XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ALOÍSIO ALENCAR BOLWERK

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H553
Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Aloísio Alencar Bolwerk
Marcus Firmino Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2019.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-816-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).
CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conpedi aconteceu em Goiânia, GO, entre os dias 19 e 21 de junho de 2019. Esta foi mais uma oportunidade única para que professores, pensadores e pesquisadores do Direito se reunissem para trocar ideias, aprender e ensinar. O Conpedi se reafirma como um rico e inigualável espaço de convivência livre e plural, onde as mais variadas inquietudes podem ser discutidas abertamente, sem patrulhamento ideológico e com absoluto respeito pela diversidade de opiniões.

O GT Hermenêutica Jurídica, traduzindo o espírito norteador do Conpedi, recebeu autores oriundos de todas as regiões brasileiras, vinculados a instituições públicas e privadas, alguns ainda iniciando seus estudos na pós-graduação, outros já titulados, todos imbuídos do mesmo propósito de questionar, pesquisar e aprender.

Os estudos apresentados se situaram em torno de quatro eixos principais. Uma visão hermenêutica teórica foi trazida pelos artigos 'Reduções e abrangência da hermenêutica jurídica'; 'Hermes é brasileiro: metafísica, hermenêutica jurídica e exceção'; e 'A importância do texto constitucional no processo de positivação de normas'. Em todos, ideias de autores como Gadamer, Agamben e Streck foram usadas com grande desenvoltura, demonstrando amplo domínio e capacidade analítica.

O debate sobre direitos fundamentais permeou os textos 'A hermenêutica dos direitos fundamentais aplicada à liberdade de expressão: a pseudoproporcionalidade na jurisprudência e o porquê de nos afastarmos da mera subsunção'; 'A hermenêutica jurídica na perspectiva da tensa relação entre congresso nacional e supremo tribunal federal para efetivação de direitos fundamentais: ADO 26 e MI 4733 e a criminalização da homotransfobia'; e 'Análise sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em conflito com o princípio da dignidade humana, sob o olhar da hermenêutica jurídica'. Nestes, questões práticas e atuais foram analisadas à luz de teorias interpretativas variadas, em uma rica combinação de escolas de pensamento.

O processo judicial e, em especial, as diversas dúvidas trazidas pelo novo sistema de precedentes incorporado pelo Processo Civil foram contemplados nos artigos 'A força hermenêutica e a vinculação dos precedentes'; 'A hermenêutica isomêmica e a teoria neoinstitucionalista do processo: conjecturas para legitimidade na construção de provimentos

no paradigma do estado democrático de direito'; e 'A contribuição hermenêutica na determinação do limite da discricionariedade nas decisões judiciais'. O papel do Judiciário, as expectativas acerca da atuação dos juízes, o equilíbrio nas relações processuais, são exemplos de diferentes questões práticas diretamente relacionadas à busca por uma decisão justa, este norte que desde sempre se coloca como um desafio a ser perseguido por todos os atores envolvidos nas relações jurídicas.

Por fim, de forma conexa com o eixo temático anterior, a relação entre poderes e o papel do Judiciário é abordado no artigo 'Hermenêutica e jurisdição constitucional: reflexão sobre os paradigmas fundantes das comissões parlamentares de inquérito'.

Uma interessante variedade de temas, todos atuais e fortemente relevantes, esteve presente na reunião do GT Hermenêutica Jurídica e agora está à disposição dos leitores que tiverem acesso a este caderno de anais, que o Conpedi disponibiliza de forma aberta, democratizando o conhecimento jurídico.

Boa leitura!

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Prof. Dr. Aloisio Alencar Bolwerk - Universidade Federal do Tocantins - UFTO

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A FORÇA HERMENÊUTICA E A VINCULÇÃO DOS PRECEDENTES

HERMENEUTICAL STRENGTH AND THE BINDNESS OF PRECEDENTS

Juraci Mourão Lopes Filho [1]
Erica Linhares Mesquita [2]

Resumo

Os precedentes são matéria de Teoria Geral do Direito e não de direito processual. Segundo Dworkin, que tem o Direito como integridade, demonstra-se a compatibilidade do sistema de precedentes com diversas teorias, porém, aponta-se a mais adequada e compatível com o constitucionalismo contemporâneo, o ganho hermenêutico pela aplicação dos precedentes, como função primordial. Considerando, portanto, a integridade do sistema jurisdicional, é certo que todos os precedentes devem ser observados, ainda que para justificar alteração de entendimento que deve ser superado. Diante da vinculação dos precedentes, aponta-se os principais fatores formais e materiais que conferem força hermenêutica graduada às decisões paradigmas.

Palavras-chave: Teoria geral do direito, Precedentes, Vinculação, Força hermenêutica, Integridade, Coerência

Abstract/Resumen/Résumé

The precedents are matters of General Theory of Law and not of procedural law. According to Dworkin, who has the law as integrity, it demonstrates the system compatibility of precedents with several theories, but the most appropriate and compatible with contemporary constitutionalism, the hermeneutical gain from the application of precedents, is a primordial function. Considering, therefore, the judicial system integrity, it is true that all precedents must be observed, albeit to justify a change of overcome understanding. Given the linkage of precedents, the main formal and material factors that confer graduated hermeneutic force on paradigm decisions are pointed out.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: General theory of law, Precedents, Linking, Hermeneutic force, Integrity, Coherence

[1] Doutor e mestre em Direito. Pós-graduado em Direito Processual Civil. Professor do Programa de Mestrado Acadêmico Unichristus. Procurador do Município de Fortaleza.

