



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

LANNA BEATRIZ SAMPAIO PRACIANO

**A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DA
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E DA TEORIA DO DIREITO COMO
INTEGRIDADE**

FORTALEZA

2020

LANNA BEATRIZ SAMPAIO PRACIANO

A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DA
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção de grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raul Carneiro
Nepomuceno.

FORTALEZA

2020

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)

P91a Praciano, Lanna Beatriz Sampaio.
A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA
FILOSÓFICA E DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE / Lanna Beatriz Sampaio Praciano. –
2020.
65 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, , Fortaleza, 2020.
Orientação: Prof. Dr. Raul Carneiro Nepomuceno.

1. Precedentes Judiciais . 2. Hermenêutica Filosófica. 3. Direito como Integridade. I. Título.
CDD

LANNA BEATRIZ SAMPAIO PRACIANO

A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DA
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção de grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raul Carneiro
Nepomuceno.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Rafael Henrique Dias Sales
Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC)

Ao meu avô, Abner.

Em agradecimento a todo o seu legado.

AGRADECIMENTOS

Não apenas este trabalho, mas toda a minha graduação, não seria possível se concretizar sem o apoio e o suporte das pessoas que mais se fazem presente na minha vida, mesmo que essa presença nada tenha a ver com proximidade ou quantidade de tempo. Todos os encontros que tive, ao longo desses quase 5 anos, certamente, tiveram sua devida importância na minha trajetória. Desses encontros, existem alguns que são extremamente especiais, aos quais faço os meus agradecimentos.

Acima de tudo, agradeço aos meus pais por cumprirem tão bem a missão de criar três filhos conscientes da importância da vida humana, do trabalho e do amor. Meus pais me ensinam diariamente sobre fé, muito além que qualquer religião. São eles os detentores de quase toda admiração e amor que sinto. São eles que me fazem ter certeza que os dias difíceis de luta serão recompensados.

Agradeço aos meus irmãos por incentivarem, desde sempre, a minha curiosidade. Minha irmã me deu meu primeiro livro (extra colégio) e, assim, eu aprendi na literatura um refúgio. Por sua influência eu aprendi a ler mulheres incríveis e até me interessei por política. Meu irmão me mostrou nas ciências um verdadeiro estímulo. É ele quem me desperta os questionamentos mais genuínos e que me inspira a sair do lugar comum.

Agradeço a todos da minha família que se fizeram e fazem presentes. Em especial, agradeço a minha tia Islândia, pela sua generosidade em dividir oportunidades. O seu olhar sensível para a educação foi essencial a minha graduação. Não hesito em dizer que, sem a sua ajuda e acolhida, talvez o curso de direito, na UFC, fosse só um desejo distante.

Agradeço ao meu maior incentivador, Luizinho, pela sua escuta atenciosa nos momentos de (quase) desespero. É ele quem me ajuda a enxergar além da estrada. O meu encontro mais feliz. O meu ponto de afeto, amor e compreensão.

Agradeço aos amigos e amigas que fiz ao longo da faculdade, em especial ao meu grupo querido, butãtã, por dividirem tanto e sobre tudo comigo! Agradeço aos amigos e amigas que tenho desde quando nem me lembro mais, aqui representados pelas minhas super mulheres, Debis, Geovanna e Letícia, por me acolherem tão bem, há tanto tempo.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Raul, primeiro, por ser uma inspiração na docência, segundo, por toda sua paciência e contribuição no processo de desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço, por fim, à Faculdade de Direito, à Universidade Pública, à educação em geral, por me ajudarem a construir quem sou, por me fazerem descobrir minhas melhores

versões, por me mostrarem novos caminhos e oportunidades, e, principalmente, por me estimularem a querer dividir o conhecimento.

RESUMO

Este trabalho tem como principal objetivo tecer uma análise, por meio de pesquisas bibliográficas, acerca de como ocorre o uso dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, após o Código de Processo Civil de 2015, uma vez que, a partir dessa nova codificação, tornou-se clara a tentativa de se implementar um sistema brasileiro de precedentes, influenciado pela tradição do *Common Law*. A partir de tal análise, será possível delimitar os problemas advindos da aplicação dos precedentes judiciais, considerando que não há no ordenamento jurídico brasileiro uma preocupação em ser fiel ao que, de fato, entende-se por precedente judicial, em sua dimensão de ganho hermenêutico. Utilizando-se desse estudo, o presente trabalho demonstrará que os precedentes são aplicados sem o devido embasamento teórico, de modo a separar sujeito e objeto, destoando, inclusive, da própria definição de precedente judicial. Colocada esta problemática, finalmente, serão analisadas, as contribuições da Hermenêutica Filosófica, de Heidegger e Gadamer, e da teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, sob a perspectiva de utilização dessas teorias como paradigmas para aplicação dos precedentes judiciais, demonstrando a complementariedade entre o que os citados autores propuseram, a fim de evidenciar uma direção adequada para aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, capaz de assegurar a segurança jurídica e a coerência almejadas.

Palavras-chave: Precedente Judicial. Hermenêutica Filosófica. Direito como Integridade. Segurança Jurídica. Paradigma.

ABSTRACT

The main objective of this paper is to make an analysis, through bibliographic searches, on how the precedents are applied in Brazilian legal system, especially after the 2015 Civil Procedure Code, once, through this new coding, it became clear the attempt of implementing a system of precedents in Brazil, as Common Law's tradition influence. Based on this analysis, it will be possible to delineate the arising problems from the application of precedents, since the Brazilian legal system has no concern on being true to the concept of precedent, in the interpretive gain context. Through that study, this paper will demonstrate that precedents are applied without the due theoretical basis, separating subject and object, and differing, furthermore, from the definition of precedent itself. After that, finally, the Philosophical Hermeneutics contributions, by Heidegger and Gadamer, and Ronald Dworkin's law as integrity theory will be analysed on the perspective of using these theories as paradigm to the application of precedents, exhibiting the complementarity between the authors' propositions, in order to demonstrate a proper direction for the application of precedents in Brazilian legal system, capable of reassuring the desired legal certainty and coherence.

Keywords: Precedents. Philosophical Hermeneutics. Law as integrity. Legal certainty. Paradigm

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPC	Código de Processo Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	O CONTEXTO DE DESENVOLVIMENTO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	16
2.1	O Estado Legislativo e o Estado Constitucionalista: da transição da lei como norteadora do ordenamento jurídico ao uso dos precedentes como paradigmas das decisões judiciais	16
2.2	As tradições do <i>Common Law</i> Inglês e Norte Americano	22
2.2.1	<i>O direito inglês e o desenvolvimento do common law</i>	23
2.2.2	<i>O common law nos Estados Unidos</i>	27
3	OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	30
3.1	O conceito de precedente judicial: distinção entre os institutos da súmula, da jurisprudência e do precedente	30
3.1.1	<i>A impossibilidade de adoção da subsunção lógica como método de aplicação do precedente judicial</i>	33
3.2	Precedentes no Código de Processo Civil de 2015 e a tentativa de definir um “sistema brasileiro de precedentes”	35
3.3	A aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro	39
4	A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: PARADIGMAS NECESSÁRIOS PARA A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	45
4.1	Uma breve contextualização do desenvolvimento da Hermenêutica Jurídica	46
4.1.1	<i>A hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer: o embasamento teórico para a aplicação dos precedentes judiciais no Brasil</i>	48
4.2	O direito como integridade de Dworkin e a superação da suposta relatividade da hermenêutica filosófica	51

4.3	As contribuições da relação entre hermenêutica filosófica de Gadamer e do Direito como Integridade para a aplicação dos precedentes judiciais	55
5	CONSIDERAÇÕES	
	FINAIS	60
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

A fuga da arbitrariedade dos estados monárquicos – marcados pelas despóticas dos seus representantes – levou a transformações na sociedade que culminaram no surgimento dos Estados Legislativos, nos quais havia, uma supervalorização das leis como verdadeiros guias do ordenamento jurídico, sob a perspectiva do positivismo exegético. Nesse cenário, os juízes, ao se depararem com um determinado caso, não poderiam realizar nenhum movimento interpretativo no sentido de solucionar o que estava sendo posto. Ao contrário, era permitido somente a aplicação da norma positivada, por meio de uma mera subsunção lógica.

Esse cenário, caracterizado pelo fetichismo legal, no entanto, diante das transformações das sociedades e da crescente influência do Estado Social, não perdurou. Desse modo, a lei, como fonte completa e absoluta do direito, não era mais suficiente para atender as novas demandas evidências no contexto, em que predominavam os interesses da burguesia revolucionária francesa, uma vez que a norma, ao contrário do que se pretendia, não era capaz de prever todas situações e relações advindas das novas dinâmicas sociais.

A partir disso, surge um novo referencial teórico, no qual a atuação dos juízes foi ampliada, com a participação desses agentes no processo criativo. Ou seja, a norma não seria mais somente aplicada ao caso concreto por meio da subsunção lógica, mas aos magistrados seria possibilitada a interpretação do texto normativo, a fim de se chegar a uma melhor solução para o caso concreto. Desponta, nesse contexto, o Estado Constitucionalista, no qual os ideais da exegese são deixados de lado e as decisões judiciais passam a ocupar um lugar de protagonismo para conferir coerência e segurança ao ordenamento jurídico.

Essa derrocada do Estado Legislativo e a conseqüente consolidação do Estado Constitucionalista na Europa teve reflexos no direito brasileiro, no sentido de que a decisão judicial e a atividade interpretativa dos juízes ganharam força na proposta de atribuir ao ordenamento a segurança jurídica almejada. É nessa perspectiva que o fetichismo legal dá lugar, então, ao fetichismo dos precedentes, principalmente, com as novas proposições aludidas no Código de Processo Civil de 2015, na tentativa de se instalar o que se chama de “sistema de precedentes brasileiro”.

É nesse ponto que se começa a traçar o questionamento que deu origem ao presente trabalho. Isso, pois, a aplicação dos precedentes no direito brasileiro ocorre de um modo que rememora as bases do Estado Legislativo e da Escola de Exegese, uma vez que a figura do precedente assume, nessa perspectiva, um papel dotado de normatividade, devendo ser aplicado ao caso concreto sem que o juiz, para tanto, desenvolva grandes esforços

interpretativos. Desse modo, o CPC de 2015 tentou introduzir no sistema brasileiro, por meio de imposição legislativa, uma tradição precedencilista, na qual um precedente somente poderá ser assim considerado quando for formulado pelas chamadas Cortes de Vértice, STF e STJ, restando aos demais graus do judiciário uma mera aplicação desprovida de qualquer interpretação.

O precedente sob essa ótica se afasta da sua real definição, a qual, como será analisada neste trabalho, relaciona-se, em conformidade à concepção de Juraci Lopes Filho e Lênio Streck, com a capacidade desse instrumento de gerar um ganho hermenêutico ao ordenamento jurídico. Há, nesse ponto, uma clara separação entre sujeito e objeto; interpretação e aplicação, o que resulta, ao contrário do que se pretende, em um aumento da insegurança jurídica e dos atos arbitrários do poder jurisdicionado, uma vez que se passa admitir que o precedente será somente aquela decisão proferida pelo STF e STJ, devendo, nos demais âmbitos da jurisdição, haver apenas a sua aplicação.

A subsunção lógica passa, portanto, a ser utilizada como meio para aplicar um precedente judicial ao caso concreto. Nega-se, desse modo, sob alegação de trazer ao ordenamento jurídico maior celeridade e coerência, qualquer possibilidade interpretativa de uma decisão tida como precedente pelos órgãos que deverão se ater a sua aplicação. Esse sistema mais se mostra como uma saída quantitativa para os problemas da morosidade judiciário, sem, no entanto, haver preocupação com a qualidade das decisões que serão proferidas.

No presente trabalho, busca-se, a partir da análise, obtida por meio de pesquisas bibliográficas, acerca dos prejuízos que a tentativa de se instalar um “um sistema brasileiro de precedentes” – atribuindo a este um viés normativista – pode ocasionar ao ordenamento jurídico pátrio. Em seguida, será estudado como a Hermenêutica Filosófica, de Gadamer e Heidegger, e a teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, mostram-se como paradigmas necessários e complementares para a resolução das problemáticas advindas desse cenário.

Em um primeiro momento, será analisado o contexto histórico de desenvolvimento dos precedentes judiciais, passando por uma conceituação acerca do que seria o Estado Legislativo, o Estado Constitucionalista e de como as suas transformações resultaram na formulação do conceito de precedente. Indissociável a isto será o estudo que se fará em torno das tradições do *Civil Law* e do *Common Law* Inglês e Norte Americano, buscando, nesse ponto, traçar uma análise de como tais convenções influenciaram no ordenamento jurídico brasileiro.

Feito isso, será possível iniciar uma análise mais específica acerca de como se comporta a utilização dos precedentes judiciais no direito brasileiro. Nesse momento, será explorada, inicialmente, a distinção que há entre precedente, súmula e jurisprudência, a fim de, somente a partir disso ser possível estudar o que se entende por precedente judicial, de acordo com as definições trazidas pela doutrina. Com efeito, para fins deste trabalho, adianta-se que o conceito de precedente adotado é aquele defendido por Juraci Lopes Filho e por Lênio Streck, uma vez que, estes autores caracterizam o precedente como uma resposta capaz de enriquecer o ordenamento jurídico, por meio de um ganho hermenêutico.

Essa conceituação será importante para o estudo que se fará em seguida, acerca da incongruência entre o próprio conceito de precedente e a sua aplicação por meio da subsunção lógica, uma vez que a cisão entre sujeito e objeto é um método que não traz ao ordenamento qualquer ganho hermenêutico. É nesse sentido que se tecerá um estudo acerca das tentativas de se criar um “sistema brasileiro de precedentes”, trazendo para este trabalho os argumentos favoráveis e contrários a esta definição, a fim de demonstrar, sobretudo, as imperfeições que impossibilitam fixar que no Brasil há, de fato, uma sistema precedencialista.

Finalmente, o trabalho irá se debruçar no estudo acerca de como ocorre a aplicação dos precedentes judiciais no Brasil e, conseqüentemente, das problemáticas que são levantadas a partir disso. Após, será feita uma análise detalhada em torno da Hermenêutica Filosófica de Heidegger e Gadamer, juntamente com a teoria do Direito como Integridade, a fim de demonstrar como estas searas do estudo são essenciais para a formulação de um paradigma adequado no processo de aplicação dos precedentes judiciais.

Basicamente, serão expostos, através de um levantamento bibliográfico, os motivos pelos quais as teorias de Heidegger, Gadamer e Dworkin se mostram como necessárias para superar as problemáticas trazidas pela aplicação dos precedentes no cenário jurídico brasileiro. Para tanto, os pontos de congruência e de complementariedade entre Hermenêutica Filosófica e Direito como Integridade passarão a ser analisados de modo a contribuir para uma adequada utilização dos precedentes judiciais, evidenciando como as propostas trazidas por tais teorias se mostram satisfatórias para o aprimoramento da segurança jurídica e da coerência no ordenamento jurídico.

2 O CONTEXTO DE DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

O presente tópico tem, inicialmente, o propósito de realizar uma breve análise histórica acerca dos fatos que influenciaram a introdução do uso dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, será necessário observar como se deu a superação do Estado Legislativo, concomitante com a ascensão do Estado Constitucionalista, no qual as tomadas de decisão jurisdicionais ganharam força na resolução dos conflitos e passaram a ser utilizadas como verdadeiros paradigmas hermenêuticos.

