

PRECEDENTE E NORMA: USAM-SE PRECEDENTES JUDICIAIS COMO SE APLICAM NORMAS LEGISLATIVAS?

*Juraci Mourão Lopes Filho**

1 Introdução. 2 O uso do precedente no Brasil condicionado pela tradição normativista nacional. 3 O referencial teórico para enfrentar o problema. 4 O uso adequado do precedente segundo a aferição de sua força hermenêutica. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente texto investiga as práticas e teorias mais comuns do Direito brasileiro a respeito dos precedentes judiciais para demonstrar que, a despeito de invocarem o novo papel da jurisdição dado pelo neoconstitucionalismo, reeditam-se concepções atrasadas do positivismo normativista e mesmo exegético, o que equipara o uso do precedente judicial ao de uma norma legislativa. Será proposto, então, que o ponto atual de desenvolvimento jurídico exige um uso dos precedentes livre de amarras positivistas, ensejadoras de um autoritarismo de cúpula judicial, mediante a aferição hermenêutica de sua força para solução de problemas. Será sugerida a substituição da lógica formal do silogismo por um uso argumentado segundo uma lógica dialética.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais. Neoconstitucionalismo. Hermenêutica.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil não possui uma bem acabada teoria dos precedentes que explique e oriente bem seu uso atualmente no Direito. São frequentes os erros consistentes em se repristinarem crenças do positivismo normativista e exegético, mesmo se constatando que a mudança experimentada decorra de um constitucionalismo contemporâneo que busca justamente superá-los.

O principal efeito da falta de uma compreensão apropriada é confundir e reduzir precedente a uma norma (regra) e aplicá-lo como tal: mediante uma subsunção. E o mais grave, invocam-se lições da tradição jurídica inglesa para fundamentar essa perspectiva, mesmo que o Direito anglo-saxão

* Doutor (UNIFOR) e Mestre (UFC) em Direito Constitucional. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil (UFC). Professor de Direito da Unichristus. Procurador do Município de Fortaleza. Advogado. E-mail: juracimourao@gmail.com

combata firmemente essa postura que reputa ser típica do cientificismo europeu continental.

Além de equivocado o trato do precedente no Brasil que atualmente existe é contraditório, pois, a despeito de tomar precedente como norma, não se lhes aplica os princípios pertinentes, como o da irretroatividade. Permite-se, então, viradas jurisprudenciais com efeitos retroativos, sob a vetusta tese da atuação meramente declaratória da jurisdição, crença oitocentista há muito superada nas tradições jurídicas que tratam seriamente o precedente judicial.

Embora se possa detectar uma norma no precedente, este não se reduz àquela, nem pode determinar o modo de usá-lo. Possuem funções distintas na ordem jurídica e, por via de consequência, uso plenamente diverso. É preciso que se desenvolva aporte teórico próprio, sobretudo em atenção a um paradigma sistêmico próprio do Direito como integridade de Dworkin, para, então, abrir o sistema jurídico para uma aplicação dialética, fundamentada e consciente de julgados pretéritos.

O presente texto busca identificar as principais incoerências detectadas na doutrina e na prática brasileiras sobre os precedentes judiciais, a fim de demonstrar que a tradição nacional ainda é fortemente fundada em um positivismo normativista e mesmo exegético, própria da tradição continental europeia (a que genericamente se denomina de *civil law*), incompatíveis com o constitucionalismo contemporâneo que fez a jurisdição emergir na teoria e na prática jurídicas. Será proposto, ao final, um uso hermenêutico do precedente, determinado por características formais e materiais, rompendo, assim, as amarras positivistas e evitando o sincretismo teórico verificado atualmente.

2 O USO DO PRECEDENTE NO BRASIL CONDICIONADO PELA TRADIÇÃO NORMATIVISTA NACIONAL

Por razões históricas e culturais frutos da colonização portuguesa, o Brasil é herdeiro das práticas e das teorias jurídicas próprias da tradição europeia continental, sobretudo francesa, italiana e tedesca¹. Não se teve contato aprofundado, de modo a causar uma influência mais determinante, com os modos jurídicos da Grã-Bretanha. Isso fez que o Direito nacional fosse fortemente centrado na norma legislativa – referência para toda a estruturação dos poderes estatais e atuação jurídica, tomada como um ato de vontade. O modelo de Estado Legislativo francês, emergido sobre bases filosóficas, políticas e ideológicas bem definidas, foi e é a referência latente do direito positivo e dos estudos acadêmicos nacionais.

Sobretudo no século XIX e início do século XX, período de afirmação da identidade nacional, o pensamento iluminista francês norteou os pensamentos jurídicos, sem prejuízo de influência alemã, ainda que mais branda. Nesse tocante, Lenio Streck escreve:

Para ficar apenas no âmbito dos códigos, vale lembrar, com José Rinaldo de Lima Lopes, que a comunidade jurídica brasileira que produziu o Código Civil de 1916 esteve sempre sob a influência direta da pandectista alemã, que acabou por gerar um direito privado cujo modelo era/é fortemente germanizado; mas, ao mesmo tempo, passamos a comentar e fazer doutrina com autores franceses e italianos, que pouco ou não têm que ver com o direito civil alemão.²

Em relação aos precedentes, razões da história francesa fizeram esse produto da atividade jurisdicional mal aos olhos dos revolucionários de 1789 e, por via de consequência, do novo modelo de Estado daí surgido. Os juízes mantiveram-se fieis à monarquia, pondo-se contrário à burguesia que, então, convulsionava o povo. Mas a revolução se debruçou sobre o poder real, causando intestina mudança no poder Executivo. O Judiciário manteve-se quase que intacto, atraindo para si, então, as amarras mais diversas, que podem ser sumariados na figura do juiz “boca da lei”.

Paulo Bonavides³ lembra que a memória do *Ancien Régime* fez odiosa a imagem do Judiciário nos fatos do constitucionalismo da Revolução Francesa, que buscou na pauta institucional inferiorizá-lo perante os outros Poderes de Montesquieu. É famosa a lição do autor do “Espírito das Leis”: *Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est, en quelque façon, nulle*⁴.

Na Alemanha, o costume de os juízes buscarem aconselhamento nos professores das universidades mais próximas fez ressaltar o papel dos acadêmicos em desprestígio dos próprios magistrados.

Plenamente diversa é a história inglesa. Em luta mais antiga (a do poder central de Londres frente aos senhores feudais espalhados pelas mais diversas localidades), os magistrados ingleses se alinharam aos locais ante o poder real central. Afirmaram o poder da *law of the land* determinada por regras costumeiras que seriam identificadas em suas decisões. José Rogério Cruz e Tucci explicam que restou arraigada a “concepção de que a *common law* correspondia a uma ordem jurídica superior, cujos princípios foram conservados e somente poderiam ser revelados pelos juízes, ‘*the depositaries of the law, the living oracles of the law*’ em sua respectivas decisões”⁵.