[2] Mestranda em Direito pela Unichristus. Graduada em Direito pela UEVA. Especialista em Direito e Processo Eleitoral pela Faculdade Darcy Ribeiro. Advogada. Assessora da Vice-Governadoria do Estado do Ceará.

1 INTRODUÇÃO

A teoria dos precedentes baseia-se na ideia de que as decisões judiciais são fontes do Direito, possuindo, no entanto, um modo de vinculação diferenciado de outras fontes jurídicas, como a lei, o regulamento e a Constituição. Assim, o sistema dos precedentes vincula o julgamento dos casos similares do ponto de vista hermenêutico, não apenas fático, demandando dos julgadores a análise das razões jurídicas que foram substanciais para a resolução do caso pretérito, a fim de averiguar o grau de vinculação sobre o novo julgamento.

Com base nessa premissa geral, este artigo tem por objeto demonstrar a compatibilidade e adequação dos conceitos e aplicação de integridade e coerência de Dworkin no sistema de precedentes no Brasil, considerando o Código de Processo Civil de 2015, ao tempo em que ressalta a importância do ganho hermenêutico para o sistema. Busca, ainda, demonstrar o efeito vinculante dos precedentes, não em uma ideia de "tudo ou nada", mas com a concepção de níveis de vinculação, em virtude de uma força variável decorrente de elementos materiais (de integridade, coerência e justificação) e formais.

Defende-se, então, a opinião de que precedente é tema de Teoria Geral do Direito, podendo o Direito Processual fazer o uso desse instituto, mas sempre com a necessidade de tomar um posicionamento teórico prévio. Entendemos, pois, que o CPC disciplina apenas uma pequena parcela do objeto "precedentes", demandando, para sua racionalidade e complementação, considerações teóricas gerais.

O CPC de 2015 teve como um dos principais objetivos tornar os processos judiciais mais céleres, deixando-os menos complexos no que diz respeito aos recursos e, também, no que concerne à uniformização da jurisprudência, buscando resolver um dos problemas práticos de que padece o Direito pátrio. Esses são apenas alguns dos vários aspectos que tocam os precedentes, daí por que o disciplinamento codificado é apenas parcial, tal não significando que seja irrelevante, mas apenas insuficiente para o adequado uso dos precedentes.

É evidente a sobrecarga de demandas no Poder Judiciário, o qual trabalha além de sua capacidade, resultando, muitas vezes, em falta de isonomia na resolução de situações análogas. Na busca de evitar disparidades e o abarrotamento do Judiciário, optou-se por uma legislação que, finalmente, reconhece a força vinculante de precedentes, algo que a própria

prática jurídica evidenciava às escâncaras, mas que nossa Teoria do Direito, de origem continental e fortemente influenciada pela ideologia da supremacia da norma legislativa, resistia em deixar fora de suas conjecturas.

Assim, o Código exige, explicitamente, que a jurisprudência tenha coerência e integridade, e traz um rol desses instrumentos vinculantes no artigo 927, pelos quais o Judiciário não enfrenta os casos idênticos, elegendo uma decisão de caso concreto que sirva de paradigma para resolver as demais.

O Diploma Processual Civil não adotou, tampouco incorporou, uma teoria específica, nem poderia fazer, pois não é a tarefa dos diplomas dessa espécie. Será proposta, no entanto, aqui, a noção de que uma leitura de seus dispositivos, segundo uma conjugação entre o Direito como integridade de Dworkin e a Hermenêutica filosófica de Gadamer, confere uma interpretação mais alinhada ao atual estádio de desenvolvimento da Teoria do Direito e às práticas necessárias para obtenção dos objetivos buscados pelo novo diploma legal.

2 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO CPC

Nos sistemas jurídicos que estabelecem canonicamente nas suas constituições o princípio da "soberania do povo" ou, ainda, o do "parlamento", é impensável que os precedentes não funcionem como uma das mais expressivas modalidades de argumento em favor de uma ou de outra perspectiva de uma prescrição jurídica controvertida (BUSTAMANTE, 2016, p.276)

Nessa tradição, o sistema de precedentes é bastante peculiar, uma vez que fora gestado no Direito estrangeiro, na busca de oferecer uma racionalidade decisória argumentativa. Os precedentes não foram pensados naquela realidade para resolver o específico problema da litigiosidade serial, em massa ou repetitiva, como parece ser uma das principais preocupações do atual CPC brasileiro. Ainda que se concebam os precedentes como instrumento de resolução da conjunção de problemas das demandas repetitivas, é uma acoplagem, porquanto constitui apenas uma das muitas funções exercidas por eles.

Após editada a Constituição Federal de 1988, observamos inúmeras tentativas de leis e emendas que objetivavam promover uma reforma no Judiciário brasileiro, com ênfase em ampliar a força vinculante dos precedentes das cortes superiores, ao tempo em que se

buscava, também, a implantação de um modelo processual fundado nos princípios da celeridade e da eficiência, por exemplo: Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Emenda Constitucional n°45, que criou a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, dentre tantos outros instrumentos que acentuaram o poder normativo dos tribunais superiores e estabeleceram uma vinculação estrita ao precedente judicial.