Indissociável a isto, é o estudo que se fará também a respeito das tradições do *Civil Law* e do *Common Law* Inglês e Norte Americano, bem como das suas respectivas influências no modo de organização do pensamento jurídico brasileiro. De um lado, portanto, será possível visualizar a predominância da lei sobre as decisões judiciais, sendo esta a tradição arraigada nas bases jurídicas do Brasil. Por outro lado, o que se vê é a crescente influência da teoria precedencialista, advinda do *Common Law*, firmando-se como importante diretriz na criação do Código de Processo Civil de 2015.

2.1 O Estado Legislativo e o Estado Constitucionalista: da transição da lei como norteadora do ordenamento jurídico ao uso dos precedentes como paradigmas das decisões judiciais

Antes de adentrar ao conteúdo que se pretende tratar no presente tópico, é necessário destacar que a transição entre o Estado Legislativo e o Estado Constitucionalista não ocorreu de modo claro e bem delimitado no espaço temporal, uma vez que não é possível visualizar uma linearidade entre os acontecimentos históricos, assim como, em muitos momentos, as características desses estados são contemporâneas em determinados países.

Ocorre que, para fins de melhor explicitar o que se pretende neste trabalho, é importante que os períodos sejam tratados de modo separados, a fim de que seja possível analisar como se deu a transformação da sociedade e, conseqüentemente, do direito e da utilização dos precedentes judiciais, desde as suas origens até o momento atual.

Isso posto, o Estado Legislativo é assim conhecido, pois representa a verdadeira tentativa de consolidar a supremacia da lei em um ordenamento jurídico caracterizado pelo positivismo exegético pós-revolucionário francês, no qual se acreditava que a norma, por ser um produto da razão humana, seria a forma mais efetiva de alcançar a justiça social. Essa

concepção acerca da aplicação do direito, por meio primordialmente das normas, é vista, sobretudo, na Escola de Exegese, em sua fase de apogeu, durante os anos de 1830-1880 (CHAIM PERELMAN, 2000), onde se apregoava a estrita separação entre os poderes de legislar e julgar, incumbido a este último apenas a função de aplicação da lei.

O surgimento desse cenário somente foi possível a partir da Revolução Francesa e da consolidação das ideais iluministas, motivadas pelo racionalismo do século XIX, no qual se acreditava que o Legislador seria o representante do povo, assim como a lei – produto de um processo racional e abstrato – representaria, em sua completude, a realização do princípio da legalidade, norteador das decisões jurídicas da época. É possível, portanto, a visualizar, nesse cenário, a definição de fetichismo legal, citada por Juraci Lopes Filho (2016), a partir da qual se acreditava que a lei esgotaria os sentidos de certeza, segurança e justiça.

Essa limitação da atuação dos magistrados ocorria em um momento, em que os ideais revolucionários predominavam na sociedade francesa, a fim de consolidar a superação por completo do antigo regime e, desse modo, evitando a retomada dos abusos praticados pelos aplicadores da lei à época do Absolutismo Monárquico. Buscava-se, assim, através do fetichismo legal, conceder ao ordenamento jurídico a segurança e a racionalidade que não se viam no *Ancien Régime*. Juraci Lopes, acerca dessa associação entre o positivismo exegetico e o contexto pós-revolucionário, pontuou:

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 exegetico. (LOPES FILHO, 2016, p. 71)

Os problemas hermenêuticos, à época do Estado Legislativo, eram solucionados por meio do procedimento de subsunção lógica, adotando-se da norma positivada uma premissa maior, devendo ser utilizada como parâmetro para a resolução do caso concreto, sendo este a premissa menor, em uma clara dedução lógica. Ou seja, a lei e o Direito, na concepção do positivismo exegetico, confundiam-se e, somente a partir da norma positivada pelo legislador, seria possível obter a maioria das respostas para os questionamentos formulados.

Chaim Perelman, ao tecer uma análise acerca da atuação dos juízes no contexto da Escola de Exegese e do Estado Legislativo, assinalou:

Segundo esta concepção o papel do juiz obrigaria, sempre que isso fosse possível, e acreditava-se que o era na maioria dos casos, a dar sua sentença conforme à lei, sem ter de preocupar-se com o carácter justo, razoável ou aceitável da solução proposta. Servidor da lei, não tinha de buscar fora dela regras para guia-lo: era o porta-voz da lei, a quem os exegetas deviam elucidar tanto quanto possível, para fornecer-lhe soluções para todas as eventualidades. (PERELMAN CHAIM, 2000, p. 54)

O papel do ente jurisdicional se resumia, pois, a realizar uma breve análise entre os aspectos enunciados pela norma e as características do fato, a fim de, oportunamente, por meio de um método dedutivo, como já explanado, firmar a subsunção lógica capaz de solucionar o problema destacado. O magistrado, em sua função, deveria tentar descobrir o que o legislador pretendeu no momento de criação da lei e, somente a partir disso, proceder com a solução considerada correta, reduzindo a sua atividade a uma simples aplicação da prescrição normativa, sem qualquer possibilidade de apreciação valorativa.

As tentativas de limitar a atividade jurisdicional ocorriam de modo tão significativo que foram criados os tribunais de cassação, aos quais era incumbida a missão de vigiar as decisões proferidas pelos magistrados, a fim de assegurar que estas estavam sendo tomadas de modo embasado unicamente na lei, sem a intervenção da atividade criativa desses agentes. Ainda segundo Perelman (2000, p. 23), “o tribunal de cassação era considerado o policial, designado pelo poder legislativo para vigiar o judiciário, e ao qual este devia, periodicamente, prestar contas da maneira como cumpria sua missão”.

Aos juízes, como aclarado, era impossibilitada a atuação interpretativa, restando a estes, nas situações em que a lei se apresentava em contradição ao restante do ordenamento ou ainda quando havia a detecção de lacunas do sistema jurídico, agir de acordo com o restante do corpo normativo, a fim de, mesmo em tais casos, aplicar uma solução ao caso concreto de modo legal, com base, exclusivamente, na vontade do legislador e, portanto, de modo a limitar a sua atuação.

Esse panorama, no entanto, começa a ser modificado já no final do século XIX e início do século XX, através do próprio positivismo que passou a adquirir um viés dotado de normativismo, indo de encontro ao que era defendido pela vertente exegetica (LOPES FILHO, 2016). Nesse sentido, o que se vê é a relativização da subsunção lógica, com a influência crescente da Teoria Pura do Direito desenvolvida por Hans Kelsen, tendo em vista que, embora ainda seja possível verificar no pensamento desse autor a presença de fundamentação das normas inferiores a partir das normas superiores, deixou de ser reconhecida a existência de normas prontas, aptas a solucionarem, por meio da subsunção, o caso estudado pelo juiz.

A função jurisdicional é fortalecida, uma vez que a norma perde a sua posição de expressão jurídica máxima, advinda da vontade popular, e passa a ser considerada, no

processo de aplicação, como uma moldura que possibilitará ao juiz escolher a melhor interpretação para solucionar o caso concreto, a partir da aplicação de uma norma inferior. Conforme Hans Kelsen:

No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. (KELSEN, 1999, p. 171)

Embora o pensamento, supracitado, desenvolvido por Kelsen ainda estivesse baseado na existência de uma norma superior e geral, em completa desconexão ao caso concreto – separação entre sujeito e objeto –, foi a partir dos seus estudos que se viu, pela primeira vez, o surgimento do conceito de quadro hermenêutico. Nesse sentido, para este autor, a tomada de decisão pelo juiz era baseada em um ato volitivo, no qual, dentre as possibilidades de sentido expostas em uma moldura ou quadro hermenêutico, escolhia-se aquele que melhor se enquadrasse ao caso concreto. Logo, não mais se falava na existência de um significado unívoco daquilo que era expresso pela norma, ao contrário, passou a ser admitido a presença de termos plurívocos, que permitiam a amplitude de interpretação da lei exposta.

Sobreveio o entendimento de que a norma não esgota todas as possibilidades de sentido, assim como não prevê a totalidade de soluções para os conflitos existentes, o que passou a demandar uma maior atuação dos órgãos jurisdicionais nesse sentido. As novas configurações sociais contribuíram para o alargamento do direito frente à estagnação do Estado Legislativo, o qual se tornou insuficiente ante ao surgimento de uma infinidade de novas situações e de relações entre os indivíduos antes não reguladas pelo sistema de normas imposto.

As transformações sociais ocorridas pela ascensão do Estado Social e, portanto, a necessidade de um Estado mais atuante junto as demandas da sociedade, propiciou uma expansão da liberdade criativa dos juízes, uma vez que o Estado, no molde do liberalismo burguês proposto pela Escola de Exegese, no contexto pós-revolução francesa, não mais atendia os anseios da população em busca da concretização de seus direitos sociais. Com efeito, as leis que anteriormente eram consideradas um produto direto da vontade popular, dotadas de certeza e segurança jurídica, tornaram-se insuficientes para regular as novas demandas propostas pelo Estado Social, contribuindo, assim, para ampliar a esfera de atuação dos juízes, possibilitando a estes ir além da mera subsunção lógica.

Nesse cenário, insurgiu, no direito francês, a Escola da Livre Investigação Científica, proposta por François Geny, a qual pretendia se livrar das amarras do positivismo exegético – o qual limitava o direito à mera aplicação da lei –, trazendo à tona a insuficiência da norma para resolução de todos os casos concretos, valendo-se, desse modo, de outras fontes do direito, como os costumes e as tradições, para a solução dos conflitos da época. Ao se debruçar acerca da escola proposta por tal doutrinador, na obra *Hermenêutica e(m) crise*, Lênio Streck assim pontuou:

Gény atacava exatamente esse aspecto predominantemente lógico-formal que o paradigma do dogma da subsunção carregava consigo. Sua grande intenção, como é sabido, era oferecer uma alternativa metodológica a esse “paradigma dominante” e que incorporasse um tipo de método científico mais adequado para o estudo do direito. No caso, o método adequado teria inspirações sociológicas – em vez de lógico-filosóficas – e teria suas atenções voltadas para o fato jurídico em detrimento do entendimento meramente conceitual. (STRECK, 2014, p. 2014)

Do mesmo modo, sob a perspectiva do Estado Alemão, Friedrich Carl Von Savigny propôs a criação da Escola Histórica, por meio da qual, de acordo com Perelman, firmou o entendimento de que “o direito não constitui um sistema mais ou menos fechado, que os juízes devem aplicar utilizando os métodos dedutivos, a partir de textos convenientemente interpretados”, ao contrário, “o juiz já não pode contentar-se com uma simples dedução a partir dos textos legais; deve remontar do texto à intenção que guiou sua redação, à vontade do legislador, e interpretar o texto em conformidade com essa vontade” (PERELMAN, 2000, p. 70)

Essa derrocada do fetichismo legal, que teve início a partir das transformações sociais promovidas pela ascensão do Estado Social em desfavor do Estado Liberal burguês, oportunizou aos juízes a utilização de métodos hermenêuticos para solucionar o entrave proposto em um determinado caso concreto, indo além da interpretação gramatical e das amarras inseridas na literalidade da lei. Isto é, o operador do direito deixou de exercer uma atividade puramente declaratória de um ordenamento predeterminado pelo legislador, como pontua Lopes Filho (2016), e passou a participar do processo de criação jurídica.

Outro fator que teve importância fundamental para a queda do Estado Legislativo e o surgimento do Estado Constitucionalista, foi o fortalecimento das Constituições nos ordenamentos jurídicos, pois estas passaram a ser verdadeiros norteadores das decisões judiciais, uma vez que o magistrado, a partir de então, deveria cumprir o que estava posto na lei, porém buscando sempre a sua conformidade ao texto constitucional, como explicita Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 58), ao declarar que “se 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”.

A superação, pois, do positivismo exegético e o conseqüente abandono da concepção da lei como instrumento de resolução dos casos concretos dotado de completude e de segurança jurídica, propiciaram o surgimento de um novo referencial teórico na Europa e, posteriormente, no Brasil. Nesse sentido, o pós-positivismo ganha espaço juntamente com a consolidação da ideia de que o juiz também participa do processo de criação da norma, deixando de ser considerado um mero aplicador da literalidade da lei. Para Friedrich Müller (2008), por exemplo, deveria ser levada em consideração a distinção entre o texto normativo e a norma, uma vez que esta seria elaborada pelo operador do direito no momento da resolução do caso concreto.

Do mesmo modo, a teoria do Direito como Integridade, desenvolvida por Ronald Dworkin (2007) – que será melhor estudada ao longo deste trabalho –, contribui para afastar a ideia exegética de que a norma seria absoluta e, portanto, a resolução do caso concreto se daria por meio de uma mera subsunção lógica. Para o mencionado autor, o ato interpretativo desenvolvido pelos juízes deveria levar em consideração os princípios atinentes à sociedade, assim como deveria corresponder ao sentido do direito pertencente a uma coletividade, com suas distintas manifestações sociais, políticas e econômicas, nos diversos momentos históricos:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. (DWORKIN, 2007, p. 291)

Percebe-se, nesse ponto, que a decisão judicial já não era mais definida apenas como resultante de um ato de vontade do juiz, a exemplo da teoria desenvolvida por Kelsen, mas detinha o dever de conciliar os princípios e os fatos sociais atinentes ao caso concreto. Nesse sentido, pontua Juraci Lopes Filho:

Em verdade, ela se exhibe como uma solução argumentativa que concilia aspectos fáticos, normativos e axiológicos, incrementando a noção a respeito do Direito legislado e solucionando um caso concreto, tudo dentro de um jogo hermenêutico próprio. (LOPES FILHO, 2016, p. 71)

A partir disso, o Estado Constitucional passou a ser implementado no ordenamento jurídico brasileiro de modo que a discricionariedade judicial ganhou força e o que se vê é agigantamento do ativismo judicial. O fetichismo legal dá, então, lugar ao fetichismo dos precedentes (LOPES, 2016, 73). Ou seja, a decisão judicial – tão cara à

superação do Estado Legislativo – passar a ser adotada, do mesmo modo, como uma premissa dotada de veracidade e de segurança, desenvolvendo, nas Cortes Judiciais, o hábito de utilizar os precedentes como um meio de resolução do caso concreto por meio da mera subsunção lógica.

O constitucionalismo brasileiro, ao contrário do que ocorreu em outros países, como Inglaterra e Estados Unidos, remontou as bases históricas do Estado Legislativo, diferindo somente quanto ao uso dos precedentes, isto é, das decisões judiciais, no lugar da norma. A certeza e a previsibilidade, características da lei no positivismo exegético, passaram a ser atribuídas aos precedentes, como meio de assegurar isonomia e segurança jurídica, o que será melhor discutido adiante.

Lênio Streck, ao tecer comentários acerca dessa conjuntura, explicita:

Ao mesmo tempo em que se abandona o juiz boca da lei (o que, cá para nós, isso é muito velho; já tinha sido superado por Kelsen, Hart e todos os positivistas pós exegéticos, sem falar nos pós-positivistas e não positivistas que lhes sucederam), quer-se, aqui, a institucionalização de um realismo de segundo nível ou grau: Cortes que produzam teses que serão aplicadas pelo, agora, juiz (e desembargadores) boca-dos-precedentes (ou teses). Ou seja, a boca da lei troca de nome e função (STRECK, 2018, p. 19)

A mais clara manifestação das implicações do Estado Constitucionalista no ordenamento brasileiro se dá através do Código de Processo Civil de 2015, o qual prevê a vinculação dos precedentes judiciais e, portanto, pretende firmar a aplicação das decisões de modo objetivo e lógico, como se tais premissas fossem dotadas de completude. A intenção de modernizar o uso das decisões judiciais no Brasil esbarra, no entanto, nas antigas crenças exegéticas, tornando, novamente, a função do intérprete em uma simples aplicação daquilo que já foi previsto pelos tribunais.