Assim, os juízes ingleses se colocaram como agentes que sistematizavam o direito comum e costumeiro. No século XIX, esse papel ancião do magistrado representou inquestionável base para o surgimento do *stare decisis*, efetiva doutrina que prega o dever de seguir precedentes⁶. Não que tais países desconheçam normas parlamentares ou deixem de atribuir-lhe importância. No Reino Unido e nos EUA, não existem menos leis que nos países de tradição continental⁷, mas se reconhece o papel construtor dos magistrados, especialmente mediante a captação de elementos concretos não alcançados pela abstrata disposição legislativa.

Assim, os precedentes daquela tradição não se valem de linguagem acunhada de canônica, no sentido de linguagem abrangente, que, mediante

conceitos e categorias genéricas, abstraem as particularidades para formular um juízo universal, geral e abstrato. Preocupam-se com os argumentos desenvolvidos, com os fatos considerados com as provas e alegações das partes que foram consideradas. Distingue-se *ratio decidendi* e *obter dictum*. Seria impensável, por exemplo, reduzir a aplicação do precedente à mera citação de uma ementa, como acontece no Brasil. Em verdade, sequer se conhecem ementas e súmulas naquelas ordens jurídicas. São institutos próprios brasileiros que refletem o apego local à norma, como um ato de vontade.

Mauricio Ramires já denunciou, em obra específica, os graves problemas brasileiros no trato dos precedentes. Em obra específica sobre o tema⁸, indica casos que revelam bem o problema, os quais podem ser sistematizados da seguinte forma: a) abstração do precedente, permitindo sua aplicação a situação posterior essencialmente diversa da que fora decidida; b) utilização de um precedente como razão de decidir sem justificar a não opção por outro do mesmo ou de outro tribunal, mesmo superior, em sentido diametralmente oposto; c) variação do entendimento de magistrados de graus inferiores com a simples e constante oscilação do entendimento dos tribunais superiores, sem qualquer justificação adicional para essa mudança; d) hiperintegração do sistema jurídico, consistente no ato de desconsiderar dados concretos e determinantes de um caso posterior para permitir a aplicação de um precedente em que tais situações não foram consideradas. Daí por que o autor conclui que, no Brasil, o uso do precedente se equipara à jurisprudência dos conceitos alemães do século XIX:

Por isso, outra grande conseqüência da má compreensão da teoria dos precedentes no Brasil é a da repriminção involuntária e inconsciente da jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), escola de positivismo normativista fundada por Georg Friederich Puchta nos anos 1830, que preconizava que a atividade judicial criasse conceitos gerais através do obscurecimento dos dados singulares de cada problema concreto até chegar, por abstração, a um conceito universal e apto a compreender todas as situações individuais que lhes deram origem.⁹

Na base desses problemas detectados por Ramires, há a irrefletida e subjacente consideração de precedente ser norma. Tanto que as obras mais recentes sobre o tema lançam luzes sobre isso, fazendo girar o conceito de precedente em torno de uma concepção de norma jurisprudencial, sem se atentarem que essa postura é firmemente contrária à nova função jurisdicional.

É exemplo disso a lição de Patrícia Perrone¹⁰ ao equiparar o *holding* de um julgado (sua parte vinculante e que importa para aplicação futura) a uma norma:

O *holding* ou *ratio decidendi* constitui a norma extraída do caso concreto que vincula os tribunais inferiores. Trata-se de uma das noções mais importantes para a operação com julgados normativos e, paradoxalmente, uma das mais controvertidas, como já antecipado. Nas palavras de Marcelo Alves de Souza: “afora alguns pontos onde há certa concordância, a doutrina diverge – e muito

– na definição do que seja *ratio decidendi* e na escolha do método mais eficaz de identificá-la no bojo de um precedente judicial”.

Nessa linha de ideias, Teresa Arruda Alvim Wambier¹¹ expressamente faz a equiparação, etapa por etapa, da aplicação do precedente no *common law* e da lei nos países do *civil law*. Inicia sua exposição por aquele:

Então, os passos seriam:

- 1) examinar o caso;
- 2) verificar a *relevant similarity* entre ambos os casos, o que deve ser decidido e o precedente (*analogy*);
- 3) determinação da *ratio decidendi*;
- 4) decisão de aplicar o precedente para resolver o caso.

Correspondentemente, em países do *civil law*:

- 1) Examinar o caso;
- 2) Verificar a semelhança ou a identidade do caso a ser decidido com aquele descrito na norma, ou abrangido pela norma;
- 3) Determinar exata e precisamente o sentido da norma;
- 4) Decisão de aplicar a norma ao caso concreto.

Essa forma de entender o precedente (como fonte de uma norma geral e abstrata a ser respeitada para além mesmo da situação específica que o autorizou) vai ao encontro das aspirações de controle das instâncias superiores sobre as camadas mais baixas do Judiciário que estão mais próximas da respectiva realidade social. Com efeito, entender precedente como instrumento de elaboração de norma permite que os tribunais superiores condicionem as instâncias inferiores. Como essas normas são compreendidas como dotadas de generalidade e abstratividade, impede que os juízes, sobretudo de primeiro grau, considerem as contribuições da realidade social em que está inserido para a compreensão, interpretação e aplicação do Direito.

Ponto extremo desse autoritarismo voluntarista em torno dos precedentes, que sufoca o labor hermenêutico das instâncias inferiores, simplória lição de Luiz Guilherme Marinoni ao afirmar que “em termos de eficácia do sistema e do Poder, não importa se o juiz inferior concorda com a decisão do juiz superior – é apenas essa que vale e produz efeitos”¹². O mesmo autor encara a relação dos precedentes das várias instâncias por meio de uma deferência vertical absoluta:

Bem vistas as coisas, divergência jurisprudencial apenas pode existir entre tribunais de igual estatura, e não entre um tribunal ordinário e aquele a quem incumbe unificar a interpretação da lei federal, zelando pela unidade do direito federal no país. Um Tribunal de Justiça ou Regional Federal não diverge do Superior Tribunal de Justiça, mas desrespeita a autoridade de suas decisões.¹³

Essas firmes posturas de Marinoni são frutos de um ingênuo feitichismo exegético que substitui a lei parlamentar oitocentista pelo precedente vinculante do século XXI, inclusive ao considerar que este teria aptidões superiores:

Relevante é que o precedente obrigatório orienta os cidadãos, pois lhes diz o modo como devem se comportar e lhes dá 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.¹⁴

Entretanto, precedente não resume a eventual norma geral e abstrata nele enunciada ou dele inferida. Há razões teóricas e filosóficas para tanto, as quais desautorizam a tomada de postura ideológica para a qual se caminha atualmente no Brasil.

Não se pode resumir a norma nele enunciada porque os elementos hermenêuticos – e que, necessariamente, condicionaram a determinação/definição dessa norma e a própria compreensão no respectivo círculo hermenêutico – são tão relevantes quanto a própria norma. Lançam os marcos hermenêuticos a serem considerados (elementos que integraram o jogo de perguntas e respostas de que é fruto o precedente) para sua posterior aplicação. Eventual norma nele encontrada só pode ser compreendida em função do círculo hermenêutico em que se operou, impedindo que ela seja pinçada desse jogo de-e-para, de modo a figurar livremente na ordem jurídica.

