento normativo, que passa a integrar a ordem jurídica e a servir de paradigma para novas decisões sobre o mesmo tema jurídico.

Nos sistemas jurídicos da *common law*, boa parte do trabalho dos juristas se concentra na identificação do elemento essencialmente normativo e vinculante (*ratio decidendi*), afastando-o dos elementos acidentais (*obiter dictum*), por meio de técnicas estranhas à cultura jurídica da tradição romano-germânica. De fato, nos sistemas jurídicos romano-germânicos, o jurista busca extrair do direito escrito, por meio da interpretação, a norma que deve regular os casos concretos. Mesmo quando se voltam à fonte jurisprudencial, os juristas tendem a utilizar precedentes como meio para a compreensão da norma escrita, não como um substituto às leis ou à Constituição.

Assim, no sistema jurídico brasileiro, a norma jurisprudencial nasce a partir da interpretação de textos legais e da Constituição, tratando-se, com regra, de precedente interpretativo (*precedent of interpretation*). Todavia, a compreensão adequada de uma tese ou um enunciado de uma súmula, impõe estar atento os fatos materiais de seus precedentes. Em verdade, os precedentes judiciais não devem ser tomados como se fossem regras de elevada abstração, como as leis, a se aplicar por mera subsunção. Mesmo que interpretativo, o precedente auxilia na compreensão da norma legal ou constitucional justamente por sua maior

aproximação dos fatos concretos. De fato, o sentido de determinado texto normativo revelado no *precedent case* não elimina outras possibilidades interpretativas, que possam revelar compreensão mais específica ou diferenciada a partir de outras circunstâncias fáticas. É certo que a elaboração de súmulas e teses jurídicas tende a tornar mais abstrato o precedente no sistema jurídico nacional, mas não exclui em absoluto a possibilidade de identificar a *ratio decidendi*, a partir da consideração dos fatos materiais, possibilitando uma distinção (*distinguishing*).

Tendo por superado o positivismo jurídico clássico, pode-se afirmar que, independentemente de previsão normativa, observa-se a força vinculante do precedente por imposição da própria racionalidade, pois contribui para elevação da coerência do sistema jurídico. Daí a importância de se tratar do tema com uma teoria adequada, que justifique a vinculação aos precedentes de uma forma integral. Por outro lado, não obstante o Código de Processo Civil seja incompleto e tecnicamente falho ao lidar com os precedentes, constitui um avanço, ao estabelecer, no seu art. 927, um dever jurídico de natureza processual dirigido aos juízes e tribunais, quanto à observação dos precedentes judiciais em suas decisões, tendo um efeito pedagógico, por revelar formalmente a valorização da regra do precedente no âmbito processual.

Reconhecido o elemento normativo inerente ao precedente judicial, imprescindível o desenvolvimento de modelos teóricos adequados à sua aplicação. Nesse sentido, deve ser superado o modelo positivista e suas bases fundacionalistas, passando o sistema jurídico nacional a ser analisado a partir do paradigma epistemológico coerentista. Com essa mudança de postura do jurista, não se pode pensar que o uso dos precedentes judiciais impõe mera repetição de decisões anteriores, pois o intérprete-aplicador do *instant case* deve buscar uma coerência mais ampla, observando se a regra do precedente contribui para a congruência social e a consistência sistêmica. Possível, assim, ao juiz valer-se de técnicas para não aplicação do precedente, quando houver sua superação ou distinção. Ademais, também deve ser considerada, ainda que em situações excepcionais, a possibilidade de ser utilizada a técnica do “desafio” ao precedente.

Como visto, observar precedente não significa uma repetição cega da decisão anterior. O precedente não dispensa o juiz. Ao contrário, pressupõe uma nova decisão judicial a ser produzida à luz dos novos fatos. Não se trata de uma resposta pronta e acabada, mas reconstruída a cada aplicação, sendo que sua correção deve ser analisada na perspectiva

interna do sistema (consistência), sem perder de vista que os fatores do ambiente social também influenciam os sentidos do material normativo analisado (congruência). A finalidade é obter a melhor resposta dentro do sistema jurídico, sendo a correção aferida pela maior coerência do ordenamento, em sua totalidade. Assim, o precedente deve ser visto como mais um elemento a ser considerado no âmbito dessa totalidade normativa.