Esse é, portanto, o contexto histórico que deu origem ao uso crescente dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessárias para entender como os tribunais vêm lidando com a vinculação imposta, assim como as problemáticas em relação ao uso da subsunção lógica nesse processo podem ser superadas. Adiante, nos próximos tópicos, será realizada ainda uma análise acerca do *Civil Law* e do *Common Law* Inglês e Norte Americano, bem como das suas implicações na tentativa de se construir no direito brasileiro um sistema de precedentes.

2.2 As tradições do *Common Law* Inglês e Norte Americano

Antes de iniciar a análise acerca da expressão do *common law* no ordenamento jurídico inglês e norte americano, é necessário destacar que a existência deste instituto não se deu de modo dissociado da construção do Estado Legislativo e do Estado Constitucionalista – estudados no tópico anterior. A divisão, no entanto, é importante para fins meramente didáticos, eis que as características da tradição do *common law* – construída nos países citados –, como se verá nos próximos tópicos, influenciou, de modo significativo, a criação dos métodos de aplicação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro e a política do *stare decisis*.

Será necessário, desse modo, entender como se deu o desenvolvimento do uso dos precedentes judiciais em outros países para, só então, tecer uma análise acerca de como tais influências foram recepcionadas pelo sistema jurídico brasileiro. Desse modo, há ainda que se destacar a importância de estabelecer um breve estudo acerca de como a tradição do *civil law* se destoa do *common law* e de como essas tradições são expressas nos países que as adotam.

2.2.1 O direito inglês e o desenvolvimento do *common law*

Inicia-se este tópico fazendo uma breve distinção entre as características predominantes nos sistemas embasados pelo *civil law* e, de outro lado, pelo *common law*. Nesse sentido, em que pese o direito romano ser constantemente utilizado para distinguir as citadas tradições, nas quais se acredita que há ou não a influência desse sistema jurídico, é válido destacar que as diferenças oriundas do *civil law* face ao *common law* não residem unicamente na presença do direito romano. Ao contrário, o que se vê é que em uma tradição há um uso predominante desse direito, porém em outra a sua utilização ocorre do modo subsidiário (LOPES, 2016).

Ou seja, enquanto no *civil law* o direito romano é a fonte principal da resolução dos conflitos, no *common law* esse ordenamento é utilizado somente nos casos em que o direito consuetudinário não é suficiente para propor uma resolução às discordâncias expostas. Os valores de segurança e certeza jurídica, embora comuns a ambas tradições, são vistos na perspectiva do *civil law* com um direito completo, baseado na aplicação integral da lei, sendo o papel do juiz limitado ao estado do *Rule of Law*, tão bem desenvolvido nos países de cultura romano-germânico.

De outro modo, o direito desenvolvido na Inglaterra, que veio, posteriormente, ser designado de *common law*, tem suas origens marcadas pela distinção entre o que era praticado

nos feudos, onde havia a predominância das práticas consuetudinárias, e o que ocorria nas Cortes Reais. O sistema inglês, portanto, foi sendo desenvolvido na busca de se unificar o direito, ocorrendo, desse modo, um verdadeiro controle por meio das Cortes, as quais buscavam estabelecer um centro unificado da produção jurídica, assim como definiam quais costumes deveriam ser seguidos.

Sob esse aspecto, o acesso ao *common law* era dificultado, pois, inicialmente, este residia de modo exclusivo nas mãos do rei – Cortes Reais –, o qual iria decidir sobre quais casos mereciam apreciação ou deveriam ser descartados. Esse método, no entanto, ocasionou um grande acúmulo de pedidos pendentes para análise, levando, assim, a uma divisão no direito praticado em território inglês. De um lado, os casos passaram a ser solucionados pelo regramento estabelecido nas Cortes Reais, onde haveria a predominância do *common law*, e do outro, sendo a atividade designada a um chanceler, os conflitos seriam a ser esclarecidos com base na *equity*.

A *equity*, embora contemporânea ao *common law* inglês, não se assemelha a este em sua completude, eis que de um lado figuravam os entendimentos consolidados pelas Cortes de Justiça ou Reais, e do outro lado as decisões eram fundamentadas com base no princípio da equidade, visando, em alguns casos de modo subsidiário, aplicar soluções consideradas mais justas, com base, principalmente, no direito romano nos casos em que o *common law* não conseguia alcançar.

O direito inglês, historicamente, apresenta uma estrutura dualista, na qual coexistiam o *common law* praticado pelas Cortes Reais, onde predominavam tradições orais e públicas, e a *equity*, conceituada sob o aspecto de um direito secreto e escrito. Esse cenário, no entanto, perdurou somente até o ano de 1875, no qual houve – pelo menos de modo formal – a unificação do direito inglês. Acerca disso, pontuou David:

Concluindo, na Inglaterra é como se a sociedade estivesse organizada numa base dualista. Para as demandas importantes, a sociedade está submetida estritamente ao direito, que é a *common law*, administrada pelas Cortes Reais. Para todo o resto que não tenha a importância que justifique o recurso a essas Cortes, procura-se restabelecer a ordem no lugar de fazer reinar o direito. Por essa razão as jurisdições inferiores são compostas por juízes sem qualificações jurídicas, os quais sem dúvida julgarão com base na equidade; de uma maneira mais próxima à consciência popular do que ao direito estrito (DAVID, 2002, p. 68).

Com efeito, o que se vê no direito inglês, a partir da pretendida unificação, é a consolidação de dois ramos do direito na perspectiva do *common law*, quais sejam: o direito criado pelos juízes, intitulado de *judge made law*, e o direito criado pelo legislador, chamado de *statute law* – é a partir dessa dicotomia que adiante será traçada a diferenciação entre a

tradição do *common law* desenvolvida de Inglaterra e nos Estados Unidos, uma vez que neste último país há uma predominância do *statute law* na criação do ordenamento jurídico.

O *common law* desenvolvido na Inglaterra, portanto, mantinha seu alicerce no direito reconhecido pelos juízes, *judge made law*, no qual seriam utilizadas para as soluções dos casos concretos as decisões anteriormente proferidas pelos órgãos jurisdicionais. O principal objetivo das cortes inglesas era a resolução dos litígios sem, no entanto, pretender à formulação de regras universais e abstratas, ao contrário do que ocorre nos países onde há a predominância do *civil law*.

Destaca-se, nesse sentido, o viés prático do *common law*, no qual havia a primazia da solução processual do caso, ou seja, buscava-se, prioritariamente, levar o processo ao seu término. Segundo René David (2002, p. 25), ao tecer uma breve conceituação acerca da família do *common law*, “a regra de direito da *common law*, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro”.

Sob outro aspecto, embora o *common law* inglês seja majoritariamente conhecido pelo uso das decisões judiciais como parâmetros à resolução do caso concreto, não se pode deixar de destacar o papel que as outras fontes do direito exercem nessa tradição. Nesse sentido, a lei, por exemplo, não é deixada de lado, ao contrário, os precedentes criados a partir das jurisprudências devem, em uma visão global, atender aos ditames legais. Assim pontua Abboud:

No *common law*, não é permitido ao magistrado negar-se de cumprir a lei. O que ocorre é que a tradição jurídica é mais aberta e flexível quanto a essa questão, justamente em virtude da posição e da função exercida pela lei que, além de não ser considerada a principal forma de manifestação e desenvolvimento do próprio direito, atua de forma mais restrita, respeitando a terminologia jurídica e as divisões tradicionais das matérias. (STRECK, ABBOUD, 2013, p. 34).

O que se vê, nessa toada, é que a tradição do *common law* desenvolvida na Inglaterra é marcada pela influência de um sistema fragmentado, no qual é possibilitado a fuga da busca por leis abstratas e aptas a serem aplicadas ao caso concreto, por meio da mera subsunção lógica. Em verdade, no direito inglês, a lei não é excluída de apreciação, mas é colocada em um âmbito subsidiário, no qual é permitido aos juízes o uso dos precedentes judiciais como meio de solucionar os entraves jurídicos, indo além daquilo que está codificado.

Outrossim, a partir da definição histórica da tradição do *common law* trazida à baila se faz necessário, nesse momento, esclarecer o significado dos seguintes conceitos a) *stare decisis*; b) doutrina dos precedentes e c) *common law*.

Repisa-se, como já bem destacado no decorrer deste tópico, que o *common law* se caracteriza como um sistema jurídico, no qual há a prevalência dos costumes legitimados pelas autoridades reais no momento de interpretação da norma. Assim, nesse cenário, as decisões judiciais são tidas como fontes primárias do direito, devendo ser utilizadas pelos juízes como parâmetro na solução dos casos concretos. Além disso, o significado de *common law* antecede, historicamente, o que se entende por política do *stare decisis* e utilização dos precedentes, indicando que nesse sistema já havia a utilização de decisões judiciais como método apto a solucionar os entraves jurídicos.

Do mesmo modo, acerca da temática do *common law*, Mello e Barroso (2016) acrescentam:

A norma de direito corresponde ao comando extraído de uma decisão concreta, que será aplicado, por indução, para solucionar conflitos idênticos no futuro. Ela é determinada a partir do problema e deve ser compreendida à luz dos seus fatos relevantes. É mais fragmentada, ligada às particularidades da demanda e à justiça do caso concreto; é menos voltada a produzir soluções abrangentes e sistemáticas. (MELLO E BARROSO, 2016, p. 5).

Em relação à teoria dos precedentes ou *rule of precedente*, ressalta-se o conceito aludido por Lopes Filho (2016, p. 275) – o qual será melhor analisado adiante – a partir do qual “deve-se considerar que precedente é uma decisão jurisdicional, mas não qualquer decisão, pois ela deve trazer um acréscimo de sentido e exercer a função mediadora entre texto e realidade”. Nessa toada, o precedente ultrapassa o simples conceito de uma decisão judicial, fazendo surgir um aprimoramento das práticas desenvolvidas na tradição do *common law*.

As soluções jurisdicionais, ao serem analisadas pela ótica dos precedentes, não devem ser consideradas apenas meros exemplos a serem seguidos pelos juízes em decisões futuras, mas, para além disso, “devem expressar a tradição institucional do Judiciário merecendo considerações no futuro, inclusive nos tribunais superiores”, Lopes Filho (2016, p. 275).

Por fim, na mesma linha de diferenciação entre os citados conceitos, cumpre salientar que a *stare decisis* surge a partir da doutrina dos precedentes com o intuito de trazer para o ordenamento jurídico maior clareza e definição no uso das decisões judiciais como meios para

solucionar o caso concreto. Nesse sentido, tais decisões passam a obter um efeito vinculante perante aos tribunais e não apenas de parâmetro a ser seguido, como bem explicita Abboud:

A doutrina do *stare decisis* origina-se da doutrina dos precedentes, contudo, ela almejava fazer com maior clareza a distinção entre a *holding* e *dictum*. Entretanto, a doutrina dos precedentes estava mais vinculada aos costumes dos juízes, e consistia em uma linha de casos em vez de apenas uma única decisão que poderia ter efeito vinculante conforme admite o *stare decisis*. (STRECK, ABOUD, 2013, p. 42).

Surge, desse modo, a ideia de vinculação do precedente judicial, por meio da separação entre *holding* – definida como “os fundamentos jurídicos que foram imprescindíveis para a solução” (ABBOUD, 2013) de um determinado caso – e *dictum*, a qual pode ser definida como o que não foi essencial para a tomada de decisão, porém poderá ser utilizada em casos futuros.

2.2.2 *O common law nos Estados Unidos*

Seguindo o curso da colonização inglesa, a transposição da tradição do *common law* para as colônias foi um fenômeno natural, tendo em vista que a Inglaterra, como colonizadora, disseminava a sua cultura, inclusive jurídica, aos países colonizados. Desse modo, é incontroverso que houve uma certa transferência do direito inglês para o território norte americano, impulsionado, muitas vezes, pela vontade dos próprios colonos. No entanto, o que não se pode afirmar é que tal troca ocorreu de modo homogêneo, uma vez que foi necessária a adaptação do sistema jurídico colonizador às realidades sociais e políticas enfrentadas na colônia americana.

Nessa toada, para entender o desenvolvimento do *common law* no sistema jurídico da América é necessário, inicialmente, atender para o fato de que a citada tradição somente foi completamente consolidada em seu território após a sua independência, em 1776, marcada pela unificação das colônias e pela libertação da colonização inglesa. A partir de então é possível começar a delinear as diferentes nuances entre a tradição do *common law* adotada pelos Estados Unidos face ao que era exercido na Inglaterra.

Percebe-se, de tal modo, que, embora a Inglaterra tenha sido durante muito tempo um modelo para o sistema norte americano, os ordenamentos desses países não seguiram trajetórias unificadas, possuindo, entre si, diversidades ao que concerne, sobretudo, as influências da tradição do *civil law*. Logo, enquanto no país inglês inexistia uma lei hierarquicamente superior que deveria nortear as decisões judiciais, nos Estados Unidos

houve a criação de uma Constituição Federal, como clara aproximação ao modelo jurídico romano-germânico. Acerca disso, pontuou René David:

Os Estados Unidos continuaram a ser um país de common law no sentido de que lá se conservam, de uma forma geral, os conceitos, as formas de raciocínio e a teoria das fontes do direito inglês. Contudo, na família da common law o direito dos Estados Unidos ocupa um lugar particular; mais do que qualquer outro direito, ele está marcado por características que lhe imprimem uma considerável originalidade; e estas características muitas vezes, aproximam-no dos direitos da família romano-germânica, pelos quais se deixou seduzir num determinado momento da sua história. (DAVID, 2002, p. 454)

Outrossim, após a independência norte americana, as diferenças entre os sistemas do *common law* utilizados por esses países se torna mais clara, sob os seguintes aspectos: a) nos Estados Unidos, foi adotada uma Constituição Federal, assumindo o *statute law* como posição de criação do direito; b) havia na América um rígido federalismo, que possibilitava a utilização de outras fontes do direito para além dos costumes e c) houve a adoção de um sistema de freios e contrapesos norte americano.

A forma de organização dos sistemas judiciários, portanto, é outro fator que embasa a diferença entre o uso do *common law* nesses países. Destaca-se, assim, que, nos Estados Unidos, há uma clara distinção entre o Direito Federal e o Direito Estadual, o que inexistia no território inglês. Acerca desse aspecto, alguns pesquisadores defendem, inclusive, que haveria uma clara diferença entre *common law* federal e os estaduais.

Ocorre, porém, que, de acordo com David (2002, p. 467), em análise ao caso *Erie Railroad Corporation v. Tompkins* (1938), não se pode afirmar que existe uma tradição de *common law* praticada em âmbito federal distinta daquela exercida nos estados. O que se vê, ainda de acordo com o autor, é a existência de um sentimento de unicidade do direito em todo o território americano, apesar das diferenças narradas.

Nessa trilha, o que se vê é exportação de um modelo de *common law* em total observância às peculiaridades de cada país, não sendo possível deixar de destacar, porém, que ambos os modelos têm um viés majoritariamente precedencialista e, assim como ocorre no direito inglês, no sistema jurídico norte americano também é possível notar a distinção entre precedente, *common law* e *stare decisis*.