Entender o contrário consiste em atribuir ao Judiciário uma função legislativa para o qual sequer é voltado o processo em que se dá o julgamento, o qual, na maior parte das vezes, trata apenas de questões atinentes às partes envolvidas na lide, ou seja, cogitações gerais, para além dos fatos e questões de direito relevantes para o caso, sequer são deveres dos sujeitos envolvidos, nem o processo e o direito processual foram pensados e estruturados para darem adequado tratamento a essas questões gerais e abstratas.

Também não se pode equiparar precedente a uma norma geral e abstrata que dele se possa inferir, pelo simples fato de que não é correto o juiz da causa considerar questões futuras. O julgamento não se volta para o futuro a fim de disciplinar um número indeterminado de situações mediante descrição abrangente, geral e abstrata de fatos. Sobre esse aspecto, Neil Duxbury¹⁵, mesmo no sistema inglês em que vigora o *stare decisis*, adverte sobre se julgar considerando o futuro:

A decision-maker's priorities might legitimately be in the present; and even when there exists a strong feeling that the decision-maker has thought too little about the future, this is insufficient in itself to establish that there has been a breach obligation. We might, but we do not have to, make decisions with the future in mind; and thoughts about the future might, but do not have to, constrain what we decide to do.

Discorda-se, portanto, que, no Brasil, deva-se restringir o precedente à *ratio decidendi* ou *holding* (entendido como a norma considerada na decisão ou

dela inferida), pois, no sistema nacional, por força do dever constitucional de fundamentar adequadamente a decisão judicial, sequer há como distingui-los da *obter dictum*, nem apartá-la do círculo hermenêutico em que foi produzido.

É justamente a fundamentação que permite a própria compreensão do julgado. Mesmo no Direito anglo-saxônico, há autores que apontam para a inviabilidade prática dessa abstração, que se torna, então, mero recurso retórico para as partes e os juízes afastarem ou utilizarem fundamentos segundo seus interesses.

Embora em algumas hipóteses se possa determinar uma norma geral e abstrata aplicável – como na hipótese de interpretação, conforme a Constituição e Declaração parcial de constitucionalidade sem redução de texto – essa determinação é fruto de um labor hermenêutico (exercido segundo as circunstâncias presentes) de enunciados pré-estabelecidos pela ordem jurídica. O respectivo enunciado normativo (constitucional ou legal) terá o sentido (norma) influenciado, em maior ou menor medida, pelos fatos e pelos demais elementos hermenêuticos suscitados no processo, o que impede que esse específico sentido (norma) seja levado para situações fáticas e jurídicas distintas e que sequer foram consideradas em sua determinação.

Ademais, no esquema traçado por Teresa Wambier, ela se descarta de um detalhe fundamental para a etapa 2, qual seja, o de que precedente não possui vigência, o que dificulta, e muito, a objetividade para sua escolha como premissa maior. Em outras palavras: a ordem jurídica não traz critérios claros para se determinar quando um julgamento já realizado pode ser considerado parte integrante do mesmo sistema jurídico e, portanto, precedente válido para ser utilizada no julgamento posterior.

Isso faz surgir uma série de problemas para o proposto uso silogístico do precedente. Um julgamento de um tribunal reformado por outro que lhe é superior é um precedente apto a ser utilizado em situações futuras? Quando há precedentes de tribunais distintos em sentidos divergentes, qual o critério para solucionar essa “antinomia”? Destaque-se que estes são questionamentos que decorrem da caracterização do precedente como premissa maior de um silogismo. O conceito padrão que se tem de ordenamento jurídico normativo não se presta a solucionar essas questões próprias dos precedentes.

Essa falta de critérios de escolha do precedente a ser utilizado no esquema silogístico, seu desprendimento das circunstâncias hermenêuticas que o originaram e a falta de uma fundamentação adequada, justificando o uso do precedente ou da súmula são fatores determinantes para o mau uso de ambos no Brasil.

Os precedentes não podem se submeter a esse tratamento, pois é justamente no fornecimento de dados concretos e particulares para a interpretação/aplicação de enunciados legislativos que reside sua importância para o sistema jurídico. São esses elementos que permitem o ganho hermenêutico que autoriza seu uso posterior.

Equiparar, nesse âmbito, precedentes à lei é o motivo que autoriza o descompromisso do juiz com a realidade posta diante de si; que permite decisões inadequadamente fundamentadas; que geram uma inválida autorreferência da jurisdição, ignorando outros componentes do sistema. Tudo em prejuízo de um Direito mais consentâneo com o meio que o cerca, e em especial do Direito Constitucional, que, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, é tão dependente de ponderação de princípios diante do caso concreto.

Já as súmulas, conquanto tenham uma função prospectiva de orientar futuras decisões mediante disposições aparentemente abrangentes, não podem ser a eles subsumidas todas as situações *a priori* subsumíveis por uma consideração abstrata de sua prescrição, pois se deve considerá-la como fruto de atuações concretas que solucionaram situações próprias e específicas que também lhe servem de parâmetros hermenêuticos. Entretanto, isso é ignorado e a similitude na interpretação/aplicação de lei e de súmula é absoluta em nossa ordem, conforme revela Lenio Streck ao tratar especificamente sobre a súmula vinculante:

Dos traços gerais que foram colacionados acima, a súmula apresenta profundas dessemelhanças com os precedentes: a) o efeito vinculante está prescrito em um texto normativo (art. 102, §2º e 103-A da CF); b) a instituição do efeito vinculante tem como finalidade barrar novas discussões sobre a matéria (e não atender à solução de uma demanda entre as partes); c) A aplicação do precedente dotado de efeito vinculante se dá de forma descontextualizada, dedutivista e reveste a decisão/súmula com ares de regra geral e abstrata, infringindo área de competência do legislador (art. 5º, II, da CF).¹⁶

De fato, vem aplicando-se súmulas no Brasil da mesma maneira que se aplicam leis, ignorando que provieram de casos concretos que justificaram sua própria existência. Isso causa uma inquestionável ruptura da separação dos poderes, pois permite a edição de normas vinculantes para situações que sequer foram objeto da atividade jurisdicional. Questões fáticas e jurídicas não apreciadas nos julgamentos que a originaram não podem ser consideradas apreciadas pelo respectivo tribunal e, portanto, não podem ser subsumidas à súmula, mesmo que dotada de efeito vinculante.

Conquanto as súmulas não sejam precedentes (porque não produzidas em um específico processo e tenham inegável finalidade de orientar situações futuras) também não podem se equiparar absolutamente a uma lei, pois sua interpretação/aplicação também não pode deixar de considerar as circunstâncias apreciadas pelos julgados que justificam a sua edição. São os elementos fáticos e jurídicos desses julgados que demarcarão a possibilidade de futura aplicação, mesmo que seu texto permita imaginar uma abrangência maior.