Assim, o legislador brasileiro, incontestavelmente, já havia introduzido, antes mesmo da promulgação do novo CPC, a técnica de precedente vinculante ou obrigatório, dotando os litigantes de instrumentos formais para fazer prevalecer um entendimento anterior exarado, em especial, pelas instâncias superiores do Judiciário. Naquele momento, porém, não cuidou do seu aspecto mais significativo, que é a técnica de se considerar as circunstâncias do caso, tomar os argumentos por analogia e diferenciação, justificar a decisão em pretextos de princípios e pressupostos consequencialistas e - não menos importante - assegurar a igualdade das partes e a integridade das decisões.

O CPC vigente trouxe uma novidade legislativa sobre precedentes e jurisprudência no Brasil. Mesmo considerando os países de tradição inglesa, a maneira com que o Diploma Processual Civil trata da matéria é bem singular, porquanto nossa tradição normativa conferiu ao legislador a função de regulamentar o sistema de precedentes.

A novel legislação é um pretexto para o fortalecimento da cultura dos precedentes no Brasil, pois os aplicadores do Direito deverão se habituar com o instrumento. É preciso, entretanto, cuidado no manuseio do instituto, para não se correr o risco de substituir as leis pelos julgados das cortes superiores, pois o Direito não é somente aquilo que os tribunais asseveram que é, seguindo-se de modo cético os julgados e sendo somente um instrumento de previsibilidade de resultados.

Sobre o possível objetivo do Código Processual, já se escreveu (LOPES FILHO, 2016, p.93):

> De fato, o novo código parece se preocupar, *a priori*, com uma relação unidirecional entre julgados, do topo da pirâmide judiciária para a base, o que pode causar impressão de ser algo natural ou mesmo evidente, que prescinde de explicações, afinal, espelharia o escalonamento do Judiciário. A própria fenomenologia inerente aos precedentes, contudo, depõe contra essa irrestrita pretensão unicamente hierarquizada, formal e unidirecional, que se justifica mais determinante por atender ao velado interesse político da cúpula judiciária do que por refletir uma tomada de posição teórica em prol de uma perspectiva constitucional de jurisdição.

Existem, todavia, modalidades diversas de ordenar os julgados e fazer prevalecer a jurisprudência majoritária, padronizando-a com integridade e coerência, bem como a mantendo estável, sem supervalorizar os elementos formais e hierárquicos. É mais adequado relacioná-los, acompanhados de outros segmentos materiais vinculados à justificação, à coerência sistêmica e à integridade do julgado que se pretende determinar como paradigma aos juízes e cidadãos, como precedente vinculante.

O CPC sinaliza nesse sentido, pois exige, explicitamente, em seu art. 926, que "[...] os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". Já na redação do art. 489, §1°, é demonstrada atenção com a fundamentação dos julgados, aspecto que influencia a força do precedente, ainda que proceda de um tribunal de cúpula. O preceito versa sobre os elementos e efeitos da sentença, bem como do dever de motivação das decisões judiciais e argumentação jurídica, proporcionando maior controle racional das decisões, elevando o grau de coerência sistêmica e de integridade do Direito.

Na inteligência do art. 489, §1º, do CPC, tem-se o precedente com fundamentação frágil, consequentemente, assim se revelando para se fazer padrão de conduta, mesmo que tenha sido emitido por tribunal superior. Tal significa exprimir que o precedente deve ser avaliado em função de seu conteúdo e da integridade com todo o sistema jurídico. À decisão não é permitida apenas a reprodução de súmulas, mas é também necessário fazer a devida contextualização, sendo vedado aplicar conceitos amplos e genéricos e, também, é a ocasião em que deve ser enfrentada a totalidade dos argumentos deduzidos pelas partes. Uma vez que a parte invoca provimento vinculante favorável a si, o juiz, para não o seguir, terá que expressar suas razões, observando-se, aqui, uma inversão do ônus argumentativo em favor da parte.

O art. 927 do Código de Processo Civil vigente é de alçada relevância para o entendimento da utilização dos precedentes, porquanto traz, expressamente, a obrigação de o órgão julgador observar um conjunto de manifestações que o dispositivo aponta. Neste, consta um rol dos instrumentos formalmente estabelecidos, agraciados com a possibilidade de uso de medidas protetivas e promocionais que estimulam uma congruência entre os julgados.

Isso não quer dizer que os precedentes e jurisprudências cujos substratos não constam nesse enunciado não mereçam ser observados, pois todo precedente é vinculante em um

sentido jurídico bem específico: o de ensejar padrão de conduta para as pessoas e de constranger o Judiciário a ser coerente a elas, pois ofende qualquer concepção de racionalidade admitir que um juiz ou tribunal possa variar de entendimento ao seu livre alvedrio. O CPC não estabelece distinção entre precedentes vinculantes e não vinculantes, ou persuasivos: apenas dota alguns precedentes de instrumentos processuais (formais) que estimulam sua observância (medida de fomento) ou que possibilitam a impugnação de nova decisão que não os siga (medida de proteção). Todo precedente deve ser observado e considerado dentro do seu ganho hermenêutico de relevância para casos posteriores, tal não significando que todos vinculem com a mesma força em todas as situações posteriores.

Portanto, estando ou não arrolados no art. 927 do CPC, todos os precedentes desfrutam de uma medida protetiva geral de grande relevância, que é o dever de fundamentação adequada no emprego dos precedentes, jurisprudências e súmulas, sob pena de nulidade da decisão.