O novo Código de Processo Civil, dentre os valores estabelecidos para o uso dos precedentes judiciais determinou a observação de coerência e integridade (art. 926). Assim, a prática do uso dos precedentes judiciais impõe uma postura diferente dos profissionais, com trabalho direcionado à busca da coerência do sistema de justiça. Por um lado, os magistrados devem buscar alinhar as decisões para tornar o ordenamento normativo mais coerente, não obstante a possibilidade de afastamento de forma fundamentada. Por outro, as partes e seus advogados também devem contribuir para a argumentação racional no trato com os precedentes. É certo que a nova postura dos profissionais somente se consolidará com a sedimentação de pressupostos teóricos adequados. Para tanto, imprescindível a continuidade das pesquisas e apresentação de propostas teóricas para o tema, o que se torna um desafio permanente e interminável, por ser próprio da ciência a provisoriedade e possibilidade de superação de suas teorias. Todavia, entende-se que qualquer construção teórica sobre o valor vinculante dos precedentes deve buscar a promoção da racionalidade do ordenamento jurídico, o que somente pode existir em um modelo coerente.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Mário Soares. Verdade e coerência: uma análise sobre o conhecimento verdadeiro no âmbito da ciência jurídica. *In: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (Coord.); SALOMÃO, David Santos et al. (Org.). **Ciência do direito**: estudos de epistemologia jurídica.* Fortaleza: DIN-CE, 2016. v. 1. p. 263-310.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Org. e Trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. rev. Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for precedente. *In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study.* New York/NY: Routledge, 2016, p. 481-501.
- BANKOWSKI, Zenon; MacCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. *In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study.* New York/NY: Routledge, 2016, p. 315-354.
- BASTO, Antônio Carlos Pereira de Lemos. **Precedentes vinculantes e jurisdição constitucional**: eficácia transcendente das decisões do supremo tribunal federal no controle difuso de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BERMEJO, Juan Manuel Pérez. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer; apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BONJOUR, Laurence. A dialética do fundacionalismo e coerentismo. *In: GRECO, John; SOSA, Ernest. **Compêndio de epistemologia**.* Tradução Alessandra Siedschlag Fernandes e Rogério Bettoni. São Paulo: Loyola, 2012, p. 191-229.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes**: vistos por um advogado. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica constitucional**: métodos e princípios específicos de interpretação. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Obra Jurídica, 2008.

CHALMERS, A. F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Brasiliense, 1993.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **NOMOS**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Vol. 32 n. 1 (2012): jan./jun. 2012. Disp. online em <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/379/361>, último acesso em 12 de novembro de 2017.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro**. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção Liebman).

COITINHO, Denis. **Justiça e coerência**: ensaios sobre John Rawls. São Paulo: Loyola, 2014.

COPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FELETTI, Vanessa Maria. **Súmulas vinculantes, hermenêutica e jurisdição constitucional: um estudo sobre a interpretação e aplicação das súmulas vinculantes sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais na tarefa de julgar**. Campinas: Servanda, 2013.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. Coordenação de edição Marina Baird Ferreira; equipe de lexicografia Margarida dos Anjos. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. totalmente revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FEYERABEND, Paul. **A ciência em uma sociedade livre**. Tradução de Vera Joscelyne. São Paulo: Unesp, 2011.

FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 9. ed. Barueri: Manole, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRECO, John; SOSA, Ernest. **Compêndio de epistemologia**. Tradução Alessandra Siedschlag Fernandes e Rogério Bettoni. São Paulo: Edições, 2012.

GUERRA, Marcelo Lima. **Competência da justiça do trabalho**. Fortaleza: Tear da Memória, 2009.