Portanto, podemos resumir os problemas do uso do precedente e súmulas no Brasil na adoção de modelo subsuntivo – próprio de uma regra legislativa em que ambos figurem como premissas maiores, gerais e abstratas, pois desconsidera

as efetivas situações de suas elaborações originais, fazendo com que sejam utilizados em hipóteses que envolvem questões fáticas e jurídicas substancialmente diversas. Essa postura também impede a real contribuição do precedente ao Direito, qual seja, o fornecimento de um ganho hermenêutico pela apreciação de situações concretas impossíveis de serem consideradas em uma apreciação abstrata dos enunciados constitucionais e legislativos permitindo novas interpretações (normas) de um enunciado normativo. Ademais, essa postura causa um déficit de fundamentação, pois, muitas vezes, indica-se uma súmula ou ementa de julgado como motivação suficiente para julgar um caso autorizando uma arbitrariedade na atividade judicial que se torna autorreferente, ignorando os demais componentes do sistema jurídico e da sociedade.

Daí é que emergem graves problemas, pois permite uma amálgama de visões. Ora, se precedente é norma, as guinadas jurisprudenciais não poderiam ser retroativas, porque assim o podem ser as normas. Contudo, os tribunais que já se dedicaram a isso ignoram solenemente essa brutal contradição. É o que se pode verificar na fixação de entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito de como se deve operar a mudança de jurisprudência:

[...] II - Assim, seguindo a orientação firmada nos EREsp nº 733.438/SP no sentido de ser aplicável retroativamente alterações jurisprudenciais em matéria processual, os recursos interpostos perante esta Corte por meio de Protocolo Integrado, mesmo que anteriores ao cancelamento da Súmula 256/STJ, devem ser conhecidos, afastando-se a intempestividade do recurso especial em questão, para sua posterior análise.[...]¹⁷

O mesmo entendimento é, absurdamente, aplicado de maneira irrestrita ao cancelamento de súmulas, cuja linguagem abrangente permite uma ainda mais estreita correlação com uma norma geral e abstrata:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROTOCOLO INTEGRADO. REVOGAÇÃO DA SÚMULA N. 256/STJ. APLICAÇÃO RETROATIVA. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO BANCÁRIO. INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS.

1. A Corte Especial, no julgamento do AgRg no Ag n. 792.846/SP, relator para acórdão Ministro Luiz Fux, em 21.5.2008, revogou a Súmula n. 256/STJ para admitir a interposição de recurso da competência desta Corte por meio de protocolo integrado.

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que o cancelamento da Súmula n. 256/STJ deve ser aplicado retroativamente, uma vez que se trata de alteração de jurisprudência em matéria processual.

3. A simples discussão judicial da dívida não é suficiente para obstar a inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial.¹⁸

Portanto, a realidade no trato dos precedentes no Brasil é de uma tristeza a toda prova, pois, além de se cometer um erro (reduzir e equiparar precedente a norma), sequer se mantém fiel a ele, em uma contradição que ofende até não mais poder os mais basilares princípios que essa mesma visão normativista preserva: segurança jurídica mediante a irretroatividade das normas. O mínimo de coerência seria se manter fiel ao erro a fim de dar alguma racionalidade ao trato da matéria.

Só uma adequada abordagem do tema, porém, é capaz de superar esses absurdos. Isso só possível com a constatação da função dos precedentes na ordem jurídica, o que invoca considerações da hermenêutica filosófica e do Direito como integridade de Dworkin.

3 O REFERENCIAL TEÓRICO PARA ENFRENTAR O PROBLEMA

Gustavo Zagrebelsky¹⁹ muito bem escreve que a jurisdição deve ser posta a serviço de dois padrões: a lei e a realidade. Somente por meio da mediação da tensão entre ambos poderá o magistrado obter qualquer significado. Segundo o mesmo autor, os casos concretos possuem uma exigência regulativa que pressionam o direito posto e a jurisdição:

Il diritto positivo pressupone, ma no può imporre una comprensione de senso. Che, per esempio, l'interruzione volontaria della gravidanza sua un omicidio o altra cosa è evidentemente l'antecedente de qualunque legislazione sull'aborto mas nessun legislatore può pensare che la sua assunzione di senso è mutata a livello profondo, la pressione del caso, diversamente categorizzato rispetto al passato, ha diffusamente imposto la trasformazione delle regole giuridiche, attraverso uno sforzo de adeguamento tanto della giurisprudenza che della legislazione che della scienza del diritto, in numerosi Stati. E oggi, che questa categorizzazione tendo nuovamente a modificarsi, nuove trasformazioni in vista. Tanto vale per dire, ancora un volta e da particolare punto di vista, che il diritto non ha la forza de distaccarsi dall'ambiente culturale in cui è collocato e di ergersi come sistema normativo indipendente e autosufficiente. È una parte, per quanto importante, ma sempre una parte, mai il tutto.²⁰

O autor italiano é feliz em expor a influência que o ambiente cultural em que está inserido o julgador influencia no julgamento. Entretanto, não somente nesse aspecto mais geral de influências culturais de todo um povo em um período histórico de vários anos exerce influência sobre o julgamento. O caso específico, as questões suscitadas interferem, também, na interpretação/aplicação do Direito, pois agregam elementos no círculo hermenêutico, que seria impossível de se fazer em cogitações abstratas.

Ao julgar, o juiz se depara com situações reais e concretas, muitas vezes, com características próprias ignoradas em uma abordagem padronizada da questão que possivelmente foi referência para a edição da lei. Ele não julga a sociedade como um todo, levando em conta a cultura geral, ele julga, normalmente, apenas uma determinada fatia dessa realidade social.

Certamente, julgar uma lide sobre propriedade de fazendas de agroindústria entre dois produtores rurais é diferente de julgar uma controvérsia entre dois favelados em torno da propriedade de seu barraco. As questões de direito suscitadas, a interpretação/aplicação dos enunciados normativos e valoração dos fatos envolvidos, as exigências processuais razoáveis de serem exigidas são distintas, produzindo precedentes também distintos, embora possa envolver os mesmos enunciados normativos.

Não poderia ser diferente. O processo judicial tem por foco esses elementos reais e concretos, já que toda sua estrutura é voltada para enfrentá-los e considerá-los, fazendo girar em torno deles a produção de prova, o arrazoado das partes e a fundamentação do magistrado. É daí que se pode aprofundar a noção de exigência regulativa de que fala Zagrebelsky, pois essa priorização do processo judicial a elementos concretos ocasiona que eles sejam os determinantes para a complementação e para o aperfeiçoamento do Direito legislativo.

O precedente, portanto, será o mediador entre a lei e a realidade.