Logo, o CPC emprestou instrumentos formais para reforçar o dever de manutenção da integridade e coerência dos precedentes, como, a título de exemplo, trouxe instrumentos de proteção às súmulas, que é a possibilidade de ajuizar reclamação, sem prejuízo de ingressar com recurso.

A função mais relevante dos precedentes, portanto, é a de ofertar racionalidade decisório-argumentativa no sistema jurisdicional, para que se extinga o caos interpretativo da aplicação do Direito no Brasil. Com frequência, deparamos julgamentos de grande repercussão, realizados pelo Supremo Tribunal Federal, nos quais cada ministro emite um voto distinto em apartado, ao tempo em que os julgamentos rotineiros são, de fato, decisões monocráticas, considerando que os demais ministros seguem o voto do relator.

3 PROPOSTAS INTERPRETATIVA, HERMENÊUTICA E ARGUMENTATIVA PARA A VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES

Sobre a observância dos precedentes, Robert Alexy, conforme leciona Thomas Bustamante, considera que a obrigação de dar importância ao precedente não tem o *status* de norma de Direito positivo, e sim de “regra de argumentação” (ou meta-norma) que compõe o

"código da razão prática" ou o complexo de preceitos pragmaticamente relevantes para que se desenvolva um discurso jurídico capaz de fundamentar as pretensões de valor discursivo que os integrantes da prática jurídica constituem em prol de suas posições jurídicas e interpretações do Direito positivo. Dessa maneira, ele quer fundamentar as regras, de modo que, "[...] sempre que houver um precedente judicial, ele deve ser tomado em conta" e "[...] sempre que alguém pretender afastar-se de um precedente judicial, ele ou ela deve ser capaz de prover uma razão para esse afastamento". (BUSTAMANTE, 2016, p. 277).

Ronald Dworkin, de maneira diversa, defende o ponto de vista conforme o qual o dever de equidade compõe a obrigação de seguir o precedente judicial, de maneira que a "força gravitacional" produzida pelos precedentes no caso concreto deve resultar de um juízo moral guiado pelas alegações de justiça e de legitimidade. A prática quase que absoluta de observar precedentes decorre, de modo significativo, de existir uma norma moral que tem fundamental importância em todo sistema jurídico (BUSTAMANTE, 2016, p. 277).

Contrapondo a posição de Dworkin sobre a força dos precedentes judiciais, ante uma perspectiva positivista, para os teóricos do Direito e comparatistas subsiste uma ideia de *either-or assumption* sobre o tema, que pode ser concebida da seguinte maneira: o precedente é uma fonte de Direito, sendo, desse modo, vinculante e obrigatório ou, de forma diversa, ele não seria reconhecido como fonte do Direito, portanto, considerado somente como elemento persuasivo ou argumentativo que pode ser utilizado na fundamentação da decisão.

Tem como sustentáculo principal a ideia de que a observância dos precedentes é fundada na autoridade do tribunal que os emite.

Essas correntes, inspiradas no positivismo jurídico, são omissas quanto à incidência de motivações não exclusivamente institucionais acerca da utilização dos precedentes, desagregando as aplicações da analogia e distinção de casos (*distinguishing*) dos elementos político-morais essenciais para justificá-los. Aqui, o legado disfarça a realidade de que os julgadores seguem precedentes judiciais de maneira imutável, conferindo-lhe valor determinante na motivação de suas decisões, ao tempo em que de tal posição nasce uma teoria das fontes do Direito, dissonante em relação à prática social e aos próprios precedentes sobre os precedentes judiciais, donde se extrai o real comportamento do jurista prático em relação ao *case law*.

Considerando a dificuldade de se estabelecer padrões adequados para analogias e distinções de casos concretos, Thomas Bustamante recorre a Slapper e Kelly (BUSTAMANTE, 2016, p.284):

> Ao procurar por um precedente para fundamentar uma decisão, os juízes se deparam com um grande número de casos entre os quais devem selecioná-lo. É extremamente improvável que os juízes encontrarão um *authority* que corresponda precisamente aos fatos do caso diante deles. O que eles devem fazer é encontrar um caso análogo e usar o seu raciocínio para decidir o caso diante deles. [...] A grande dificuldade é a necessidade de garantir a validade da analogia realizada, para que a conclusão alcançada seja válida. Há, sem dúvida, um mérito considerável no desejo de se tratar casos semelhantes de maneira semelhante, mas tendo em vista a falta de precisão que é inerente ao processo de raciocínio por analogia, não é sempre claro que esse desejo será realizado.

Ainda para Bustamante (2016, p. 286), essa técnica, portanto, estimula o aplicador do Direito a desempenhar uma reflexão jurídico-moral integral, praticando a regra de argumentação, intitulada por Alexy de "princípio da saturação", a qual requer a completa especificação das razões de formulação argumentativa, o que é necessário para legitimar uma decisão. A cada novo caso em que se analisa a aplicação de precedente judicial, tem-se a oportunidade de interpretação caracterizada por Dworkin de "pós-interpretativa", ao passo que as interpretações feitas pelos juízes anteriores são novamente examinadas no caso concreto, com a finalidade de determinar se as regras jurisprudenciais alegadas são sub ou sobreinclusivas, ou seja, se atendem ou não à motivação expressa para sua criação.

Sem o modelo argumentativo, o efeito vinculante do precedente judicial é compreendido como álibi para a elaboração de normas abstratas pelos tribunais ou, mais grave, para, ao mesmo tempo, permitir que o STF casse qualquer decisão judicial mediante reclamações e desobrigá-lo da incumbência de fazer uma contraposição analítica de casos para conseguir promover uma intensa intervenção sobre os demais órgãos do Poder Judiciário.