GUERRA, Marcelo Lima. **Prova judicial: uma introdução**. Fortaleza: Boulesis, 2015.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

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, 2012.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto; revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistema de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. Tradução de Gustavo Castagna Machado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, 2014.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. A jurisprudência como fonte do direito. **Nomos** – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v.11, n.1/2, p. 249-263, 1992.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O supremo tribunal federal na crise institucional brasileira**: estudo de casos – abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O livro dos valores**: os valores da vida e a vida dos valores ou guia das escolhas de valor. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2014.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LUFT, Eduardo. **Sobre a coerência do mundo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 531-550.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A irretroatividade da súmula vinculante 24 e a prescrição impeditiva da ação penal. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC)**. Vol. 33 n. 1 (2013): jan./jun. 2013. Disp. online em <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/870>, último acesso em 12 de novembro de 2017.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (Coord.). **Ciência do direito: estudos de epistemologia jurídica**. Organização de David Santos Salomão, Isabelle Jaíne Gonçalves Lírio e Windsor Malaquias Cordeiro. Fortaleza: DIN.CE, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia falibilista e teoria do direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**, ano 3, n.1, 2014. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00197_00260.pdf> Acesso em: 26 maio 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MACHADO, Nilson José; CUNHA, Marisa Ortegoza da. **Lógica e linguagem cotidiana verdade, coerência, comunicação, argumentação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. **A ideia de justiça de Platão a Rawls**. Tradução de Karina Jannini; revisão da tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de hermenêutica jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARCONDES, Danilo. **Filosofia, linguagem e comunicação**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study. New York/NY: Routledge, 2016, p. 503-517.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study. New York/NY: Routledge, 2016, p. 259-291.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MUSSALEM, Waleska Bertolini Vieira. **O Superior Tribunal de Justiça e a construção de coerência nos direitos autorais**: pirataria e ECAD. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NALINE, José Renato. **Ética da magistratura**: comentários ao código de ética da magistratura nacional – CNJ. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NASCIMENTO, José do. **Ciências sociais e sistema jurídico** – introdução ao tema. Campo Grande: UCDB, 2002.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

OLIVEIRA, Weber Luiz. **Precedentes judiciais na administração pública**: limites e possibilidades de aplicação. Salvador: JusPodivm, 2016.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. Direção de Luiz Guilherme Marinoni; coordenação Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção o novo processo civil).

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução Vergínia K. Pupi; revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POPPER, Karl Raymund. **A vida é aprendizagem**. Epistemologia evolutiva e sociedade aberta. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2001.

POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POPPER, Karl Raymund. O problema da indução. In: MILLER, David (Org.). **Popper**: textos escolhidos. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. Coleção o novo processo civil. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

RAWLS, John. Justiça e equidade (uma teoria da justiça). In: MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. **A ideia de justiça de Platão a Rawls**. Tradução Karina Jannini; revisão da tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 385-443.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESCHER, Nicholas. **Epistemology**: An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003.

RIDLEY, Matt. **The rational optimist**. New York: Harper Collins, 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILTALA, Raimo. **A theory of precedente**: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000.

SILVA, Diogo Bacha; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Transcendentalização dos precedentes no novo cpc: equívocos acerca do efeito vinculante. **NOMOS**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Vol. 36 n. 2 (2016): jul./dez. 2016. Disp. online em <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1517>, último acesso em 12 de novembro de 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

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.

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

STRECK, Lenio Luiz. **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.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

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.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study. New York/NY: Routledge, 2016, p. 355-406.

SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedent. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study. New York/NY: Routledge, 2016, p. 519-530.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 141-188.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 103-140.

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

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Interpretação do direito tributário: entre a coerência e a consistência**. Curitiba: Juruá, 2014.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. 10. ed. rev. e atual. Campinas: Papyrus, 2013.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Tradução da 5. ed. Alemã, rev. e ampl. de Prof^ª Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação democrática do poder judiciário no novo Código de Processo Civil**. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman).

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo a Lei 13.256/2016)**. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção o novo processo civil).

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.