Já é lugar comum se afirmar que a jurisdição não mais se limita a “dizer o direito” (*juris diction*), já que o juiz, em alguma medida, “cria” norma. Não a norma individual e concreta de Kelsen que se situava no dispositivo do julgado e era fruto de um ato de vontade, nem uma norma legislativa voltada para fatos futuros segundo perspectiva política geral, mas a norma utilizada no fundamento da decisão e fruto da experiência hermenêutica própria do caso submetido a julgamento.

Entretanto, essa norma não pode ser compreendida isoladamente, não pode ser desprendida do restante da decisão. Ela não possui autonomia nesse sentido, pois não pode ser desprendida desse contexto de enunciação, sob pena de transformação *a posteriori* do juiz em legislador. Dizemos *a posteriori*, porque, como visto, no julgamento, o juiz não interpreta/aplica as normas com vistas a fatos futuros, que sequer podem ser considerados no processo, porque irrelevantes ou mesmo impossíveis de serem provados. A ampliação de seu entendimento é posterior.

Entender, portanto, que o labor jurisdicional engloba fatos futuros é uma falácia. São os fatos e as questões reais efetivamente postos diante dele que dão os marcos e o alcance do uso futuro do precedente. Casos futuros só poderão ser mediados por precedentes à medida que repitam, se não absolutamente, por impossível, mas, em grande medida, o jogo hermenêutico antes realizado.

Assim, quanto mais o caso for padronizado e comum, mais geral e padronizada será a premissa utilizada e a conclusão a que se chega, não apresentando

ganho relevante de sentido em relação ao direito legislado. Em contrapartida, quanto mais singular e permeado de particularidades, mas será determinante a construção específica da premissa de julgamento e mais particularizada será a conclusão. Como muito bem explica Gadamer:

Antes, a ordenação geral da vida através das regras do direito e dos costumes é bastante deficitária, necessitando de uma complementação produtiva. Ela precisa avaliar corretamente os casos concretos. Conhecemos essa função do juiz, sobretudo a partir da jurisprudência, onde a contribuição da hermenêutica em complementar o direito consiste em promover a concreção do direito. Isso representa mais do que aplicação, correta de princípios universais. Nosso saber acerca do direito e dos costumes sempre será complementado e até determinado produtivamente a partir do caso particular. O juiz não só aplica a lei *in concreto*, mas colabora ele mesmo, através de sua sentença, para evolução do direito (direito judicial)²¹.

É a partir dessa perspectiva que Gadamer lança a noção de *applicatio*, que conjuga e alia compreensão, interpretação e aplicação evidenciando que são realidades que se confundem e mutuamente condicionam, impedindo que se considere o ato de julgar como sendo em etapas estanques e autônomas. É essa compartimentalização da decisão que permitiria o destaque de uma delas (a atinente a *ratio dedicendi*) para uso posterior, como propõe as correntes de pensamento acima transcritas.

Sobre a *applicatio* gadameriana, José Lamego é bastante elucidativo:

A ideia de Gadamer trazida ao problema da compreensão, entendendo-a como participação num sentido presente, evidencia o papel do intérprete. Ao contrário da tradição do século XVIII e, posteriormente, do romantismo, centrada na compreensão (*subtilitas intelligendi*) e na interpretação (*subtilitas explicandi*), atribuindo uma importância subalterna ao momento da aplicação (*subtilitas applicandi*) – entendido como momento subsequente e exterior –, Gadamer sustenta que ‘a aplicação constitui, como a compreensão e interpretação, uma parte integrante do processo hermenêutico’. A ‘pretensão de universalidade da Hermenêutica’ – a irredutibilidade do fenômeno da linguagem –, a *Sprachlichkeit* da experiência do mundo em geral – implica que não haja conhecimento crítico completamente dissociado do conhecimento pré-predicativo, existencial.

Especificamente sobre a hermenêutica jurídica o mesmo autor português escreve:

Gadamer entende, ao referir o ‘significado exemplar’ da hermenêutica jurídica, que ‘a missão da interpretação é a concretização da lei em cada caso, ou seja a tarefa de aplicação’. A lei não quer ser entendida historicamente, mas deve ser concretizada na sua

vigência como Direito mediante a interpretação. O modelo hermenêutico pretende captar a situação na sua particularidade. Ao invés do modelo de sistema como cânone da interpretação jurídica, a tradição retórico-hermenêutica da compreensão todo-partes (círculo intelectual) visa captar a especificidade de cada situação concreta. O caráter ‘exemplar’ da hermenêutica jurídica afigura-se já a Tiberius Decianus, quando dizia, em 1579, que ‘*virtus jurisprudentiae in applicatione consisti universallium particularibus*’. O princípio de que o texto da lei ‘para ser entendido de modo adequado deve ser compreendido a cada momento, ou seja em cada situação concreta, de modo novo e distinto’ tem como base uma teoria do ‘sentido’ entendido como relação com um contexto extra-lingüístico. Este reenvio da ordem lingüística para a estrutura da experiência põe a claro a reserva ou excesso de sentido do ‘mundo-da-vida’, que se manifesta, como diz Miguel Baptista Pereira, ‘paradigmaticamente no núcleo essencial do símbolo, cujas potencialidades semânticas jamais se deixam esgotar pelas tentativas da conceptualização humana. É que há algo no símbolo que, pelo seu enraizamento na profundidade da vida... resiste a uma transcrição lingüística, semântica ou lógica.’”

Nessa perspectiva, compreender não é encarado a partir de um método, porque se apresenta como um acontecer. Não há etapas estanques e predeterminadas que possam ser isoladas e destacadas. Daí porque Lenio Streck destaca que “interpretar é compreender. Compreender é aplicar”²² e não se interpreta por etapas.

Diante disso, tem-se que o juiz (que ocupa posição relevante no sistema jurídico porque seu labor hermenêutico integrará o sistema jurídico, podendo vir a ser precedente utilizado no futuro) considera os enunciados normativos em função do caso concreto, das teses jurídicas levantadas pelos advogados, dos fatos tidos por relevantes e das provas produzidas. Esse mundo-da-vida que condiciona e interfere na *applicatio* é condicionado, por sua vez, pelo horizonte do próprio juiz e pelo horizonte do enunciado normativo formado justamente por julgados anteriores e súmulas que já deram sua contribuição hermenêutica e agregaram novos sentidos em função de situações reais passadas.

Eis o papel do precedente no Direito: agregar sentidos ao Direito, permitindo sua constante evolução, deixando-o aberto ao mundo-da-vida. Daí por que se fala que o precedente tem essa função específica e não autônoma de mediar lei e realidade, enriquecendo, então, o sistema jurídico. Na medida em que eles sejam utilizados para fechar o sistema jurídico à realidade – mediante uma abstração do julgamento –, proibindo a inserção de novos componente no clico hermenêutico, sua função está sendo subvertida.

A perspectiva teórica que se apresenta mais adequada, e plenamente compatível com as contribuições da hermenêutica filosófica nos moldes acima expostos, é a de Ronald Dworkin, com suas concepções de força de promulgação

e força gravitacional (de atração, acrescente-se) do precedente, sua ideia de Direito como integridade.