A breve análise, realizada no presente tópico, acerca das divergências entre o *common law* praticado na Inglaterra e o exercido nos Estados Unidos é importante para que seja possível entender como esta tradição – que valoriza a produção do judiciário – tem se expressado no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, abordaremos no próximo capítulo

como o common law é manifestado do direito brasileiro, sob, principalmente, o prisma do Código de Processo Civil de 2015.

3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para entender como se dá a aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário tecer, inicialmente, uma análise em torno do conceito de precedente. Desse modo, é preciso delimitar que existem diferenças importantes entre o que se entende por precedente, jurisprudência e súmula, uma vez que estes dois últimos têm, em suas essências, um caráter normativo vinculante, o que, no entanto, não pode ser atribuído ao precedente judicial, sob a perspectiva da sua real definição.

Como se verá adiante, na concepção dos doutrinadores Lênio Streck e Juraci Lopes Mourão, o precedente judicial, para assim ser reconhecido, deverá representar um ganho hermenêutico ao ordenamento jurídico. É nessa perspectiva que não se admite a aplicação dos precedentes por meio da mera subsunção lógica, tendo em vista que o seu próprio conceito impossibilita que seja utilizado como uma norma, dotada de completude.

Isso posto, será possível, assim, iniciar, de modo mais específico, um estudo acerca do uso dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, a partir dos novos regramentos advindos do Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, restará aclarado que há uma tentativa falha em se admitir a existência de um “sistema brasileiro de precedentes”, ao contrário do que pretendem alguns doutrinadores, tendo em vista que a “*commonlização* à brasileira” é realizada de modo em completa distorção aos países que, de fato, adotam a tradição do *common law*, o que pode ser visto a partir da contextualização realizada do capítulo anterior.

A problemática que é objeto do presente trabalho será vista, então, a partir da análise acerca do método que está sendo utilizado para aplicação dos precedentes judiciais, qual seja a subsunção lógica. Ao longo deste capítulo, será possível, portanto, realizar apontamentos em torno dos prejuízos que acarretam a mera aplicação subsuntiva do direito, ou seja, dos precedentes judiciais, para, então, ser apresentada, no capítulo seguinte, os meios capazes de solucionar as perdas ocasionadas pela tentativa de atribuir um viés normativo e vinculante aos precedentes judiciais.

3.1 O conceito de precedente judicial: distinção entre os institutos da súmula, da jurisprudência e do precedente

Inicialmente, antes de adentrar em uma análise mais apurada acerca das discussões em torno da existência de um “sistema brasileiro de precedentes”, é necessário tecer algumas

ponderações sobre os termos: precedentes, súmulas e jurisprudências. Tais conceitos, não podem ser empregados como sinônimos, pois guardam entre si importantes distinções. A primeira, de acordo com Lopes Filho (2016, p. 129), versa acerca da natureza desses conceitos, uma vez que súmula, no entendimento do autor, é um ato administrativo dos tribunais, enquanto jurisprudência e precedentes decorrem da atividade jurisdicional.

As súmulas, desse modo, podem ser classificadas como a concretização das prescrições de uma determinada Corte, contribuindo para a fixação de previsibilidade no ordenamento jurídico, uma vez que visam uniformizar o entendimento acerca de casos específicos (LOPES, 2016, p. 129). De outro modo, a jurisprudência, pode ser descrita como uma série de casos concretos julgados pelos tribunais que somente terão importância suficiente para influenciar nas decisões posteriores quando consideradas em seu caráter dominante.

Nessa toada, as jurisprudências, quando comparadas aos precedentes, devem ser facilmente distinguidas, tendo em vista que estes representam uma decisão que trará um ganho hermenêutico para o ordenamento jurídico, enquanto as jurisprudências se constituem em uma repetição de uma determinada resposta hermenêutica. Este é o entendimento proclamado por Lopes Filho:

Precedente é um julgamento que ocasiona um ganho hermenêutico e que é tomado como referência individual aos casos posteriores. Já a jurisprudência é um conjunto de julgamento em um mesmo sentido, representando a reiteração de uma mesma resposta hermenêutica em várias situações distintas. (LOPES FILHO, 2016, p. 130).

Acerca disso, Michele Taruffo (2014, p. 03) reforça que quando se fala de “precedente, faz-se referência a *uma decisão* relativa a um caso particular, enquanto, quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a *uma pluralidade*”. Ampliando esta visão, o autor ainda esclarece que o precedente judicial será considerado como tal a depender do entendimento do juiz do caso posterior, indicando, para tanto, que o precedente, ao contrário da jurisprudência, tem sua aplicação a depender do caso concreto e não de uma mera subsunção lógico-fática.

De encontro a esta concepção, há autores, como Hermes Zaneti (2017, p. 331), que defendem que a diferença entre precedentes e jurisprudência, reside no fato de que esta última apenas tem o condão de interferir na decisões judiciais de modo persuasivo, ao passo que o precedente é dotado de força vinculante, assim como as leis, e, portanto, exerce uma influência no mesmo grau da norma jurídica, devendo ser considerado uma fonte primária do direito. Assim, pontua o referido autor:

Precedentes judiciais, como entendemos neste trabalho, consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento de aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como o core do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (*material facts* somados a solução jurídica dada para o caso) com o caso-atual. (ZANETI JR, Hermes. 2017, p. 328-331)

Ocorre que, neste trabalho, o entendimento apontado acima, embora levado em consideração para fins de acrescentar as discussões acerca do tema, não será adotado, uma vez que, aqui, alinha-se à cognição – já apresentada por Lopes Filho – de que o precedente representa um ganho hermenêutico ao ordenamento, e não pode, desse modo, ser entendido em seu caráter meramente vinculante, o qual afasta qualquer possibilidade dialógica entre o caso concreto e a decisão judicial tomada como precedente.

Com efeito, Lênio Streck e Abboud (2016, p. 53), ao chamarem a atenção para os “novos paradigmas interpretativos”, destacam que o precedente precisa ser distinguido também em relação à súmula, seja ela vinculante ou não. Nesse sentido, as súmulas são utilizadas de modo desvinculado do seu caso de origem, sendo considerada, assim, como um texto dotado de viés vinculatorio e abstrato, podendo ser aplicada em casos futuros, tal como ocorre com as leis. Os precedentes, no entanto, devem ter a sua aplicação restrita aos casos em que seja possível vislumbrar a similitude das questões ali tratadas perante o caso concreto.

O Código de Processo Civil de 2015, nessa senda, diante das problemáticas advindas da insegurança jurídica ocasionada pela falta de unificação das decisões jurisdicionais, tenta implementar no ordenamento brasileiro um sistema de precedentes, porém não observa a distinção intrínseca entre súmulas, jurisprudências e precedentes, trazendo em seu artigo 927¹ uma confusão entre os termos e as suas aplicações, as quais, como citado neste tópico, ocorrem de modo distinto.

¹ 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.

O precedente, sob esse aspecto, passa a ser aplicado nos casos concretos não pela sua similitude, mas a partir de determinação legislativa, que, com o CPC de 2015, foi formalizada, distanciando-se do seu próprio conceito, o qual será melhor analisado a seguir.

3.1.1 A impossibilidade de adoção da subsunção lógica como método de aplicação do precedente judicial

O precedente judicial, como visto acima, na concepção de Lopes Filho (2016, p. 275), é uma resposta institucional a um caso que implicará necessariamente em um ganho hermenêutico ao ordenamento jurídico. Portanto, acolhendo-se essa definição, como destacado tópico anterior, é inquestionável que a mera subsunção lógica não é suficiente para solucionar as controvérsias acerca da aplicação dessa fonte do direito, uma vez que, tanto no que concerne à norma jurídica quanto ao precedente, não se vislumbram fundamentos capazes de trazerem consigo uma solução completa para todas as situações expostas à ciência do direito.

Desse modo, uma decisão proferida por um juiz não poderá levar em consideração apenas um paradigma supostamente completo e acabado. Ao contrário, conforme entende Müller (2005, p.39), a atuação dos magistrados perante um caso concreto deve levar em consideração uma somatória de fatores. Por isso, uma decisão judicial será composta não apenas pelas determinações propostas por normas ou precedentes, como se estuda no presente trabalho, uma vez que devem se basear em fontes diversas, tais como doutrinas e princípios.

Sob essa perspectiva, o método desenvolvido à época do Estado Legislativo, arraigado nas bases da Escola de Exegese, não é suficiente para atender as demandas jurídicas inerentes aos ganhos hermenêuticos proporcionados pelos precedentes judiciais, assim como sequer deve ser considerado adequado, inclusive, para a aplicação das leis. Isso, pois, a mera subsunção lógica se fundamenta na dicotomia entre sujeito e objeto – direito e realidade –, o que, no entanto, não se verifica diante da complexidade do atual sistema jurídico. É necessário, pois, assumir que sujeito e objeto não podem ser analisados de modo completamente separado,

§ 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.

tanto nas ciências humanas quanto nas ciências naturais, uma vez que para se compreender o objeto observado é imprescindível levar em consideração a interferência que o sujeito exerce nesse sentido.

Lênio Streck (2019, p. 63), ao se debruçar sobre a indevida separação entre interpretação e aplicação no âmbito da mera subsunção lógica das normas e dos precedentes, afirma:

No paradigma hermenêutico, não há como fazer essa cisão por um simples motivo: a norma é a norma no caso, de modo que diante dos casos futuros ela também será texto (este é segredo!) e, portanto, novamente será interpretado. E quando dizemos que será novamente interpretado, isso pressupõe um novo caso, uma nova situação hermenêutica na qual o sentido se dá. Não há como aceitar que, diante dos novos casos, os juízes e Tribunais do andar de baixo simplesmente aplicarão e eventualmente necessitarão de interpretá-los. (STRECK, 2019, p. 63)

De outro modo, Rizzo, ao tecer críticas acerca do pensamento do doutrinador citado acima, defende o caráter vinculante dos precedentes judiciais e afirma que “ao lidar com um *binding precedent*, o juiz do common law não necessita percorrer o mesmo caminho da corte de precedentes. Isso equivaleria a *reinventar a roda*, nas palavras de Duxbury” (RIZZO, 2016). Logo, para este autor os precedentes produzidos pelas Cortes Superiores, ao serem aplicados pelos juízes dos demais graus de jurisdição, não necessitariam de interpretação, uma vez que esta já teria sido realizada, esgotando, assim, a suas possibilidades de sentido.

Ocorre, como já aclarado, que a ideia do precedente como enunciado vinculante remete ao positivismo exegético e a sua aplicação por meio do método de subsunção lógica, no qual a norma, ou, nesse caso, o precedente, seria considerado como uma regra pronta e acabada, capaz de prever uma completude de situações jurídicas, afastando, assim, a necessidade de interpretação conforme o caso concreto. A evolução epistemológica da ciência do direito, no entanto, afasta por completo tal possibilidade, a partir, principalmente, da teoria do Direito como Integridade, proposta por Ronald Dworkin, e da Hermenêutica Filosófica de Gadamer, como será melhor analisado adiante.

Logo, não é compatível ao precedente judicial a sua aplicação por mera subsunção lógica, uma vez que este se constitui, tal qual defendido por Lopes Filho e adotado neste trabalho, como um ganho hermenêutico ao ordenamento jurídico, necessitando, obrigatoriamente, de interpretação e do reconhecimento do caráter dialógico entre precedente e direito; sujeito e objeto.

Como se verá adiante, os precedentes judiciais vêm sendo aplicados no ordenamento jurídico brasileiro de modo que nos remete ao paradigma do positivismo exegético, o que implica na discussão trazida pelo presente trabalho, uma vez que não se admite a possibilidade de aplicação dos precedentes como normas, ou até mesmo esvaziados de qualquer viés interpretativo.

O precedente passa a ser assim considerado somente em decorrência da sua corte de origem, especificamente, a partir das chamadas Cortes de Vértices, que, nesse modelo de aplicação, seriam responsáveis pela criação dos precedentes. Em contrapartida, as demais cortes do sistema judiciário apenas se encarregariam da aplicação dos precedentes pelo método da subsunção lógica, sem que seja possível, nesse momento, realizar qualquer viés interpretativo.

No próximo tópico, portanto, partiremos para uma breve exposição acerca das discussões em torno do que intitulam como “sistema brasileiro de precedentes”, principalmente, sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015 e de como isso não além ao que, de fato, constitui uma precedente judicial, uma vez que é inviável se falar em um sistema único de precedentes no direito brasileiro, com base nas práticas jurídicas que são adotadas para a sua aplicação, o que também será analisado de modo mais específico ainda neste capítulo.

3.2 Precedentes no Código de Processo Civil de 2015 e a tentativa de definir um “sistema brasileiro de precedentes”

O ordenamento brasileiro, como aclarado em tópico anterior, tem suas bases jurídicas e filosóficas atreladas à tradição do *civil law*, valendo-se, desse modo, da lei como premissa máxima que deve ser seguida pelos aplicadores do direito. Ressalta-se que, como principal característica, esse sistema romano-germânico traz a vinculação das decisões judiciais ao texto da lei, devendo o juiz decidir dentro daquilo que é permitido pela legislação pátria.

Ocorre que, conforme já explanado, não se pode concluir que na tradição do *civil law* os precedentes judiciais são inexistentes. Ao contrário, o que se sabe é que, tanto no *common law* quanto no *civil law*, há a influência da jurisprudência e dos precedentes, residindo a significativa diferença entre esses sistemas no grau de utilização das citadas fontes do direito. Enquanto nos países de base romano-germânica, e aqui se inclui o Brasil, percebe-

se uma grande normatização das práticas jurídicas, de outro modo, nos locais onde predomina o *common law*, é forte a influência das decisões proferidas pelo judiciário.

Não se pode olvidar, portanto, de destacar que no direito brasileiro as jurisprudências e os precedentes sempre estiveram presentes, porém é notável que nos últimos anos o direito jurisprudencial vem sendo utilizado de forma mais expressiva, principalmente, no que se trata da vinculação da atividade jurisdicional dos tribunais superiores. Dito isso, no ano 2004, a Emenda Constitucional nº 45 trouxe para a dinâmica do direito brasileiro a súmula vinculante e o regime de repercussão geral, regulamentado pela Lei nº 11.418/2006.

Nesse sentido, acerca da nova dinâmica de vinculação das decisões pelos tribunais superiores (STF e STJ) trazida pela EC nº 45, pontou Luís Roberto Barroso e Patrícia Mello:

Por fim, a Emenda Constitucional nº 45/2004 estabeleceu a possibilidade de edição de súmula vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, que refletisse o entendimento defendido pelo Supremo em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, tornando sua observância obrigatória para o Judiciário e para a administração pública. (BARROSO, MELLO, 2016, p. 16)

O movimento de aproximação para um cenário de valorização das decisões judiciais teve seu ápice com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o qual, a partir das previsões contidas, principalmente, nos artigos 926 e 927, inaugurou uma onda de debates acerca da existência ou não de um sistema brasileiro de precedentes judiciais. São estes os principais pontos dos dispositivos:

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.

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. (grifado)

Nesse sentido, a doutrina divide-se entre aqueles que acreditam que, com o CPC de 2015, foi possível visualizar no ordenamento brasileiro uma ascensão da cultura jurídica em direção ao *common law*, falando-se, inclusive, na instalação do *stare decisis*, a partir de

um sistema de precedentes brasileiro. De outro lado, no entanto, o que se defende é que há uma descontextualização das características do *common law*, em uma tentativa de implantar no Brasil um “sistema” de precedentes, como se vê na Inglaterra e Estados Unidos.