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro traz um acervo de regras que destacam na legislação algumas das principais exigências, tanto da racionalidade do modelo de precedentes do sistema *common law,* como, da mesma maneira, das teorias mais marcantes acerca da argumentação jurídica e da fundamentação das decisões judiciais.

Posto isso, é importante observar que o processo de formação do precedente judicial é, em essência, argumentativo, porquanto requer uma atenção acentuada aos argumentos e razões utilizadas para justificar a decisão tomada.

Alguns autores sustentam que os argumentos considerados como melhores ou mais fortes dependem de sua base moral, enquanto estão a postular a noção de que são mais robustos os argumentos baseados nas melhores ou mais coerentes combinações de todos as alegações feitas no caso em apreço.

Sobra observável, no sistema de precedentes, no entanto, uma abertura argumentativa, exatamente porque, no âmbito hermenêutico, em razão da cultura, história e experiências, incorporam-se diversos elementos que devem ser tratados de modo a identificar as respostas dadas a quais perguntas. Não são suficientes, portanto, apenas argumentos formais.

Reforçando o caráter argumentativo dentro de um valor hermenêutico dos precedentes, já foi sugerida a metodologia de argumentação como dialética, pois (LOPES FILHO, 2016, p. 274)

> [...] se deve ponderar e considerar argumentos trazidos pelas partes, o raciocínio completo exposto em todo o precedente e não somente parte isolada. Mesmo o voto vencido e os votos com fundamentação distinta mas conclusão coerente com a vencedora são importantes para determinar a contribuição hermenêutica que o precedente ocasiona. Também será necessária argumentada ampliação da resposta para situações não expressamente decididas. Os universais e inferências simplórias não são suficientes para fundamentar uma decisão na perspectiva constitucional devida.

Assim, um caráter argumentativo para aplicação dos precedentes justifica seu emprego para constituir um sistema jurídico coerente e completo, uno, forte e seguro, pois, como expresso, até mesmo os votos e posicionamentos vencidos em um julgamento têm relevância para que seja formulada a substância do precedente, com seu valor e todo o ganho hermenêutico legado ao sistema.

Do precedente é possível extrair tanto uma regra quanto um princípio, sendo relevante ter ciência de que jamais poderá ser reduzido a essa norma extraída, considerando que ela será definida pelo respectivo círculo hermenêutico. Daí uma oposição parcial ao que diz Thomas da Rosa de Bustamante, quando acentua que uma decisão a propagar um princípio não tem força de precedente em si, mas carrega a própria força substancial daquele. Tal raciocínio

estaria correto se tal norma fosse destacada e aplicada isoladamente. Como, porém, está incorporada no jogo de-e-para, carrega consigo o contexto hermenêutico, fazendo com que o precedente tenha um formato próprio e diferenciado de princípio.

Devemos entender, portanto, o precedente como decisão judicial que conduza um ganho de sentido, conciliatório da legislação com a realidade. Assim, só pode ser considerado precedente e conceber a aplicação e vinculação no futuro quando a decisão está imbuída de vantagem hermenêutica, e possibilite, pela via do exemplo, a intermediação do texto legal com a realidade social.

Uma das funções dos precedentes é, justamente, a economia argumentativa que propiciam. Uma vez definido o direito como integridade e o precedente como ganho hermenêutico, ensejado por meio de processo dialético e decisão fundamentada, pode o julgador fazer uso do raciocínio jurídico consagrado no julgado anterior, afastando a necessidade de ter que desenvolver toda a linha argumentativa como se o assunto estivesse sendo analisado ineditamente.

Sob tal lógica, é indiscutível a percepção de que todo precedente é vinculante. Ora, no momento em que um tribunal faz distinção entre precedente vinculante e não vinculante, ele mesmo reconhece que muitas de suas decisões não têm valor, não orientam condutas e doutrinas e, desse modo, não devem ser observadas, desvalorizando as próprias argumentações e decisões.

Ante o contexto que vem sendo desenvolvido, no qual o precedente é substancialmente argumentativo, seria uma grande incoerência não os considerar, de modo geral, vinculantes, sob pena de admitir que os magistrados julguem os casos concretos de acordo com sua consciência, de maneira arbitrária, já que as diversas decisões não vinculariam, não comporiam um contexto coerente de decisões no sistema jurídico.

3.1. Integridade, coerência e vinculação dos Precedentes

É sabido que os conceitos de integridade e coerência são prontamente relacionados às ideias de Dworkin. Ele deu início a uma Teoria do Direito oposta ao positivismo. Para elaborar sua tese, Dworkin (1999, p. 116) se fundamenta no conceito de que o Direito é composto por um complexo de direitos e de responsabilidades que se originam de decisões

políticas passadas e justificam o uso da coerção pelo Estado. Esse conceito, no entanto, não é suficiente para compreender o fenômeno jurídico, razão pela qual é necessário que se elabore uma concepção de Direito que articule e melhor explique interpretativamente a comunidade de princípios que funda a ordem jurídica.

Desde então, desenvolve o Direito como integridade, tomando esta como um ideal político independente, que trata dos critérios de organização do processo político, quanto da justiça. A integridade, pois, soluciona os conflitos entre justiça e equidade.