A força de promulgação consistiria na produção, pelo precedente, de uma norma em moldes parecidos com uma norma legislativa. Contudo, mesmo falando dessa noção, o autor já infirma qualquer ideia de se utilizar essa norma encontrada no precedente da mesma maneira de uma lei. Escreve referindo-se ao seu juiz Hércules:

Sem dúvida, Hércules pode decidir que ao encontrar, em um caso anterior, um arranjo canônico de palavras, usará técnicas de interpretação das leis para decidir se a regra que essas palavras compõem abarca ou não um caso novo. Ele bem pode conhecer aquilo que se poderia chamar de força de promulgação do precedente (*enactment force of precedent*). Não obstante descobrirá que, quando um precedente tem força de promulgação, não se considera que sua influência sobre os casos posteriores se limite a essa força.²³

O mesmo ocorre com as súmulas. Embora elas se pareçam com enunciados normativos gerais e abstratos, seus limites são fornecidos pelas questões apreciadas no precedente e não abstratamente como se fossem uma norma legislativa.

Essa impossibilidade é exposta por Dworkin ao afirmar que “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 peça de legislação”²⁴. Portanto, o uso posterior do precedente se dá mediante a atuação dessa sua força gravitacional que não pode se reduzir a sua força de promulgação. Por sua vez, essa força gravitacional dos precedentes é limitada “à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”²⁵.

Em análise geral da teoria de Dworkin, muito bem escreve Neil Duxbury:

*It seems perfectly that judge who enforces rights consistently while being attentive to the bigger picture – making decisions which not only take account of precedent but which also fit with a coherent set of principles justifying the entire body of constitutional, statutory and common-law provisions – could still be perpetuating the injustices of a wicked legal system. The objective here, however, is not to develop a critique of Dworkin’s account of precedent but to highlight its value; for by emphasizing the notion of gravitational force he illustrates that it is a mistake to treat precedent-following as equivalent to the interpretation of binding legal rules. Gravitational force is, like authority, variable: not only might judges disagree about the significance of a particular precedent, or about what principle it should be understood to have established, but they might even disagree as to whether it should be acknowledged to have established a principle at all.*²⁶

Portanto, os casos posteriores não serão subsumidos aos precedentes, mas o juiz deverá fazer uma aproximação de ambos, justificada e conside-

rando os elementos que concorreram no círculo hermenêutico, quando da produção do precedente, e que concorrerão no novo uso, para utilizar o ganho hermenêutico do precedente na compreensão do Direito Constitucional ou Infraconstitucional aplicável.

Não se trata apenas de uma analogia entre os fatos, mas consideração ampla de todos os elementos do círculo hermenêutico, o que faz com que essa força gravitacional seja mais bem compreendida como força hermenêutica.

O uso das súmulas, ainda que com efeito vinculante, segue o mesmo raciocínio. Não se interpreta/aplica uma súmula de maneira ampla, a partir de seu conciso enunciado, a fim de abarcar o número indeterminado de situações possíveis, mas sim em função das questões hermenêuticas consideradas e apreciadas pelos julgados que autorizaram sua edição.

Essa aproximação, atração entre casos, dá-se por meio dos precedentes que são indicados como justificadores da mesma súmula. Não será, portanto, a linguagem em que é escrito o enunciado sumular que condicionará seu uso posterior²⁷, mas os precedentes que o embasam.

Tem-se, portanto, um uso não como premissa maior de um silogismo, mas como elemento de aperfeiçoamento da ordem jurídica que será validamente utilizado mediante uma aproximação dos casos para permitir que a agregação de sentido feita pelo precedente ou súmula, contribua com a solução do caso posterior.

Esteira de já antiga cogitação estadunidense propõe que não se deve atentar para o que o tribunal emissor do precedente quis dizer ou prescrever. Deve se voltar para uma compreensão mais ampla do fenômeno hermenêutico que se verificou e se desprende de qualquer submissão subjetiva. Essa proposta vai corroborar as lições de Gadamer, quando expressamente declara em seu prefácio da segunda edição de *Verdade e Método*: “O que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer ou fazer”²⁸. Assim, o precedente, seja de que tribunal for, não é fruto simplesmente do que se quis dizer ou prescrever, mas uma experiência verificada, para a qual concorrem muitos outros elementos para além desse simples querer da corte emissora.

A força hermenêutica do precedente se traduz, portanto, em uma força variável em função do jogo de-e-para próprio do círculo hermenêutico que determina o grau de influência de um precedente para o novo caso. Essa força se forma por uma conjugação de fatores não compelidos pela vontade do tribunal emissor ou mesmo do aplicador. A vontade e o querer não chegam a tanto, pois o jogo hermenêutico é tomado em uma dimensão fenomenológica e não subjetiva. Como explica Gadamer, “o jogo não surge na consciência do jogador, e enquanto tal é mais do que um comportamento subjetivo. A linguagem não surge na consciência daquele que fala, e enquanto tal é mais do que um comportamento subjetivo”²⁹.

É por essa razão principal que o precedente não pode ser aplicado por mero silogismo típico de regras legislativas. Possui uma força de variável relevância, aferida por uma lógica dialética, bem distinta da lógica formal que fundamenta o silogismo. O juiz posterior deve analisar o quadro geral da *applicatio* anterior e presente, verificando qual ganho hermenêutico aquela propiciou no passado e como esta poderá contribuir para a solução do presente, tudo aferido por elementos de lógica dialética, contrapondo as teses propostas pelas partes.

Importante destacar que essa lógica dialética não se reduz a uma analogia de fato ou de direito entre os casos. É uma análise ampla do todo hermenêutico.

Tal variação do precedente é conhecida na Inglaterra e nos Estados Unidos, ainda que não se dê atenção aos elementos hermenêuticos. Thomas G. Hansford e James F. Spriggs II aludem ao que chamam de vitalidade (*vitality*) de um precedente da Suprema Corte, a qual é definida como “the legal authority or weight of a case, as determined by the Supreme Court’s prior interpretation for it”³⁰. Por isso concluem que o sentido de um precedente não é fixo, mas variável ao longo do tempo.

Portanto, o precedente não é um ponto fixo predeterminado que se apresenta como uma premissa maior, é variável por razões hermenêuticas.

4 O USO ADEQUADO DO PRECEDENTE SEGUNDO A AFERIÇÃO DE SUA FORÇA HERMENÊUTICA

No tópico anterior, infirmou-se a validade da subsunção para os precedentes: aplicá-los não importa submeter os fatos do novo caso à norma pinçada do julgamento anterior. Usar precedente consiste em repetir ou considerar resposta hermenêutica dada anteriormente para responder às novas indagações do caso subsequente.

O uso do precedente, nesse sentido, significa um dever de coerência, de manutenção de uma linha de entendimento consolidada ou inovadora frente às disposições legislativas. Não é uma simples imposição hierárquica, autoritária ou voluntarista.