Daniel Mitidiero, um incontestável defensor do chamado sistema brasileiro de precedentes, defende que, embora, no Brasil, já houvesse a influência de uma sistema jurisprudencial, como se observa nas súmulas vinculantes, foi somente a partir do CPC de 2015 que se implementou no sistema pátrio a adoção de precedentes obrigatórios, aproximando-se, nesse sentido, das técnicas utilizadas na tradição do *common law*:

Em uma certa altura, no entanto, mesmo depois da transformação dos conceitos de jurisprudência e de súmulas, a doutrina brasileira começou a propor a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios – vinculantes – no direito brasileiro. A partir daí o direito brasileiro começou a recair igualmente sob a área de influência do Common Law, na medida em que procurou naquela tradição os elementos capazes de colaborar nessa adaptação. (MITIDIERO, 2018, p. 75)

Essa mesma aceção acerca do precedencialismo “à brasileira” foi adotada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin (2016, p. 02), em sede de controle de constitucionalidade difuso, no RE 655.265, uma vez que no acórdão proferido reconheceu que “o papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes”. Além disso, defendeu, nessa mesma oportunidade, a instalação da *stare decisis* – característica do *common law* – como meio de assegurar segurança jurídica ao ordenamento brasileiro, o qual constitui a sua base vinculada à tradição do *civil law*.

Em contrapartida, Lênio Streck (2019, p. 15) se posiciona em oposição às ideias defendidas acima, afirmando, em tom de crítica que “o Direito é aquilo que as Cortes Superiores dizem que é. E as decisões são resultantes de um ato de vontade. É o que sustentam os adeptos da tese de que os tribunais superiores devem ser Tribunais de Precedentes”.

Ainda nesse sentido, o autor enxerga nesse processo de “*commonlização*” do direito brasileiro diversas falhas, uma vez que, como defende, houve a transferência do juiz boca de lei para o juiz boca de precedentes, sem que, assim, fosse possível notar um avanço ao que concerne a pretensão de conceder segurança jurídica e estabilidade às decisões judiciais. Acerca disso, pontua o doutrinador:

O CPC não contém, pois, um sistema de precedentes e nem comporta teses gerais e abstratas com pretensões que os precedentalistas têm em mente. Teses só nas súmulas vinculantes, com a ressalva do CPC de que, na aplicação, devem ser vistos

os casos – sim, os casos – que a conformaram, no julgamento de ‘recursos repetitivos’ e no incidente de resolução de demandas repetitivas e no incidente de assunção de competência, que, obviamente, só terão sentido – as teses – se tiverem relação com os casos incluídos no âmbito da repetição. Simples assim. (STRECK, 2019, p. 85).

Em suma, para Lênio Streck, os problemas acerca do “precedencialismo à brasileira” versam em torno dos seguintes tópicos: a) a cisão entre interpretação e aplicação, na qual caberia aos tribunais superiores ou Cortes de Vértice realizar interpretação e aos juízes comuns e tribunais de justiça a mera aplicação do entendimento firmado pelo STF ou STJ; b) a equivocada ideia de que o precedente já nasceria precedente, em virtude, tão somente, da hierarquia concedida às Cortes de Vértice; c) a adoção de mera subsunção na aplicação dos precedentes, fugindo da hermenêutica necessária para entender e solucionar o caso concreto.

Ao encontro desse entendimento, posiciona-se também Juraci Mourão, ao entender que a questão dos precedentes, no Brasil, deve ser analisada a partir do caso concreto e não por meio de um mero silogismo às decisões vinculantes dos tribunais superiores. Desse modo, expressa o autor:

O modo de se aferir a incoerência de julgados são as mais diversas, pois a incompatibilidade se dá no plano hermenêutico, que invoca tanto uma lógica formal quanto material, bem como não apenas padrões normativos, mas também axiológicos. Assim, dois precedentes podem ser contraditórios quando as normas possíveis de serem erigidas deles forem incompatíveis, prescrevem consequências distintas para os mesmos fatos. Entretanto, há outras hipóteses de incoerência, quanto erigem conceitos contraditórios entre si (imagine-se conceituarem nas *ratione decidendi* vida como somente o estágio após o parto e vida como o estágio já no momento da fecundação, ainda que *in vitro*), quando consagram valores inconciliáveis ou de várias outras formas de se comporem os diversos elementos do círculo hermenêutico. (LOPES, FILHO, 2016, p. 292-293)

Aprofundando no tema, em análise acerca da fala proferida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Rogério Schietti², Lênio Streck (2020) disserta ainda que as queixas acerca do desrespeito ao “sistema de precedentes brasileiro” ocorrem, justamente, pois, não há, de fato, neste ordenamento a instalação de uma tradição precedencialista. As decisões, de acordo com o autor, são tomadas de modo meramente consequencialista, sem

² [...] o Tribunal de Justiça de São Paulo, segundo Schietti, não observa a jurisprudência de STJ e STF. Esse é o ponto. Não é o primeiro a assim lançar essa crítica. Os ministros Sebastião Reis, Jorge Mussi e o próprio Schietti já haviam feito esse tipo de crítica. Já em 2018, o presidente do STF, João Otávio Noronha, fazia essa crítica ao TJ-SP. Na sequência, Schietti faz menção ao sistema de precedentes como mecanismo de padronização e controle das decisões (isonomia e segurança jurídica). Não está funcionando o sistema de precedentes. Pelo menos em relação a São Paulo. (STRECK, 2020)

qualquer preocupação com a análise principiológica de cada caso, sendo este o motivo para falta de integridade e de coerência no ordenamento jurídico brasileiro:

Apenas direi que em um país em que se julga de forma — confessadamente — consequencialista, parece óbvio que ninguém está preocupado com coerência e integridade (que, aliás, é um preceito legal). Respeitar a coerência e a integridade do direito é decidir por princípio. E um princípio, autêntico, é um padrão moral, sim, *mas nunca subjetivista*: é um padrão moral institucionalizado, filtrado pelo direito. E isso não é uma mera opinião. É ciência jurídica. (STRECK, 2020)

Conforme ponderou Ravi Peixoto (2016, p. 151), não é possível se falar em uma completa tradução do sistema de precedentes nos moldes exercidos pelos países onde prepondera a tradição do *common law*. No entanto, há que se tecer ponderações acerca da tentativa forçada de se instalar um sistema próprio de precedentes brasileiro, admitindo, sob esse aspecto, os entraves que dificultam a consolidação de tal sistema como um meio para assegurar a segurança jurídica e integridade do ordenamento, sobretudo no sentido de se conferir força vinculante as precedentes judiciais.

Logo, repisa-se, que não há, aqui, a intenção de, ao final deste trabalho, concluir se, de fato, existe ou não o suposto sistema de precedentes brasileiro, mas se admite a crescente influência desses precedentes e, portanto, a necessidade de analisar criticamente as particularidades advindas do ordenamento jurídico brasileiro e de como as tentativas de se estabelecer um sistema brasileiro de precedentes fogem à regra daquilo que é visto nos países que tradicionalmente são adeptos ao *common law*.

Dito isso, no próximo tópico, inicia-se uma análise acerca dos métodos de aplicação dos precedentes, a partir da dinâmica inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015, tecendo um estudo, sobretudo, ao que concerne as problemáticas advindas desse processo de embasamento do precedencialismo e, conseqüentemente, como se verá mais adiante, o paradigma que deve ser utilizado para superar as problemáticas que serão expostas.

3.3 A aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro

A nova concepção do Código de Processo Civil de 2015 acerca da utilização dos precedentes representa uma tentativa de firmar a unificação das decisões judiciais, impedindo a perpetuação de práticas que, em muito contribuem, para a escalada de uma jurisprudência lotérica, visando assegurar, desse modo, a segurança jurídica ao ordenamento brasileiro. Tal tentativa deve ser considerada válida sob essa perspectiva, pois, de fato, há no sistema judiciário pátrio, um sentimento de insegurança ante a questão da facilidade de modificação e,

até mesmo, de contradição entre entendimentos judiciais proferidos, muitas vezes, dentro de um mesmo tribunal.

Desse modo, como bem aclarou Lênio Streck (2013), ao tecer críticas ao projeto do que então era o novo CPC, é necessário se falar não apenas em estabilidade das decisões judiciais, mas ainda em integridade e coerência. Para este autor, a coerência corresponde a “garantia da isonômica aplicação principiológica”. Ou seja, diz-se que uma decisão foi tomada de modo coerente quando esta observa os mesmos princípios considerados na decisão anterior.

Além disso, a integridade, ainda sob o entendimento do referido autor e com base na doutrina de Dworkin – que será melhor estudada adiante –, pode ser considerada como a exigência de que “os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito”. Dito isso, o CPC não apenas deve se ater à tentativa de tentar estabilizar e de, conseqüentemente, promover segurança jurídica ao sistema jurisdicional, mas, para além disso, deve se ater aos princípios norteadores da coerência e integridade.

Nessa senda, mesmo diante das ponderações realizadas pelo doutrinador citado acima, o que se vê, na prática, é uma deturpação no método utilizado para aplicação dos precedentes judiciais, uma vez que estes vêm sendo considerados em decisões futuras a partir de uma mera subsunção-lógica, evitando, desse modo, quaisquer formas de interpretação acerca da sua compatibilidade ao caso concreto, sendo, inclusive, equiparados à legislação. Como visto no tópico anterior, é nesse ponto, principalmente, que residem as críticas ao processo de *commonlização* e, conseqüentemente, à existência de um sistema brasileiro de precedentes.

As decisões judiciais, nesse cenário, estão sendo utilizadas com base em critérios hierárquicos, de acordo com os quais um precedente, somente pode assim ser considerado quando emitido através das Cortes de Vértice – que, no Brasil, são representadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) –, imputando-se aos demais graus de jurisdição uma função meramente aplicativa dos precedentes, o que, como já visto, é completamente incoerente ao conceito de precedente.

Nesse sentido, é o entendimento defendido por Daniel Mitidiero:

Tendo a interpretação da Corte Suprema valor em si mesma, sendo o móvel que legitima sua existência e outorga sua função, eventual dissensão na sua observância pelos seus próprios membros ou por outros órgãos jurisdicionais é encerado como um fator grave, como um desrespeito e um ato de rebeldia diante de sua autoridade, que deve ser evitado e, sendo o caso, prontamente eliminado pelo sistema jurídico e sua própria atuação” (MITIDIERO, 2013, p. 68)

O que se denota da passagem acima, portanto, é que o precedente judicial deve ser aplicado não porque é possível verificar pontos de congruência dialógica com o caso concreto, mas sim porque foram emitidos pelas Cortes Superiores e, desse modo, são dotados de caráter vinculante. Além disso, atesta-se que a utilização dos precedentes judiciais ocorre por imposição legislativa, a qual, uma vez desrespeitada pelos demais órgãos do judiciário, geram verdadeiros “atos de rebeldia”.

Busca-se, por meio da atribuição de força vinculante ao precedente, imputar segurança jurídica ao sistema jurisdicional brasileiro, o que, anteriormente, era realizado somente através da legislação. É possível vislumbrar, desse modo, uma transferência do poder normativo para âmbito das decisões judiciais – e, aqui, repisa-se, não qualquer decisão, mas aquelas tomadas pelas chamadas Cortes de Vértice.

Essa mesma concepção também é adotada por Luiz Guilherme Marinoni, na tentativa de consolidar o entendimento de que as decisões proferidas pelos tribunais superiores têm a função precípua de atribuir sentido ao direito. O precedente, sob essa perspectiva, adquire caráter vinculante e não meramente norteador dos julgamentos futuros. Como já dito, no âmbito prático – porém não a este limitado – a aplicação dos precedentes judiciais no Brasil orbita em torno do princípio da segurança jurídica, buscando-se conceder ao direito uma maior previsibilidade e uniformização. Assim pontuou Marinoni:

Relevante é que o precedente obrigatório orienta os cidadãos, pois lhes dá o modo como devem se comportar e lhes dá a previsibilidade acerca do resultado dos reclamos jurisdicionais, tendo, nesta dimensão, a característica de norma geral que, além disso, é capaz de oferecer maior segurança que a própria norma legislativa. (MARINONI, 2016, p. 95)

O citado autor compreende que as decisões judiciais, e aqui leia-se aquelas emitidas pelo STF ou STJ, devem ser dotadas de característica de “norma de geral”, sob o argumento de “oferecer maior segurança”, superando, inclusive, a norma legislativa. Equipara-se, portanto, o precedente à norma e, desse modo, surge, novamente, a problemática atrelada ao positivismo exegético – já comentado no primeiro capítulo deste trabalho –, uma vez que os outros órgãos jurisdicionados estariam impedidos de fazer quaisquer movimentos hermenêuticos para interpretar um determinado precedente.

Ora, o que se vê na aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro é uma transposição dos equívocos interpretativos – antes atrelados às leis – para o âmbito jurisdicional. Logo, toda a suposição envolta da segurança jurídica trazida pelos precedentes não se perpetua, uma vez que estes passam a ser aplicados do mesmo modo da

legislação, o que, como já visto, mostra-se insuficiente para solucionar todas as questões envoltas em caso concreto.

Nesse sentido, Lênio Streck pontua que “a saída encontrada pelos precedencialistas foi a de transferir para um *locus* superior o processo de atribuição de sentido” (2019, p. 39), referindo-se ao poder concedido às Cortes de Vértice e, conseqüentemente, à vinculação dos precedentes ali formulados.

Ao contrário do que se vê no *commn law* desenvolvido na Inglaterra e nos Estados Unidos, os precedentes passam a ser tomados, no cenário brasileiro, não por sua congruência ao caso concreto, mas, unicamente, por serem proferidos pelas cortes superiores, o que, de logo, é suficiente para dar razão às críticas desenvolvidas a este método de aplicar as decisões judiciais âmbito jurisdicional do Brasil. Nesse sentido, Bahia, Nunes e Humberto Teodoro analisam criticamente essa questão, aduzindo os questionamentos a seguir:

Se os enunciados da lei não conseguem aplicação automática e indiscutível em todos os casos práticos submetidos à decisão judicial, por que isto aconteceria com os enunciados jurisprudenciais sumulados pelos tribunais superiores? Acaso os juízes teriam alcançado o milagre que os legisladores confessadamente se revelaram impotentes de conseguir? (BAHIA, NUNES e THEODORO JR., 2011, p.770).

Embora tais questionamentos sejam retóricos, haja vista que já foram, mesmo que indiretamente, respondidos ao longo dessa pesquisa, repisa-se que as críticas realizadas a chamada “jurisprudência lotérica” estão sendo resolvidas por meio da imputação de força normativa aos precedentes, o que, não é preciso ir longe, para constatar que recaí sobre esta solução o mesmo erro anteriormente criticado, qual seja o de retirar o foco de uma questão qualitativa e passar a tomar estes como meramente quantitativos.