Pelo Direito como integridade, assim, os agentes jurídicos devem se portar de maneira convergente aos princípios que justificam a comunidade e que fundamentam suas várias decisões, não somente decisões judiciais, buscando uma narrativa calcada na interpretação desses princípios e sua força em cada caso.

Nesse sentido, a integridade não se confunde com a coerência, que é mais restrita, ao propor apenas a repetição de decisões pretéritas. A integridade, por outro lado, propõe que as prescrições da comunidade sejam constantemente avaliadas, devendo, por vezes, distanciar-se de um modelo estreito de decisões anteriores, no tentame de manter a convergência com os princípios subjacentes, o que autoriza o reconhecimento de novos direitos ante a constatação de que os padrões decisórios anteriores não se coadunam com os princípios então incidentes na nova realidade (DWORKIN, 1999, p. 263-264).

Para ilustrar suas ideias, Dworkin (1999, 271-308) alude a um romance em cadeia, no qual um grupo de autores escreve a mesma obra, sendo que cada escritor distinto deve interpretar os capítulos anteriores, escritos por outros, mas manter a narrativa, ainda que sejam possíveis reviravoltas e a apresentação de novas personagens, desde que mantida a lógica da narração.

Aplicando referida metáfora ao uso dos precedentes, tem-se que integridade exige um conjunto coerente de julgados em termos principiológicos, orientando o julgador a se questionar acerca da conformação e justificativa do seu provimento perante esses princípios. Antônio Moreira Maués (2012, p. 609) escreve:

> [...] Ao mesmo tempo em que deve se ajustar aos precedentes, a decisão de um caso concreto também deve oferecer a melhor justificativa para o uso do poder coercitivo do Estado, a fim de continuar desenvolvendo a história do direito da comunidade de modo compatível com os princípios que

> a regem. Assim, enquanto na dimensão formal da interpretação o juiz deve investigar se a decisão corresponde àquelas tomadas sobre casos similares, na dimensão substantiva ele deve buscar quais são os princípios de justiça e equidade que podem justificar a decisão. Essas duas dimensões devem caminhar juntas, de maneira que o juiz possa verificar se uma interpretação que se ajusta também se justifica, e vice-versa.

A integridade não impõe que as decisões dadas no passado sejam reproduzidas, sob a alegação de que casos iguais devem ser tratados igualmente. Caso o precedente não se fundamente em princípios, ele não deve ser aplicado, assim como são tais princípios que nos possibilitam definir se as diferenças entre os casos devem ou não ser consideradas importantes. Ela dá motivação para que o precedente seja mantido se nenhum princípio seja violado com a sua aplicação e, também, justifica a diferenciação entre casos e a não aplicação do precedente em razão de princípio cuja aplicação ao caso analisado seja mais razoável com o complexo do sistema jurídico do que a aplicação do princípio pressuposto nos eventos passados.

Essa é uma proposta que sobreleva o elemento substancial e principiológico para determinar o uso dos precedentes judiciais, relativizando a força de elementos formais, como a hierarquia do órgão prolator do precedente, pois, ainda que expedida por um tribunal de cúpula, uma decisão não íntegra, dificilmente, poderá ser utilizada posteriormente como um precedente.

Considerando os casos em que distintas analogias podem ser feitas com base nos precedentes, há a evidente necessidade de se aprofundar os argumentos substanciais favoráveis à posição tomada, o que caracteriza a teoria do direito como integridade, uma vez que um princípio moral pode justificar a não observância a um precedente. Nesse sentido, Dworkin nos força a analisar não só os fundamentos dos precedentes, mas também outros princípios do ordenamento jurídico que sejam cruciais para a decisão.

Observando a coerência de princípio imposta pela integridade, a aplicação do precedente se condiciona à adequação do fundamento ao caso concreto e não entre a divergência com outros princípios. Portanto, o juiz deve se ater às circunstâncias do caso, a fim de identificar outros princípios relevantes para a solução. Numa circunstância em que uma das partes alegue que seu caso é divergente, o juiz deve identificar se há algum princípio no ordenamento jurídico que fundamente os argumentos trazidos pela parte e, após, indagar

qual solução para o caso é mais coerente: se aquela fundada no princípio explicativo do precedente ou a que se baseia no princípio a fundamentar o argumento da parte.

A vinculação de todos os precedentes guarda, assim, relação com um sistema jurídico íntegro, coerente, seguro e estável e, com o advento do atual Código de Processo Civil, portanto, o dever de integridade passa a ser obrigação traduzida em dispositivo legal na aplicação dos precedentes.

Esses elementos substanciais de integridade e coerência, no entanto, não se expressam como singulares. Mesmo no âmbito material, devem ser considerados elementos quanto à justificação do julgado que origina o precedente, como não se deve descurar os elementos formais, como a hierarquia do tribunal prolator, o quórum e o placar de julgamento, o tipo de processo em que foi proferido, entre outros. É o que se passa a expor.

4 ELEMENTOS DE VINCULAÇÃO

Existem diversos elementos que contribuem para os precedentes terem uma força vinculante em maior ou menor grau. A hierarquia, certamente, é um aspecto preponderante para determinar a robustez de um precedente, mas não é o único nem o determinante. Não é porque o Supremo Tribunal Federal decidiu de determinada forma que a discussão sobre o assunto, só por esse fator, vá se encerrar em absoluto. Pode ser uma decisão por maioria apertada em recurso sem repercussão geral ou mesmo tendo instrumento de vinculação formal, mas que seja controvertida na doutrina. Isso enfraquece sua força hermenêutica de vinculação. É exemplo disso o precedente sobre a possibilidade de prisão após decisão condenatória em segundo grau.