Quando se desrespeita um precedente, atenta-se contra coerência sistêmica ampla, contra a integridade do Direito, e não contra a autoridade de um determinado juiz ou tribunal, que é irrelevante – ou ao menos possui importância relativizada frente a outros elementos – em termos hermenêuticos.

Assim, o norte que orienta o uso do precedente não é autoridade vertical hierarquizada, mas o dever de coerência.

A coerência demanda que o aplicador observe e considere as linhas macro que orientam o Direito como um todo, coordenando-as com as práticas mais relevantes e arraigadas, tudo perpassado por uma abordagem deontológica. Assim é que se admite conceder peso à tradição no exercício do Direito e se apreende o seu desenvolvimento como continuidade narrativa que respeite o

passado. Tal modo de encarar a fenomenologia jurídica elide a mera deferência a hábitos e práticas de fato, características de uma atitude reacionária.

A tradição não se traduz em convencionalismo nem pragmatismo, pois ambos a exasperam, levando-a a extremos inaceitáveis. O convencionalismo é deferência ao quadro fático estabelecido sem qualquer juízo moral ou jurídico a seu respeito. O pragmatismo está no extremo oposto, é uma imposição ditada pela moral em prejuízo das aspirações jurídicas de estabilidade reconhecida.

Especificamente, a coerência importa que o precedente seja cotejado com outras fontes de sentido normativo e deontológicas, de modo a possibilitar que seu uso não traga fraturas ou rupturas abruptas ditadas por motivos eventuais, e permita o desenvolvimento progressivo e gradual. Não que impeça que se operem mudanças firmes. Para ocorrerem, porém, será necessária uma convergência de fatores, além da mera guinada jurisprudencial volitivamente determinada, ou seja, porque a turma ou câmara da ocasião houve por bem assim se posicionar, sem qualquer deferência a demais peças componentes do sistema jurídico.

Na aplicação do precedente, sua força hermenêutica se submeterá, então, a essa aquilatação material, que comporá, com critérios formais – em prol de segurança e previsibilidade – a completa análise. Terá maior força hermenêutica, ou seja, apresentar-se-á como uma resposta próxima, caso ele seja capaz de responderá todas ou a maior parte das questões do novo caso, ofertando parâmetro coerente e justificado. Por sua vez, será uma resposta distante quando poucas questões do novo julgamento puderem ser resolvidas com o precedente ou forem resolvidas com algum déficit de coerência ou justificação, demandando uma extensão de sentido para além do que se verificou no passado.

Essa aferição da força hermenêutica quantitativa e qualitativamente se dá primordialmente por elementos materiais, de conteúdo do julgado anterior. Mas há também elementos formais atuando. Um precedente de um tribunal superior ou do Supremo Tribunal Federal, sem dúvida, exerce maior influência do que o de um tribunal do mesmo nível hierárquico ou inferior. O tipo de processo ou recurso em que se produziu a decisão pretérita também importa. A que se tenha verificado em processo de controle abstrato de constitucionalidade, cuja legislação atribui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, independentemente de seu conteúdo, tem seu poder de constrição próprio ditado por essa prescrição formal. Não apenas decisões vinculantes, entretanto, são diferenciadas formalmente. Imagine-se uma decisão em embargos de divergência – sua função é justamente uniformizar jurisprudência, ou mesmo uma decisão em recurso especial fundamentado no art. 105, III, “c”, da Constituição Federal. Por terem essa função unificadora, em que as linhas divergentes devem ser apreciadas e cotejadas, terão mais relevância do que as linhas isolada de que tratam.

Ainda no campo formal, foi visto em levantamentos empíricos que indicam a modificação da composição do órgão emissor do precedente como fator determinante para eventual alteração de entendimento. Poucas alterações radicais de jurisprudência alhures ocorreram sem qualquer alteração dos membros.

No Brasil, em que as orientações pretorianas são mais voláteis, é uma tendência que cada vez mais se confirma.

Portanto, é possível estruturar os elementos que determinam a força hermenêutica de um precedente da seguinte forma:

1) Formais

- a) Nível hierárquico da Corte emissora;
- b) Tipo de processo em que se emitiu o precedente;
- c) Órgão interno do tribunal emissor;
- d) Votação por maioria ou unanimidade;
- e) Modificação da composição da corte emissora.

2) Materiais

a. Coerência

- i. Coerência paradigmática ampla;
- ii. Existência ou não de desafio ao precedente;
- iii. Semelhança hermenêutica das questões suscitadas;
- iv. Guinada jurisprudencial e efeito *ex nunc*;
- v. Observância a precedentes não judiciais;
- vi. Modificação do plano legislativo ou constitucional;
- vii. Modificação ou manutenção do quadro político e social geral;
- viii. Apoio ou desafio acadêmico.

b. Justificação

- i. Fundamentação adequada e detida;
- ii. Grau qualitativo e quantitativo de análise das questões de fato e de Direito envolvidas;
- iii. O ramo do Direito envolvido;
- iv. Idade do precedente.

Destaque-se o fato de que esses elementos são propostos dentro do paradigma sistemático constituído sob a infraestrutura da Hermenêutica Filosófica com o direito como integridade e a ideologia sistêmica das estruturas profundas. Eles não possuem peso fixo, predeterminado e condicionante. Eles são elementos a serem operados em uma lógica dialética, argumentada, em que se as expõe com clareza, sem a subtração das premissas escondidas em pressupostos não relevados de um silogismo formal.

Assim, para justificar que um precedente pode solucionar um caso posterior, deve o julgador, magistrado ou operador do Direito bem se debruçar sobre esses elementos, detalhando-os concretamente, com informações bem definidas e ponderadas. Deve buscar como cada um deles atuou na situação passada e argumentar como podem servir para responder às novas indagações do jogo de-e-para do novo caso. Repita-se: isso lançará luzes sobre toda a fenomenologia jurídica do uso do precedente, evitando práticas reducionistas que corroboram posturas autoritárias baseadas unicamente na hierarquia.

5 CONCLUSÃO

Os precedentes e as súmulas no Direito brasileiro vêm sendo utilizados dentro de um silogismo judicial em que constam como premissas maiores gerais e abstratas, como se fossem normas legislativas. Isso impede a efetivamente contribuição que eles podem dar na mediação entre lei e realidade social.

É necessário que se incorporem as contribuições da Hermenêutica Filosófica e do Direito como Integridade de Dworkin para, então, desenvolver-se uma teoria do precedente no direito brasileiro, sobretudo no direito constitucional. Somente dessa maneira os precedentes e as súmulas poderão realizar sua real contribuição ao Direito: permitir uma abertura das prescrições constitucionais e legislativas às circunstâncias concretas que escapam às situações padrões e *standards* possíveis de serem consideradas no trabalho legislativo, permitindo, por esse motivo, um ganho hermenêutico mediante a obtenção de sentidos (normas) mais adequadas à realidade social. Será esse ganho hermenêutico que poderá ser utilizado em situações futuras.