Não obstante a isto, conforme pontua Lênio Streck (2019), há que se destacar a errônea tentativa de realizar a cisão entre interpretação e aplicação, pretendida pelos defensores do sistema precedencialista à brasileira. Nesse sentido, pontua o autor, ao se debruçar criticamente sobre o entendimento defendido por Marinoni acerca do caso específico de julgamento em torno da definição do conceito de “casa” para justificar a inviolabilidade do domicílio:

Eis aí, claramente, a cisão entre o discurso de fundamentação e o discurso de aplicação forjado no bojo na “teoria dos precedentes à brasileira”. Funciona assim: primeiro (antes), a Corte de Precedentes (a que “interpreta”) – encarregada de reduzir a “equivocidade” dos textos normativos – firma a tese (eis o busílis!); “depois”, os juízes do andar de baixo somente têm o trabalho de aplica-las. (STRECK, 2019, p. 61)

Pretende-se, desse modo, utilizar-se do precedente como “norma geral” e, portanto, apto a ser aplicado em quaisquer casos concretos pelo simples método de subsunção-lógica. Ou seja, os tribunais superiores, STF e STJ, firmam os precedentes e, a partir de então, estes estão prontos para serem utilizados pelos demais órgãos do judiciário aos casos que podem considerados “mais simples”, não demandando a atividade interpretativa das Cortes de Vértice.

No *common law* inglês e norte americano, o precedente só passa a assim ser considerado após analisadas as suas similitudes com o caso concreto e os princípios que ali estão postos. Em contra partida, no sistema brasileiro, o precedente é considerado desse modo, pois foi proferido pelas Cortes de Vértice, sendo a função das outras instâncias do judiciário somente realizar a sua aplicação, sem firmar qualquer esforço hermenêutico para tanto.

Os defensores desse entendimento esquecem, no entanto, que o precedente, assim como a norma, é texto e, portanto, carece de interpretação, sendo impossível realizar a atividade jurídica sem que se utilize de técnicas de interpretação para solucionar o caso concreto. O brocardo “*in claris cessat interpretatio*” não prospera, nesse cenário, eis que, por mais completo que se possa considerar um precedente, não há clareza que não comporte interpretação (BAHIA, NUNES e THEODORO JR., 2011, p.753), mesmo que esta ocorra apenas na esfera gramatical.

Lopes Filho, ao tratar acerca da *applicatio* dos precedentes judiciais, assim entende:

O precedente não encerra discussões, mas, sem dúvidas, traz uma economia argumentativa porque, precisamente, por trazer um ganho torna desnecessário reavaliar e considerar aquilo que já foi avaliado e considerado em um jogo de-e-para já realizado. Para isso ocorrer, no entanto, também é necessária a adequada fundamentação. (LOPES, 2016, p. 338)

Dito isso, a tentativa de, por meio dos precedentes judiciais, assegurar maior segurança jurídica e uniformidade ao sistema jurisdicional brasileiro é válida e, inclusive, necessária. Ocorre, que a metodologia que vem sendo aplicada, desde o Código de Processo Civil de 2015, é questionável e se afasta do propósito inicial.

Acerca disso, reitera-se o que já foi explicitado neste trabalho em torno da vinculação dos precedentes sob a perspectiva trazida pelo acórdão do RE 655.265 – analisado em tópico anterior –, o qual pretende, a partir do entendimento do ministro Edson Fachin, propagar que os artigos 926 e 927 do CPC introduziram na jurisdição brasileira a

característica do *stare decisis*, baseando, assim, a necessidade imputada à vinculação dos precedentes judiciais.

Desse modo, faz-se necessário trazer à baila que o referido artigo 927, em seu *caput*, possui a seguinte redação: “Os juízes e os tribunais observarão: (...)”. Em uma mera interpretação gramatical deste *caput*, é possível denotar que, em nenhum momento, o dispositivo trata acerca de vinculação do rol indicado nos incisos, mas tão somente se utiliza do verbo “observarão”, o qual, nem de longe, é suficiente para sustentar a pretensa vinculação por meio da instalação da *stare decisis*. Sobre o tema, Lênio Streck, acertadamente, dispôs:

Em concreto quero insistir que o Código de Processo Civil não instituiu um sistema de precedentes. Por quê? Porque, para o CPC, os provimentos que devem ser observados estão elencados no art. 927 (...) (a palavra é observarão e não vinculação) (STRECK, 2019, p. 91). grifado

As considerações tecidas ao longo deste tópico aclaram, portanto, que o método de aplicação dos precedentes judiciais utilizado no ordenamento jurídico brasileiro contribui para que se afastem os anseios de tornar o sistema jurisdicional mais seguro e uniforme, uma vez que simplesmente transpõem para o judiciário aquilo que é característico do legislativo, indo além ao determinar que as decisões judiciais emitidas pelo STF e STJ não devem ser interpretadas, mas somente aplicadas pelos órgãos judiciários de base.

É retirado, portanto, do sistema jurídico, no que concerne a aplicação dos precedentes judiciais, a sua capacidade interpretativa, tendo em vista que, como analisado, os órgãos dos demais graus de jurisdição somente devem aplicar, por subsunção, os precedentes judiciais, sem que, para tanto, seja realizado qualquer esforço interpretativo no sentido de se admitir que há entre o precedente e o caso concreto um mínimo de similitude.

4 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: PARADIGMAS NECESSÁRIOS PARA A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Neste capítulo, será realizada uma análise acerca das teorias que o presente trabalho propõe como meios para a solução das irregularidades apontadas anteriormente no âmbito da aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente após o advento do CPC de 2015. Para tanto, desde já, acolhe-se o entendimento de que a hermenêutica filosófica e a teoria do Direito como Integridade devem ser os paradigmas a serem utilizados para possibilitar uma melhor compreensão do direito e, conseqüentemente, dos precedentes judiciais.

Em um primeiro momento, portanto, será necessário contextualizar a evolução hermenêutica filosófica, a fim de pontuar as contribuições oferecidas pelos autores Schleiermacher e Dilthey na construção de uma teoria da interpretação, analisando, sobretudo, a forma de desenvolvimento e aprimoramento do que se chama de círculo hermenêutico. Somente após o deslinde dessas teorias será possível iniciar o estudo em torno da hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer, levando em consideração para este trabalho o modo como os estudos de tais autores contribuem para a correta interpretação dos precedentes judiciais, uma vez que se valoriza o diálogo entre intérprete e texto, assim como ressalta a impossibilidade de separação entre sujeito e objeto.

Isso posto, serão iniciados os estudos acerca da teoria do Direito como Integridade desenvolvida por Ronald Dworkin e de como as proposições de tal autor se coadunam com a hermenêutica filosófica, funcionando como uma verdadeira metodologia para o uso da filosofia de Gadamer na aplicação dos precedentes judiciais. Acerca disso, além do caráter dialogal proposto pela hermenêutica, a teoria de Dworkin vem complementar esse entendimento no sentido de que a decisão judicial deverá ainda se ater aos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, de modo a conferir maior segurança e igualdade ao sistema jurídico.

Com efeito, uma vez delimitadas as teorias que deverão nortear a aplicação dos precedentes judiciais, será possível sintetizar o que se pretende, por meio de um análise de como a hermenêutica filosófica e o Direito como Integridade dialogam entre si e, portanto, devem ser utilizados no processo de compressão dos precedentes judiciais. É a partir disso, portanto, que a segurança jurídica será devidamente assegurada dentro do ordenamento jurídico brasileiro, rejeitando-se qualquer forma de aplicação do precedente judicial por meio

da mera subsunção lógica, uma vez que, ao final, será possível concluir que os métodos subsuntivos, ao contrário do que acreditam os seus defensores, não são capazes de trazer uma segurança plena ao sistema jurídico.

4.1. Uma breve contextualização do desenvolvimento da Hermenêutica Jurídica

Inicialmente, antes de adentrar no estudo mais específico acerca da hermenêutica filosófica desenvolvida pelos autores Heidegger e Gadamer, é necessário tecer algumas considerações em torno do desenvolvimento dessa seara de estudo, em um momento anterior ao que estes autores propuseram. Dito isso, é inevitável falar em Hermenêutica Jurídica e não citar o autor que ficou conhecido como pai da hermenêutica moderna, Schleiermacher. Isso, pois, a partir da teoria desenvolvida por este doutrinador, segundo Palmer (2015, p.100) “a hermenêutica deixa de ser vista como um tema disciplinar específico do âmbito da teologia, da literatura ou do direito; é a arte de compreender uma expressão linguística”.

Para Schleiermacher, a interpretação de um texto deveria ocorrer em dois momentos: o gramatical, onde se buscará os sentidos linguísticos de um texto, e o psicológico, aquele que propõe a busca pela individualidade do pensamento do autor do texto (PALMER, 2000, p. 93). Esse também é o entendimento desenvolvido por Raul Carneiro Nepomuceno, (2019, p. 24), ao afirmar que, nos estudos desenvolvidos por Schleiermacher “interpretar é pensar novamente o que o autor do texto pensou ao escrevê-lo, e o papel da hermenêutica é articular métodos que possibilitem ao intérprete aproximar-se o máximo possível da mente do autor do texto.”

É nessa teoria que o hermeneuta baseia a sua concepção de círculo hermenêutico, defendendo que a compreensão se dá de um modo circular, uma vez que o interprete, no momento da compreensão de um texto, deve agir de modo a interpretar o todo pela parte e assim vice-versa, dando a ideia da circularidade proposta. Em análise acerca das contribuições da hermenêutica de Schleiermacher acerca da definição de circularidade como meio pra a interpretação, escreveu Palmer:

O círculo hermenêutico então opera, não só a nível linguístico como também a nível do tema em causa. Tanto o que fala como o que ouve devem partilhar a linguagem e o tema do seu discurso. Tanto a nível do *medium* do discurso (linguagem) como da matéria do discurso (tema), o princípio do conhecimento prévio ou o círculo hermenêutico — opera em todo o acto de compreensão. (PALMER, 2015, p. 94)

Embora o citado autor tenha contribuído para expandir a hermenêutica além do campo da teologia e do direito, havia em sua teoria uma preocupação excessiva com viés psicológico da interpretação, fazendo com que o intérprete tivesse ao máximo que tentar reconstruir o que pensou o autor do texto, de um modo completamente intuitivo, o que poderia implicar em um certo desprezo pelo elemento histórico da interpretação (Palmer, 2015, p. 100). É nesse aspecto, portanto, que residem as críticas realizadas as conclusões propostas por Schleiermacher, uma vez que a busca excessiva para tentar recriar o que pensou o autor do texto no momento da sua escritura traria à hermenêutica uma carga desnecessária de subjetividade, prejudicando o processo interpretativo.

Outro autor que muito contribuiu para o desenvolvimento da hermenêutica filosófica foi Wilhelm Dilthey, trazendo para o âmbito da compreensão um viés epistemológico. Para esse doutrinador, ao contrário do que propôs Schleiermacher, a compreensão de um texto não seria obtida por meio de um exercício de introspecção. Pelo contrário, o intérprete deveria ter em vista que “o problema da compreensão do homem era para Dilthey um problema de recuperação de consciência da “historicidade” (Geschichtlichkeit) da nossa própria existência que se perdeu nas categorias estáticas da ciência”. (PALMER, 2015, p. 105).

A contribuição desse autor para a hermenêutica filosófica está na capacidade de aprofundar o estudo acerca das questões históricas que compõem um texto, indo além do subjetivismo presente na teoria desenvolvida por Schleiermacher, considerando o contexto em que se insere o texto. Dilthey, portanto, “ampliou a perspectiva sobre a atividade da interpretação, destacando que o fenômeno da interpretação não ocorre apenas na análise de textos, mas, de modo mais abrangente, na investigação acerca de todo o mundo cultural humano.” (NEPOMUCENO, 2019, p. 24).

É nesse ponto que reside a principal crítica, sob a concepção da teoria desenvolvida por Dilthey, em relação à aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que estes, como já dito no capítulo anterior, estão sendo utilizados por meio de subsunção lógica, em uma completa ruptura entre sujeito e objeto. As chamadas Cortes de Vértice, na perspectiva dessa ruptura, teriam a incumbência de produzir os precedentes judiciais e, por outro lado, os tribunais de base se encarregariam da simples aplicação, sem que, para tanto, seja possível realizar qualquer tipo de interpretação acerca da similitude entre o precedente e o caso concreto.

As críticas acerca da dicotomia entre sujeito e objeto começam a ser tecidas já nos estudos desenvolvidos por Dilthey e alcançarão o seu ápice com a hermenêutica filosófica de

Heidegger e Gadamer, assim como com a teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, o que será tratado nos próximos tópicos.

O entendimento formulado por Dilthey, apesar de forçoso no sentido de tentar transformar as ciências do espírito em uma verdadeira ciência, juntamente com os ensinamentos de Schleiermacher, é de fundamental importância para a construção dos pensamentos desenvolvidos pela hermenêutica filosófica de Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer e, conseqüentemente, para contribuir na construção de um paradigma a ser utilizado no âmbito da aplicação dos precedentes judiciais, como se verá a seguir.

4.1.1 A hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer: o paradigma para a aplicação dos precedentes judiciais no Brasil

Na obra “Ser e Tempo”, Heidegger tece suas principais contribuições para o desenvolvimento da hermenêutica filosófica, partindo da ideia da fenomenologia de Edmund Husserl. No entanto, diferencia-se deste último, pois acreditava que, além de uma análise da consciência humana, a fenomenologia deveria se ater ainda à historicidade. Heidegger, segundo Palmer (2015, p. 130), “defendia a facticidade do ser como sendo um problema ainda mais essencial do que a consciência e o conhecimento humanos, enquanto que Husserl tendia a encarar a própria facticidade do ser como um dado da consciência.”

Para este autor, a fenomenologia consistia em compreender o ser-no-mundo, uma vez que o indivíduo não pode ser entendido em total separação ao universo em que está inserido, ou seja, deve-se levar em consideração o seu contexto. É nesse ponto que vemos as implicações dos estudos de Dilthey na teoria desenvolvida por Heidegger, no sentido de que um objeto não pode ser estudado em separação ao seu sujeito. Acerca disso, escreveu Palmer:

Conceber o mundo separado da pessoa e totalmente contrário a concepção de Heidegger, pois pressupõem a separação sujeito-objecto que aparece no interior do contexto relacionai a que chamamos mundo. O mundo e anterior a qualquer separação da pessoa e do mundo num sentido objectivo. E anterior a qualquer “objectividade”, a qualquer conceptualização: e também anterior a subjetividade, dado que tanto objectividade como subjetividade são concebidas dentro do esquema sujeito-objecto. (PALMER, 2015, p. 135)

O desenvolvimento dessa ideia, portanto, é essencial para entender o que se pretende no presente trabalho, tendo em vista que, ao propor que o entendimento sobre um indivíduo está interligado a sua participação no mundo, Heidegger defende a impossibilidade de separação entre sujeito e objeto. Logo, sob a perspectiva da hermenêutica filosófica

construída por este autor, é inconcebível se falar em mera aplicação do direito como uma norma dotada de veracidade, especificamente no âmbito de aplicação dos precedentes judiciais por mera subsunção-lógica.

Outro aspecto significativo da teoria desenvolvida por Heidegger é a distinção que esse autor fez entre significação, compreensão e interpretação. A significação constitui a base da linguagem; é algo que o objeto dá ao homem e não o contrário, fornecendo o caráter ontológico das palavras e da linguagem (PALMER, 2015, p. 139). De outro modo, a compreensão e a interpretação surgem logo em seguida, sendo esta última a explicitação da compreensão. Nesse sentido, ainda de acordo com Palmer (2015, p. 139), nos estudos de Heidegger “a compreensão e a significação conjuntamente constituem, a base da linguagem e da interpretação”.