De fato, não raro, situações em que precedentes do Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Constitucionalidade na qual fixou a constitucionalidade de uma norma, um determinado entendimento, e os tribunais inferiores agirem de modo a desafiar o precedente do Supremo, tendo feito a Corte Máxima mudar seu entendimento, pois, na prática, foi comprovada a fragilidade do precedente.

Dessa maneira, a coerência e a integridade exigem do aplicador que observe e considere, não só, se há vinculação formal ou não, ou a hierarquia do tribunal, mas, sim, um raciocínio macro. A integridade exige que o precedente seja relacionado com as demais fontes

de sentido normativo e deontológico, de maneira a ser possível que sua utilização não acarrete fragmentações bruscas causadas por pretextos eventuais, e possibilite o desenvolvimento progressivo. Vejamos, não fica impedida a realização de alterações firmes, porém, para que ocorram, impõe-se consonância de aspectos, além da alteração jurisprudencial determinada de maneira volitiva.

Quando da aplicação, a força hermenêutica do precedente se submete, ainda, a um escrutínio da justificação apresentada no julgamento de base. Portanto, tem força hermenêutica, se exprime como resposta próxima, o precedente que consegue responder a todas ou a maior parte das questões do novo caso, promovendo fundamentação adequada e completa, sem os vícios do art. 489, §1º, do CPC. De outro lado, tem-se uma resposta distante, com pouca força hermenêutica vinculante, quando poucas questões do novo caso puderem ser resolvidas ou se resolvidas com certas falhas de coerência ou justificação.

A mensuração da força hermenêutica qualitativa e quantitativa se dá, principalmente, em razão de elementos materiais, de conteúdo do julgado anterior. Há também, entretanto, a influência de elementos formais. Um precedente, se emitido por tribunal superior ou do Supremo Tribunal Federal, como expresso há pouco, certamente, exerce maior influência do que um precedente originário de um tribunal do mesmo nível hierárquico ou inferior. Importante é atentar para o fato de que precedentes inferiores também influenciam, mas com força menor.

4.1. Elementos formais determinantes da força hermenêutica do precedente

Os elementos formais não cuidam do conteúdo da decisão de referência, mas são provenientes de previsão legal expressa ou tácita, que é determinada para o aspecto subjetivo de quem produz a decisão ou mesmo o instrumento processual em que ocorreu o julgado. Isso sucede, por óbvio, da tradição de apego positivista inerente ao sistema jurídico brasileiro, que prestigia o *pedegree* como critério relevante para identificação e qualificação das fontes jurídicas.

O nível hierárquico da corte emissora não pode ser levado em conta como sendo absoluto para determinar, autoritariamente, o nível hierárquico do precedente. É inegável que esse elemento possui grande relevância, porém, não quer dizer que deva ser obedecido

cegamente. O reconhecimento da importância da hierarquia, no entanto, não significa que se contradiga à ordem jurídica coerente e íntegra.

O tipo de processo ou recurso em que o precedente foi produzido também é fator determinante na força hermenêutica. Por exemplo, em processo de controle abstrato de constitucionalidade, no qual a legislação atribui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, independentemente de seu conteúdo, tem seu poder de constrição próprio ditado por prescrição formal.

A força dos precedentes também é aferida levando em conta o órgão interno do tribunal que produziu a decisão paradigmática. É fato que os tribunais contam com organização interna formada por órgãos fracionários, plenários ou especiais, cada qual com sua competência. Assim, os fracionários são os mais vulneráveis de enfraquecimento, exatamente em virtude das diversas possibilidades de combinações de membros, que são variáveis e podem resultar em vários posicionamentos.

A votação unânime também é elemento que fortalece o precedente e a divergência o enfraquece, vez que há maior facilidade de alteração de posicionamento. Evidentemente, um julgamento do pleno do STF em que tem como resultado uma votação de cinco contra seis votos vencedores é decisão sem muita força hermenêutica, haja vista que a diferença entre os posicionamentos foi de apenas um voto, ou seja, não configura matéria pacífica dentro da própria corte. E, ainda, se considerarmos o direito como integridade, que indica uma visão subjetiva do Direito, é inegável a interferência do aspecto dos componentes na apreciação do caso. Não é critério que determina sozinho a força do precedente, mas tem sua carga contributiva.

4.2. Elementos materiais determinantes da força hermenêutica do precedente

Ainda que não seja tão comum o trato com os elementos materiais, eles têm relação direta com o conteúdo da decisão paradigmática. O atual CPC não faz muita referência ao tema, salvo quando determina o dever de fundamentação com precedentes e súmulas, constante do art. 489, § 1°. Propõem-se, então, elementos materiais próprios à integridade, coerência e à justificação, o primeiro apurando a consonância do julgado, o ganho hermenêutico obtido, ao passo que o segundo se relaciona com a justiça da decisão, se é, de

acordo com Dworkin, a resposta correta para o caso anterior e a resposta apropriada para o caso futuro.

Constitui elemento material de justificação a fundamentação adequada e detida, pois a previsão de exigência do Judiciário que suas decisões sejam fundamentadas tem disposição constitucional e imensa relevância, não só por permitir o controle da decisão, mas também por garantir legitimação da atuação jurisdicional, exprimindo a motivação da decisão do juízo de maneira clara. Desse modo, para verificar a devida fundamentação de uma decisão, é necessário constatar que a resolução de cada questão que compõe o caso é operada por um raciocínio completo e bem exposto.