Isso abre espaço para um uso posterior de uma lógica dialética e argumentada, pela qual se debruce sobre os mais variados elementos que servem para moldar a resposta a ser ofertada.

REFERÊNCIAS

- BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DAVID, Renè. In: BRANDÃO, Eduardo (Trad.). **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- GADAMER, Hans-Georg. In: MEURER, Flávio Paulo (Trad.). **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HNSFORD, Thomas G; SPRIGGS II, James F. **The politics of precedent on the U.S. Supreme Court**. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MESSITTE, Peter J. A Administração da justiça federal nos Estados Unidos da América. **REPRO**: revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29 fas.117, set./out. 2004, p. 210-219.

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

SORIANO, Leonor Mora. **El precedente judicial**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de um “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciência Criminais** 2009, - RBCRIM nº 78.

_____. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: livraria do Advogado, 2010.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Editoriale Scientifica, 2007.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common Law. **Revista dos Tribunais**, a. 99, n. 893, mar. 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1992.

-
- 1 Comumente essa tradição é conhecida sob a irrestrita denominação de *civil law*. Contudo, a divisão entre *civil law* e *common law* vem recebendo crescente crítica, por buscarem uma contraposição que cada vez mais se apresenta artificial. Autores como Michele Tarufo (TARUFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Editoriale Scientifica, 2007) duvidam mesmo da validade dessa distinção, sobretudo porque tradições jurídicas díspares são postas sob a mesma classificação. O direito inglês, por exemplo, é, como lecionada René David, o direito aplicado na “Inglaterra e no País de Gales. Não é o direito dos países de língua inglesa ou de *Commonwealth* nem o do Reino Unido ou da Grã-Bretanha. Os direitos de *Commonwealth* à vezes são próximos do direito inglês, mas, em outros casos, podem ser bastante diferentes. O direito da Irlanda do norte e o da ilha de Man são bastante próximos do direito inglês, mas o da Escócia é muito diverso, como também o é o das ilhas ango-normandas” (DAVID, René. In: BRANDÃO, Eduardo (Trad.). **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. VII). É um direito substancialmente distinto do estadunidense e australiana, mesmo que compartilhem origem e inspirações históricas comuns. Similarmente ocorre com a França (apegada ao normativismo, fruto das grandes codificações do século XIX que exaltam a figura do legislador democrático e racional) e a Alemanha (fortemente influenciada por seus juristas voltados a adaptação do Direito Romano às exigência próprias de sua localidade).
 - 2 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28-29.
 - 3 BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 74.

- 4 “Dos três poderes que nós falamos, aquele de julgar é de qualquer modo nulo”.
- 5 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 10-11.
- 6 Conforme ensina Neil Duxbury (DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008), a ideia de observância de julgados anteriores só se molda mais claramente no século XIX, como uma doutrina surgida, desenvolvida pelo próprio Judiciário, sem qualquer obrigação imposta por lei ou outro diploma normativo que expressamente submetta qualquer juiz a julgados próprios ou superiores. Esta é uma firme distinção para a realidade que ora vem se apresentando no Brasil, que está sendo pródigo em produzir prescrições, tanto constitucionais quanto legislativas, para submeter os juízes, sobretudo dos graus iniciais, aos humores dos tribunais superiores. Tal sorte de normatização é impensável na Inglaterra e nos EUA, tanto que autores como Michael Gerhardt (GERHARDT, Michael. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008) chegam a vaticinar que eventual lei nesse sentido seria inconstitucional por violação da separação dos poderes, pois não poderia o Legislativo determinar como o Judiciário iria tomar seus próprios precedente.
- 7 Nesse sentido, explica Peter J. Messitte (*A Administração da justiça federal nos Estados Unidos da América*. **REPRO**: revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, fas.117, set./out. 2004. p. 210-219.): “Comparativamente, aliás, é correto afirmar que grande parte do Direito norte-americano, na verdade a maior parte, é composta de leis ordinárias, ou seja, leis oriundas do Poder Legislativo. Nós temos também muitos códigos tanto no sistema federal quanto nos estaduais. No sistema federal, por exemplo, temos o Código de Direito Tributário e, nos estaduais, temos os códigos criminais e comerciais, apenas para citar alguns. Além disso, é importante frisar que, no sistema norte-americano, as leis têm precedência sobre os precedentes jurisprudenciais. À exceção dos casos constitucionais, as leis posteriores sempre têm o condão de alterar os precedentes. Por último, é válido lembrar que o dever precípua dos magistrados americanos é exatamente o mesmo de seus pares brasileiros, qual seja, o de decidir casos concretos”.
- 8 RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- 9 *Ibid.*, p. 47.
- 10 MELLO, *op.cit.*, p. 118-119.
- 11 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common Law*. **Revista dos Tribunais**, a. 99, n. 893, mar. 2010.
- 12 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 209.
- 13 *Ibid.*, p.387.
- 14 *Ibid.*., p. 95
- 15 DUXBURY, *op.cit.*, p. 5.
- 16 STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasiliis*: necessitamos de um “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciência Criminais** 2009, - RBCRIM n. 78.
- 17 EDcl nos EDcl no REsp 949.452/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008, DJe 06/10/2008.
- 18 EDcl no AgRg no Ag 958.971/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quarta Turma, julgado em 18/03/2010, DJe 29/03/2010.
- 19 ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1992, p. 181.
- 20 *Ibid.*, p. 190.
- 21 GADAMER, Hans-Georg. In: MEURER, Flávio (Trad.). **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 79.
- 22 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 73.
- 23 DWORIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 174-175.
- 24 *Ibid.*, p. 176.
- 25 *Ibid.*, p. 177.
- 26 DUXBURY, *op.cit.*, p. 61-62.
- 27 A respeito de crítica nesse específico ponto: STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasiliis*: necessitamos de um “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciência Criminais** 2009, - RBCRIM n. 78.
- 28 GADAMER, *op.cit.*, p. 14.
- 29 *Ibid.*, p. 23-24.
- 30 HANSFORD, Thomas G; SPRIGGS II, James F. **The politics of precedent on the U.S. Supreme Court**. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 110.

PRECEDENT AND NORM: ARE JUDICIAL PRECEDENTS USED THE SAME WAY AS LEGISLATIVE NORMS?

ABSTRACT

This paper investigates the most common practices and theories of Brazilian law regarding judicial precedents to demonstrate that, despite invoking a new role of jurisdiction given by neoconstitutionalism, late conceptions of the positivist normative are re-edited and even exegetical, equating the use of judicial precedents to a legislative norm. It will be proposed that the current point of legal development requires the use of precedents free of positivist moorings, which create an authoritarianism of the judicial elite, by hermeneutically evaluating its strength and efficiency for problem-solving. It will be suggested that the formal logic of syllogism must be replaced by the use according to a dialectical logic.

Keywords: Judicial Precedents. Neoconstitutionalism. Hermeneutics.