Os estudos de Heidegger foram de fundamental importância para o desenvolvimento da hermenêutica filosófica e, portanto, para o desenvolvimento do que é defendido neste trabalho, uma vez que o autor aprofunda o entendimento de que é impossível haver uma separação entre sujeito e objeto, descartando, assim, qualquer forma de aplicação subsuntiva do direito, inclusive dos precedentes judiciais. Lênio Streck (2010, p. 60), ao se debruçar sobre as contribuições do citado doutrinador, destaca a sua importância para o desenvolvimento da hermenêutica moderna, uma vez que considera que os conceitos de círculo hermenêutico, fusão de horizontes e pré-compreensão somente foram introduzidos nessa seara de estudos por contribuição de Heidegger.

É levando em consideração as contribuições introduzidas por Heidegger no campo da hermenêutica, juntamente com os estudos filosóficos de Hans Georg Gadamer que temos a consolidação da hermenêutica filosófica. Este último autor, como veremos a partir desse momento, foi responsável por construir uma teoria embasada na dialeticidade, o que advém, sobretudo, de uma grande influência do pensamento de Heidegger, o qual é aprofundado sob o ponto de vista da interpretação dos textos.

A hermenêutica filosófica de Gadamer está centrada nos estudos acerca do conceito de círculo hermenêutico, o qual, a partir desse momento, deixa de ser compreendido como propôs inicialmente Schleiermacher – interpretação do todo pela parte – para ganhar um sentido direcionado à fusão de horizontes do intérprete e do texto que este observa. A compreensão, portanto, é tida a partir de uma análise histórica entre objeto e o contexto em que este se insere. De acordo com Gadamer:

Se considerarmos o verdadeiro alcance do conceito de compreensão no isso da linguagem, veremos que a expressão “círculo hermenêutico” sugere na realidade a estrutura do ser-no-mundo, quer dizer, a superação da divisão entre sujeito e objeto na analítica transcendental da pré-sença levada a cabo por Heidegger. (GADAMER, 2010, p. 388)

Como horizonte, entende-se, em conformidade ao que propôs Gadamer, um caminho que se é trilhado pelo indivíduo, não sendo este estático, mas dinâmico, uma vez que se altera de acordo com a posição do ser no espaço. Desse modo, a interpretação de um texto está relacionada com o contexto em que o intérprete se insere, com base do seu horizonte histórico. Acerca disso, pontuou Palmer:

Na fusão de horizontes que é o ponto fulcral da experiência hermenêutica, há alguns elementos do nosso horizonte que são negados e outros que se afirmam; há elementos no horizonte do texto que recuam e há outros que avançam (por exemplo a desmitologização). Neste sentido, portanto, toda a experiência hermenêutica verdadeira é uma criação nova, uma nova revelação do ser; coloca-se numa relação firme com o presente, e historicamente não poderia ter ocorrido antes. E esta “participação” do homem nos processos sempre novos e revigorantes que o ser tem de se afirmar. (PALMER, 2015, p. 245)

A fusão de horizontes, conforme Gadamer, se dá no processo de compreensão, tendo em vista que autor defende a existência de uma relação dialética entre horizonte histórico do intérprete e o horizonte do texto, sendo este entendido como as suas possibilidades de sentido. Logo, é inviável se falar, novamente, em uma dicotomia entre objeto e sujeito, havendo a clara necessidade de, para entender o objeto, compreender, como dito, o horizonte histórico do intérprete do texto.

No processo de compreensão, a partir da fusão de horizontes, Gadamer afirma ainda que os preconceitos do intérprete deverão ser considerados. Ocorre que, para o referido autor, como preconceitos do intérprete não se deve entender o sentido pejorativo da palavra, mas aqueles que estão interligados com a sua historicidade. Desse modo, será necessário que, no momento da interpretação, o intérprete destaque um preconceito e coloque este em evidência, a fim de que realizar sua análise face à tradição.

Com efeito, Gadamer não propõe a criação de uma metodologia para o processo interpretativo, mas tenta, sobretudo, descrever como se dá a compreensão, a fim de que o intérprete possa realizar a distinção entre os preconceitos ditos produtivos e aqueles que resultam em mal-entendidos, sendo estes o que o autor pretende evitar.

A compreensão para o citado autor não pode ser entendida de modo separado da interpretação, assim como esta também não deve se dar de modo dissociado da aplicação do texto que se interpreta. Além disso, a compreensão não é um ponto de chegada, mas como já

dito, é dotada dinamicidade. Desse modo, é mutável, de acordo com a posição do intérprete no tempo, levando em consideração a sua historicidade, sendo, assim, a compreensão é indissociável da história.

Analisando a aplicação dos precedentes judiciais, no ordenamento jurídico brasileiro, com base nas conclusões obtidas por Gadamer, como será possível se falar na separação entre interpretação e aplicação? Como aceitar que as ditas Cortes de Vértice se encarreguem da atividade interpretativa e aloquem para os demais âmbitos do judiciário a função de somente aplicar o precedente judicial? Estes são alguns dos questionamentos que o presente trabalho busca enfrentar, trazendo, para a sua solução, a demonstração de que a hermenêutica filosófica de Gadamer, mostra-se como meio mais adequado para realizar a aplicação dos precedentes judiciais.

Para além das outras questões acerca da forma como os precedentes judiciais estão sendo implementados, o que já foi alvo de discussão no capítulo anterior, a subsunção lógica não se mostra adequada para a utilização dos precedentes, eis que não comporta toda a dimensão e complexidade desse instrumento, o qual deve ser entendido a partir do seu contexto no ordenamento jurídico, levando em consideração, no momento da sua aplicação, questões relacionadas ao caso concreto em que se estuda, não sendo viável separar sujeito e objeto, sob a alegação de garantir a segurança jurídica que se espera.

Dito isso, a análise tecida acerca da hermenêutica filosófica, principalmente, tomando em conta as contribuições realizadas por Heidegger e Gadamer, deixa claro que este deve ser o padrão de aplicação do direito e, no caso desse trabalho, dos precedentes judiciais. Desse modo, qualquer aplicador do direito, ao se deparar com um precedente judicial, não deverá se utilizar deste por meio da subsunção lógica, mas deverá analisar esse instrumento de acordo com o caso concreto, levando em consideração a tradição e a história que há por detrás do precedente, em um verdadeiro círculo hermenêutico.

4.2 O direito como integridade de Dworkin e a superação da suposta relatividade da hermenêutica filosófica

Como aclarado no tópico anterior, propõe-se no presente trabalho que, diante das problemáticas aludidas acerca da aplicação dos precedentes judiciais por meio da mera subsunção lógica, como se fossem normas prontas e acabadas, a hermenêutica filosófica seja, portanto, utilizada como o paradigma epistemológico capaz de trazer ao ordenamento mais clareza e segurança nos procedimentos de utilização dos precedentes judiciais.

Ocorre que esse modo de manejo dos precedentes judiciais é alvo de críticas no sentido de que, ao deixar de lado as ideias da racionalidade iluminista, Gadamer não deixa claro como será possível realizar, de modo prático, a distinção entre os preconceitos produtivos e os nocivos (HABERMAS, 1987, p. 16) e, assim, impedir que estes últimos influenciem negativamente na tomada de decisão do juiz. Isso posto, a sua teoria é tida como subjetiva e incapaz de conceder ao sistema jurídico a segurança almejada. Além disso, a hermenêutica filosófica seria vista ainda como um meio que possibilitaria ao aplicador do direito o resgate de práticas relativistas e autoritárias.

É sob esse aspecto de uma suposta relatividade da hermenêutica filosófica que a teoria do Direito como Integridade, desenvolvida por Ronald Dworkin, faz-se necessária para fomentar, através de elementos mais concretos, os estudos de Gadamer acerca da correta aplicação do direito e, dessa maneira, dos precedentes judiciais. Logo, inicia-se, nesse momento, um breve estudo acerca de como a Integridade de Dworkin influencia nos métodos de aplicação da hermenêutica filosófica.

Dworkin formulou a sua teoria do Direito como Integridade a partir da rejeição a duas concepções do direito: convencionalista e pragmática. A primeira defendia que o direito deveria se basear apenas em convenções do passado, situação em que os juízes apenas agiriam de modo a aplicar o que estava posto em tais fontes, sem que, no entanto, desenvolvessem qualquer modificação com base em suas aspirações éticas ou políticas (DWORKIN, 2014, p. 141). Desse modo, uma vez postulada uma determinação pela lei, esta deveria ser aplicada de modo direto, sem interpretação. Somente nos casos de lacunas, haveria a possibilidade de os juízes agirem de modo discricionário, porém sempre levando em consideração as convenções do passado, as quais deveriam nortear as suas decisões.

O pragmatismo, por outro lado, autorizava aos juízes a tomada de decisão com base no que estes agentes consideravam mais benéfico para a sociedade. Logo, os aplicadores do direito deveriam decidir levando em consideração as consequências que tal decisão ocasionaria para a ordem social. Ao analisar tais concepções do direito, Dworkin nega os seus métodos de definir o que seria o direito e a decisão judicial, formulando, assim, a teoria do Direito como Integridade, o qual, nas palavras do próprio autor, define-se como:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o

direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas (DWORKIN, 2014, p. 271).

Na concepção de Dworkin, a aplicação do direito deve passar, obrigatoriamente, por um processo interpretativo, no qual os juízes, ao se debruçarem sobre um texto jurídico, tal como uma norma, deveriam, observados as virtudes de justiça, equidade e devido processo legal, realizar a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (DWORKIN, 2014, p. 272). Para tanto, o autor cuida de conceituar o que se deve entender pelas referidas virtudes a serem consideradas no processo de interpretação.

Em primeiro lugar, a justiça se refere ao conteúdo das decisões judiciais e não ao procedimento que os juízes deverão adotar para chegar em uma determinada interpretação, aquilo que “diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens oportunidades e outros recursos” (DWORKIN, 2014, p. 483). A equidade, por sua vez, é definida como a possibilidade do povo de influenciar nas instituições políticas, ou seja, “a equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada” (DWORKIN, 2014, p. 483). Por derradeiro, a virtude do devido processo legal “é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu” (DWORKIN, 2014, p. 483).

A teoria desenvolvida por Dworkin, portanto, busca a harmonia entre as virtudes da justiça, equidade e devido processo legal. Assim, um intérprete da lei deverá buscar o equilíbrio de tais virtudes em suas decisões, tendo pleno conhecimento de que, muitas vezes, apenas um desses princípios é respeitado, enquanto os outros não são devidamente observados. Por isso, a decisão do intérprete do direito terá de procurar uma adequação entre as virtudes já citadas, de modo que vise a construção de um Direito eficiente na correção dos desequilíbrios entre justiça, equidade e devido processo legal.

Nesse sentido, ao desenvolver a sua teoria do Direito como Integridade, Dworkin defende a ideia do romance em cadeia, o qual é delimitado do seguinte modo pelo autor:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante (DWORKIN, 2014, p. 276)

Assim, pretende Dworkin (2014, p. 281) demonstrar que a liberdade de criação na concepção do romance em cadeia não é ilimitada. Pelo contrário, o autor tece diversos

questionamentos acerca da existência, no âmbito fático, dessa alegada liberdade que teriam os juízes no processo de aplicação das normas, respondendo logo em seguida que “você sentirá liberdade de criação ao comparar sua tarefa com a outra, relativamente mais mecânica, como a tradução direta de um texto em língua estrangeira”.

O que defende o autor é que, embora existente a referida liberdade do intérprete, esta não será absoluta, uma vez que, no processo interpretativo, o aplicador do direito será moderado pela sequência histórica do romance em cadeia. Desse modo, em uma decisão judicial, por exemplo, o juiz analisará o caso concreto e decidirá limitado pelas decisões anteriores já proferidas pelo Poder Judiciário. Ou seja, a decisão não poderá ser tão destoante ao ponto de ser contraditória ao que já foi decidido anteriormente, porém permitirá ao juiz a possibilidade de interpretar um determinado texto, com base na justiça, equidade e devido processo legal.

Além disso, Dworkin estabelece ainda uma diferenciação entre o que seria a integridade pura e a integridade inclusiva. A primeira, de acordo com o autor, baseia-se exclusivamente no princípio da justiça e, desse modo, situa-se em campo teórico do direito, não apresentando características práticas. Por outro lado, a integridade inclusiva, a qual deve ser utilizada pelos juízes, tem em seu espócio a característica de determinar que os intérpretes, no momento de proferir suas decisões judiciais, levem em consideração não apenas o princípio da justiça, mas ainda os princípios da equidade e do devido processo legal.

É sob essa perspectiva que o direito deve ser interpretado de modo a unificar tais princípios:

O princípio adjudicativo que governa nosso direito aplica a integridade inclusiva: isso exige que um juiz considere todas as virtudes componentes. Ele constrói sua teoria geral do direito contemporâneo a fim de que reflita, tanto quanto possível, os princípios coerentes de equidade política, justiça substantiva e devido processo legal adjetivo, e de que reflita todos esses aspectos combinados na proporção adequada (DWORKIN, 2014, p. 483)

É assentado nessa teoria do Direito como Integridade que o presente trabalho encontra a base metodológica para que a hermenêutica filosófica seja tida como o paradigma para aplicação dos precedentes judiciais, afastando, assim, qualquer suposição de que as teorias desenvolvidas por Heidegger e Gadamer são subjetivas e propiciam o autoritarismo judiciário. Pelo contrário, o que se pretende é justamente evitar decisões arbitrárias em contradição ao que já pressupõe o ordenamento jurídico, afastando, assim, a figura do juiz solipsista.

4.3 As contribuições da relação entre hermenêutica filosófica de Gadamer e teoria do Direito como Integridade para a aplicação dos precedentes judiciais

Como exposto acima, o Direito como Integridade deve ser considerado a base para o uso da hermenêutica filosófica no âmbito da aplicação dos precedentes judiciais, eis que a teoria de Dworkin dialoga com a filosofia de Gadamer, contribuindo para assegurar que a interpretação dos precedentes ocorra de modo a representar um ganho hermenêutico ao ordenamento jurídico e não apenas se limite a meras subsunções, sem qualquer relação com o caso concreto.

Dworkin, em seus estudos, trouxe a figura do intérprete romancista, o qual deverá, no processo de interpretação, agir de modo a coadunar os princípios de justiça, equidade e devido processo legal, em busca de se realizar uma interpretação que está em constante movimento, utilizando-se da combinação entre fatores do passado e do futuro. Gadamer, sob esse mesmo entendimento, defende que todo texto para ser interpretado carece de tradução, que se dará como uma forma de mediação com o presente.

Além disso, se vê que, na filosofia de Gadamer, o texto não pode ser compreendido como uma verdade dotada de completude. É necessário, no entanto, que o intérprete esteja em um constante processo de diálogo como objeto estudado, fomentando que é indevida a separação entre sujeito e objeto. Com efeito, a interpretação de um texto, de acordo com este autor, muda em total observância ao seu processo de aplicação, em uma contínua atualização histórica.

A interpretação formulada pelo intérprete, segundo Gadamer, deve ser constantemente questionada, no jogo de perguntas e respostas desenvolvido pelo autor. Logo, o aplicador do direito não deve se satisfazer com uma primeira interpretação do texto, mas tem de formular questionamentos à interpretação, permitindo também que o texto faça as suas próprias perguntas. Assim pontuou o autor:

O que vem por primeiro é a pergunta que o texto nos coloca, sermos atingidos pela palavra da tradição, de modo que para compreender essa tradição precisamos sempre realizar a tarefa da automediação histórica do presente com a tradição. Assim, na verdade, a relação entre pergunta e resposta se inverteu. O que nos é transmitido e nos fala – o texto, a obra, o vestígio – impõe, ele próprio, uma pergunta, colocando nossa opinião no aberto. Para poder nos responder a essa pergunta que nos é colocada, nós, os interrogados, temos que começar por nossa vez a perguntar. [...] A reconstrução da pergunta a que o texto deve responder está, ela mesma, situada dentro de uma interrogação com o qual procuramos responder à pergunta que a tradição nos coloca. Uma pergunta reconstruída não pode nunca permanecer em seu horizonte originário (GADAMER, 2017, p. 487, grifado).