Outro aspecto que interfere na relevância do precedente é o grau qualitativo e quantitativo de análise das questões de fato e de direito envolvidas no caso anterior. Portanto, para ter força, o precedente deve responder a todas as questões suscitadas no caso apreciado e, quanto menos quantidade e objetiva fundamentação, menos força tem o precedente.

O tempo de um precedente também deve ser analisado com cautela, mesmo que esse critério temporal não seja autossuficiente. É natural que julgados mais recentes tragam o tema de maneira mais atualizada, porém, mesmo os precedentes ultrapassados ficam à disposição dos operadores do Direito para complementação e demais tipos de consultas do precedente.

É necessário também tomar uma decisão paradigmática sob a óptica do constitucionalismo contemporâneo, ou seja, decisões contrárias ou mesmo atentatórias ao Estado de Direito constitucional devem ser evitadas, pois a resposta hermenêutica que carreiam está imantada da posição que se pretende superar e, assim, consegue-se superar as práticas que resistem aos novos influxos jurídicos. A verificação da divergência e dos desafios, no entanto, não é indício de insubordinação por parte do divergente, mas de fraqueza ou equívoco do precedente paradigmático.

O precedente deve ser aplicado por uma perspectiva hermenêutica, que se qualifica juridicamente por enriquecer o sistema com novos sentidos. Quanto mais elementos em comum os casos apresentarem, mais o precedente poderá ser tomado como uma resposta próxima ao novo caso, exatamente por ser capaz de responder a muitos aspectos pertinentes, e, assim, fortalece também o precedente aplicado.

No âmbito da teoria do Direito como integridade, as guinadas bruscas, alterações abruptas, devem ser mitigadas, ainda que necessárias. Desse modo, caso o precedente a ser

utilizado represente uma mudança de linha adotada anteriormente, sua força deverá ser arrefecida de modo a não atingir situações já resguardadas pelo precedente pretérito. Portanto, caso a corte realize a alteração da linha antes adotada, deverá aplicar o efeito *ex nunc*, como prevê o efeito da modulação contido no art. 927, § 3°, do Código Processual. Com efeito, pois, não se trata de uma faculdade de aplicação, mas constitui uma obrigação de preservação da segurança jurídica e respeito às justas expectativas.

Por fim, ressaltamos um aspecto de gradação da força dos precedentes de grande importância, que trata dos desafios da doutrina, como fonte produtora de sentido jurídico, com o trato dos precedentes, sendo contra a ou a favor, porquanto a doutrina tem um papel teórico e filosófico relevante, sendo prática e teoria elementos indissociáveis.

5 CONCLUSÃO

O procedente orienta conduta de maneira diferente das normas legislativas. Eles vinculam; não, porém, como as normas em geral. Se quisermos entendê-los como normas, devemos conceber um conceito de norma mais abrangente, que envolva leis, regras, princípios e os precedentes, que vinculam por sua força hermenêutica, e não por uma força de promulgação.

Há uma tendência em considerar a ideia de que o CPC utilizou a perspectiva de que o precedente seria semelhante a uma norma legislativa. O Diploma Processual, todavia, na qualidade de enunciado normativo, não faz escolhas teóricas, existindo algumas correntes que são paradigmas da teoria dos precedentes. Por exemplo, uma qualifica o precedente como norma, outra que é a teoria sistêmica dos precedentes, enriquecida com o aspecto hermenêutico, e, também, a que entendemos ser a mais adequada, conformada na observância da coerência e integridade no uso e confecção dos precedentes.

O Diploma Processual Civil não adotou, tampouco incorporou, um sistema de precedentes específico, sendo possível a aplicação de muitas teorias em curso na doutrina para a utilização dos precedentes. Acreditamos, no entanto, que a ora proposta confere melhor compreensão das disposições codificadas, porque provém de análise mais profunda com suporte numa concepção de Direito como integridade, voltado não apenas para o específico assunto processual, mas também para a ordem jurídica e o próprio Direito como um todo.

Diante do contexto que se conclui, aqui, o precedente é substancialmente um ganho hermenêutico aplicado argumentativamente. A função mais relevante dos precedentes, desse modo, é a de ofertar racionalidade decisório-argumentativa no sistema jurisdicional, para que se extinga o caos interpretativo da aplicação do Direito no Brasil.

A vinculação de todos os precedentes, assim, guarda relação com um sistema jurídico íntegro, coerente, seguro e estável e, com o advento do atual Código de Processo Civil, portanto, o dever de integridade passa a ser obrigação traduzida em dispositivo legal na aplicação dos precedentes.

A mensuração da força hermenêutica qualitativa e quantitativa se dá, principalmente, em razão de elementos materiais, de conteúdo do julgado anterior. Há também, entretanto, a influência de elementos formais, havendo mútua interferência dos aspectos influenciadores da força, não sendo nenhum dos aspectos determinantes.

A utilização do precedente, portanto, deve ter força graduada e não aplicada no tudo ou nada, devendo-se aferir sua força hermenêutica na solução de um novo caso.

REFERÊNCIAS

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial:** a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Norões, 2012

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito.** Traduzido por Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: RT, 2010.

MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV.** São Paulo: FGV, 2012. p.587 a 624.
PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica.** Salvador: Juspodivm, 2015.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes do Direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto- precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.