Os citados autores defendem que o intérprete esteja sempre em constante movimento dialogal com texto, a fim de que os preconceitos do aplicador do direito sejam questionados, em um verdadeiro jogo de perguntas e respostas. Acredita-se, nesse sentido, que somente agindo desse modo os juízes serão capazes de chegar a uma compreensão satisfatória acerca de um determinado texto. Essa forma de se aplicar o direito não é baseada em uma metodologia pragmática, na qual se utilizam formulas prontas para se chegar à interpretação de um texto. Ao contrário, propõe-se o diálogo entre texto e intérprete como meio mais seguro de obter a melhor compreensão acerca do objeto que se estuda.

A fusão de horizontes defendida por Gadamer é fruto de um diálogo reflexivo entre texto e intérprete, afirmando, assim, a total impossibilidade de separação entre sujeito e objeto no processo de interpretação. Logo, o intérprete deverá deixar que o texto também formule os seus questionamentos e, assim, haja a fusão dos horizontes.

Sob a ótica da teoria de Dworkin (2014, p. 294), é defendido que, no processo interpretativo, o juiz “ponha à prova sua interpretação de qualquer das partes da vasta rede de estrutura e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo”. É nesse sentido que se acredita que um sistema de precedentes deve ser regido pela similitude dos princípios entre eles e não apenas pela força de formulação de uma determinada Corte de Vértice, como se pretende no ordenamento brasileiro.

Lênio Streck (2019, p. 82), ao se debruçar sobre assunto pontuou que “a observação de precedentes jamais será automática ou de forma subsuntiva. Há sempre um DNA do Direito a ser buscado e observado. Isso é a *applicatio*”. O Direito como Integridade e a hermenêutica filosófica fomentam tal pensamento, uma vez que, nas decisões judiciais, o intérprete deve buscar o que Streck chamou de “DNA do Direito”, por meio de um constante diálogo com texto, a fim de que haja a fusão de horizontes, objetivando a formulação da melhor compreensão capaz de unir as virtudes de justiça, equidade e devido processo legal.

Com efeito, a vinculação dos precedentes judiciais, como pretende Daniel Mitidiero, é algo que não se admite no presente trabalho, uma vez que, na concepção de tal autor, um precedente somente poderia ser assim considerado caso fosse emitido pelas chamadas Cortes de Precedentes:

À luz do art. 926 do CPC, é preciso distinguir entre funções das Cortes de Justiça – Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais – e as funções de Cortes de Precedentes – que ocupam o “vértice” da organização judiciária, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. [...] É preciso distinguir entre as funções das Cortes de Justiça – exercer controle retrospectivo sobre as causas decididas em

primeira instância e uniformizar a jurisprudências – e as Cortes de Precedentes – outorgar uma interpretação prospectiva e dar unidade ao direito (MITIDIERO, 2018, p. 80-81) grifado

Para o autor, os precedentes somente poderiam ser proferidos pela Cortes de Precedentes, vinculando, assim, o restante do poder judiciário à aplicação dos precedentes de modo equiparado às normas. A hermenêutica filosófica de Gadamer e a teoria do Direito como Integridade visam afastar por completo o entendimento de Mitidiero, haja vista que se acredita, a partir dessas teorias, que o precedente não deve assim ser considerado apenas em virtude da corte que o proferiu, mas deve representar, como já dito, um ganho hermenêutico para o ordenamento jurídico.

A aplicação adequada dos precedentes judiciais, respeitando o que é inerente ao seu próprio conceito, deve ocorrer, em um primeiro momento, de modo aclarar ao intérprete que não será possível realizar qualquer interpretação desvincilhada das tradições, como propõe Gadamer. É nesse sentido, que a hermenêutica filosófica e o Direito como Integridade devem ser utilizados como os paradigmas para o correta compressão do precedente no ordenamento jurídico, devendo ser afastada todas as tentativas de atribuir ao precedente o caráter vinculante de lei e, conseqüentemente, a sua aplicação por meio do processo de mera subsunção lógica.

A interpretação, portanto, se sucederá em um processo dialogal, onde o intérprete deve, a todo momento, questionar ao texto se aquele sentido é o corretamente válido para solução do caso concreto, buscando, além disso, aceitar os questionamentos que o próprio texto irá realizar. Ademais, a interpretação de um determinado precedente também deverá ponderar as virtudes de justiça, equidade e devido processo legal, conforme propõe a teoria desenvolvida por Dworkin.

É apenas desse modo que será possível conceder segurança ao ordenamento jurídico, pois a aplicação dos precedentes por subsunção lógica não é suficiente para assegurar a segurança e igualdade jurídica que pretendem os autores que defendem essa forma de aplicação. Acerca disso, Lopes Filho (2016, p. 119) destacou que se a segurança jurídica “se resumir a previsibilidade de resultados em razão de um enunciado preestabelecido, os precedentes não estão em posição melhor do que as leis para garanti-la”. Logo, não será a mera abstração e os raciocínios silogísticos que irão garantir a segurança tão almejada para o ordenamento.

Acredita-se que somente por meio da hermenêutica filosófica e do direito como integridade o intérprete conseguirá chegar a uma compressão mais adequada do precedente e, assim, será possível fazer a sua correta aplicação. Dworkin propõe que um sistema de precedentes

deve ser dotado de força gravitacional, e é, nesse sentido, que o intérprete, inserido no âmbito do romance em cadeira, irá proferir a sua interpretação em respeito ao que já foi decidido anteriormente, impedindo, assim, que sejam proferidos julgamentos discricionários e completamente destoantes do que já vinha sendo decidido. Acerca do assunto, a fim de esclarecer que a segurança jurídica não será alcançada por meio da subsunção lógica, pontuou Dworkin:

A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. Contudo, a inadequação de tal abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação das leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro. Essa explicação geral da força gravitacional do precedente explica a característica que invalidou a teoria da promulgação das leis, aquela segundo a qual a força de um precedente escapa a linguagem do voto em que é formulado (DWORKIN, 2007, p. 176).

Por isso, são consideradas válidas as críticas tecidas a existência de um sistema brasileiro de precedentes, pois, o que se pretende no ordenamento jurídico, principalmente a partir do Código de Processo de Civil de 2015, é pacificar a utilização dos precedentes judiciais, por meio de uma pretensa vinculação atrelada ao que seria considerado precedente a partir do seu órgão de formulação. Não é, portanto, a mera vinculação ou força normativa imposta que serão capazes de trazer ao ordenamento a segurança jurídica que se espera.

Ao contrário, a supervalorização dessa normatividade dos precedentes é que poderá resultar em atos arbitrários do Poder Judiciário, pois, sob esta perspectiva, torna-se mais fácil aplicar um precedente ao caso concreto, não se exigindo do intérprete melhores justificativas acerca da utilização de um determinado precedente judicial. Há, além disso, uma transferência de competência do Poder Legislativo para as Cortes de Vértice, uma vez que somente estas estão habilitadas a proferir precedentes judiciais vinculantes, o que implica em uma verdadeira criação normativa pelo judiciário.

Essa forma de utilização dos precedentes gera, ao contrário do que pretende, uma situação de constante insegurança jurídica. Nessa perspectiva, a hermenêutica filosófica, complementada pelo Direito como Integridade, surge como a forma correta de aplicação dos precedentes judiciais, capaz de trazer ao ordenamento jurídico a segurança e a igualdade pretendidas. Por tal motivo, deve ser afastada as tentativas de aplicação dos precedentes por meio da mera subsunção lógica. Para tanto, o intérprete deve estar ciente da necessidade de se promover um diálogo com o texto, em um verdadeiro círculo hermenêutico, fomentado pelo jogo de perguntas e respostas. Além disso, dentro desse jogo, o aplicador do direito deverá

buscar a ponderação entre os princípios da justiça, equidade e devido processo legal, a fim de promover maior coerência ao sistema jurídico e integridade aos princípios presentes na sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os precedentes judiciais passaram a ser utilizados no Brasil, de modo mais efetivo, a partir do CPC de 2015, no qual, por meio de imposições legislativas, tenta-se implementar um “sistema brasileiro de precedentes”, remontando, assim, a influência da tradição do *common law* no direito pátrio. Tal tentativa importa a utilização dos precedentes de modo descontextualizado, uma vez que, como visto neste trabalho, não há sequer a preocupação com a distinção entre os conceitos de precedente, jurisprudência e súmulas, ficando este trabalho a cargo da doutrina.

Ao contrário do que ocorre nos países da tradição do *common law*, como Inglaterra e Estados Unidos, no Brasil, os precedentes passam a ser aplicados não por sua similitude ao caso concreto, mas pelo fato de serem proferidos pelas chamadas Cortes de Vértices, STF e STJ. Nesse cenário, a atividade interpretativa estaria restrita a estas cortes, restando aos demais graus da jurisdição o simples ato de aplicar o que se resolveu intitular de precedente, em uma completa separação ente sujeito e objeto.

É nesse contexto que surgem as problemáticas advindas da forma de aplicação e uso dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, pois se evidencia na prática jurídica que não há um embasamento teórico para a concretização de tal atividade. Os precedentes, nessa perspectiva, passam a ser dotados de força vinculante e a sua aplicação é realizada de um modo equiparado ao da norma no cenário do positivismo exegético, por meio de mera subsunção lógica, sem que o juiz realize qualquer esforço hermenêutico para tanto.

Não importa para o “sistema brasileiro de precedentes” a descoberta da similitude entre os caso concreto e os precedentes, mas somente as forma como estes últimos foram proferidos, sendo isso suficiente para determinar a sua aplicação aos demais casos que comportem os mesmos temas, sob a tentativa de unificar as decisões judiciais e consolidar a segurança jurídica.

Como analisa neste trabalho, no entanto, essa proposta de aplicação dos precedentes judiciais não é capaz de alcançar os ideais de segurança jurídica e de coerência almejados, uma vez que não há uma embasamento claro de como os precedentes são de fato aplicados na resolução do caso concreto, abrindo margem para práticas arbitrárias do judiciário e empobrecendo dialética interpretativa do sistema jurídico brasileiro.

É a partir disso que se propõe o estudo da Hermenêutica Filosófica – Heidegger e Gadamer – e da teoria do Direito como Integridade – Dworkin – para servir de substrato metodológico na aplicação dos precedentes judiciais. Os autores dessas teorias defendem,

nesse caso, que o intérprete da norma e do precedente, esteja em constante diálogo com o texto, por meio do que Gadamer conceituou como fusão de horizontes, em um jogo de perguntas e respostas. A rejeição à separação entre sujeito e objeto se mostra como a forma mais adequada de se realizar a aplicação do direito e, portanto, dos precedentes judiciais, levando em consideração o próprio conceito deste instrumento que, por si, é suficiente para afastar a sua aplicação por subsunção lógica.

Em complementariedade à Hermenêutica Filosófica, a teoria do Direito como Integridade desenvolvida por Dworkin se mostra como substrato fundamental para afastar o suposto subjetivismo que pode ser encontrado naquela seara do estudo, contribuindo para trazer ao processo interpretativo a segurança jurídica que se busca. Isso é possível, pois Dworkin propõe a ideia da interpretação como um romance em cadeia. Ou seja, o juiz, ao proferir uma determinada decisão deveria se ater ao que foi decidido anteriormente, impedindo que este intérprete chegue a conclusões completamente destoantes daquilo que já foi decidido anteriormente. Afasta-se com essa teoria a figura do juiz solipsista.

O Direito como Integridade ainda complementa a Hermenêutica Filosófica no sentido de que o juiz, no momento interpretativo, deveria buscar harmonizar as virtudes de justiça, equidade e devido processo legal, a fim de formular a melhor compreensão acerca de um determinado caso. O ato interpretativo deve, sob essa perspectiva, levar em consideração que a própria definição de precedente judicial propõe que este resulte em um ganho hermenêutico ao ordenamento jurídico, sonde inviável, portanto, a sua aplicação por subsunção lógica.

Ao final dos estudos realizados neste trabalho, é possível compreender que o modo como os precedentes judiciais vêm sendo utilizados no ordenamento jurídico brasileiro é problemático e, muitas vezes, ocasionam o sentido oposto daquilo que se pretende. Logo, a análise realizada acerca da Hermenêutica Filosófica e da teoria do Direito como Integridade demonstra que estes são os paradigmas mais adequados para obtenção de um enriquecimento interpretativo para o ordenamento jurídico, assim como propiciam o aperfeiçoamento da segurança jurídica e da coerência do sistema.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Precedentes e a Tetralogia de Streck. 2016. Disponível em: <[file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/Precedentes e a Tetralogia de Streck%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/Precedentes%20e%20a%20Tetralogia%20de%20Streck%20(2).pdf)>. Acesso em: 07 jun. 2020.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Precedentes vinculantes vieram para ficar com o novo Código de Processo Civil. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-24/guilherme-amaral-precedentes-vinculantes-vieram-ficar-cpc>>. Acesso em: 07 jun. 2020.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; THEODORO JR., Humberto. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org.). **Direito Constitucional: organização dos poderes da república**. Coleção Doutrinas Essenciais. v.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Doutrina**: edição comemorativa 30 anos. Distrito Federal, 2019.

_____. Supremo Tribunal de Federal. **Recurso Extraordinário nº 655.265 Distrito Federal**. Relator Min. Luiz Fux. Relator para o acórdão Min. Edson Fachin. Julgado em: 13 abr. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Tradução de Marco Antônio Casanova. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Enio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2017.

HABERMAS, Jurgen. **Dialética e hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer**. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo - parte 1**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia falibilista e teoria do direito. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 3, n. 1, 197-260, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativas do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual de corte suprema**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes e vinculação**. Instrumentos do *Stare Decisis* e prática constitucional brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jul. 2005.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Postpositivismo**. Cantabria: Ediciones TGD, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEPOMUCENO, Raul Carneiro. **O controle da Subjetividade nas decisões judiciais em casos de colisão entre direitos fundamentais: hermenêutica, método e a tensão entre o racional e o irracional**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2015.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PEIXOTO, Ravi. **A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015**. Revista de Processo Comparado. 2016.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SAUSEN, Dalton. **A utilização (in)devida dos precedentes: uma reflexão para além do aspecto quantitativo da prestação jurisdicional**. 2012. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao/140/a-utilizacao-in-devida-dos-precedentes-uma-reflexao-para-alem-do-aspecto-quantitativo-da-prestacao-jurisdicional>>. Acesso em: 06 ago. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. O que é isto – o Sistema (sic) de precedentes no CPC? **Revista Consultor Jurídico**, ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da Construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Ministro Schietti coloca o dedo na ferida os “precedentes”**, jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/lenio-streck-ministro-schietti-poe-dedo-ferida>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!** out. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 07 jun. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015**. Salvador: Juspodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014-4.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ. Biblioteca Universitária. **Guia de normalização de trabalhos acadêmicos da Universidade Federal do Ceará**. Fortaleza, 2013.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.