



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIELA ROSA LOPES

**JUÍZO HERMENÊUTICO NA APLICAÇÃO DE
PRECEDENTES JUDICIAIS PELA SISTEMÁTICA DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

**BRASÍLIA - DF
2018**

GABRIELA ROSA LOPES

**JUÍZO HERMENÊUTICO NA APLICAÇÃO DE
PRECEDENTES JUDICIAIS PELA SISTEMÁTICA DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília - UnB, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão

**BRASÍLIA - DF
2018**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Monografia de Graduação de autoria de Gabriela Rosa Lopes, intitulada “Juízo Hermenêutico na Aplicação de Precedentes Judiciais pela Sistemática do Código De Processo Civil De 2015”, apresentado como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, em 4 de julho de 2018.

Professor Doutor Jorge Octávio Lavocat Galvão
Orientador
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD-UnB

Professora Doutor André Macedo de Oliveira
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD- UnB

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD-UnB

Mestra Débora Jacintho de Faria
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD-UnB

A minha mãe e irmã, grandes exemplos de mulheres.

AGRADECIMENTOS

O desafio e aventura desta jornada que foi a graduação em direito pela Universidade de Brasília e a produção desta monografia são fruto de diversas contribuições de algumas pessoas especiais, seja em forma de paciência, cuidado, orientação e investimento. Agradeço, em primeiro lugar, à Deus, a quem dediquei cada dificuldade superada e ofereci as noites insones necessárias, bem como à *advocatta nostra*, Maria, símbolo de fortaleza que escolhi me inspirar.

Agradeço à minha mãe, quem me ensinou o valor inestimável do esforço e da educação, e se manteve ao meu lado incondicionalmente, à despeito de todas as dificuldades que a vida vez ou outra nos colocou. Agradeço também à minha irmã, pelo sempre gentil apoio e cumplicidade e constante exemplo de dedicação. Fui presenteada com uma vida repleta de mulheres fortes, mas não esqueço de meu pai, cuja sensibilidade e estímulo sempre me fortaleceram, o senhor me incentivava a amar a leitura e graças a isto pude crescer.

É, certamente, impreterível agradecer aos orientadores que a carreira me deu, a querida chefe Dra. Ana Clarissa Masuko, que me aconselhou muito sobre a vida e sobre o direito, e ao Alexandre Andrade, um homem de grande sabedoria e ótimas histórias. Agradeço ao professor Jorge Octávio Galvão, primeiramente por aceitar me orientar neste trabalho e pelas várias lições oferecidas no processo e à professora Daniela Moraes, que me acompanha no programa de iniciação científica e me recebeu no Grupo de Estudos de Processo Civil, sempre com muita paciência e amabilidade. Agradeço à senhora, ao professor Menelick de Carvalho Netto e ao professor André Macedo por muito me ensinarem e por aceitarem fazer parte da banca avaliadora deste trabalho.

Devo agradecer aos meus queridos amigos, a professora Débora Jacintho, minha grande amiga, revisora, por ti nutro uma gratidão e carinho imenso. Agradeço ao Thiago Gardin, pela paciência inesgotável, pelas horas que me acompanhou discutindo e até desenhando hermenêutica, por conhecer sabiamente os momentos certos para um sorriso, que para muitos problemas já era suficiente, pela parceria. Aos achados inestimáveis que a Universidade me deu, ao Havi, a quem eu sou tão grata pela amizade, ao Iago, que ajudou a deixar este estudo é um formato tão belo, e ao Davi, amigos que sempre contribuíram para meu desenvolvimento pessoal e profissional.

Por fim, mas certamente não menos importante, agradeço aos queridos companheiros do Círculo Humanista que me fornecem doses semanais de cultura e provocações intelectuais e à equipe jurídica da Internationali Negotia, espaço onde me apaixonei pela pesquisa e escrita acadêmica e ao ensino do direito e cidadania.

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 tem, entre seus propósitos, a estabilização da jurisprudência, para tanto, o diploma legal introduziu a formalização da obrigatoriedade da aplicação dos precedentes judiciais aos casos concretos similares. O objetivo do presente trabalho é investigar a formação do juízo hermenêutico do magistrado que atua na condição de aplicador de decisão paradigma incluídas no rol taxativo do artigo 927 do CPC. Para tal estudo, serão analisados os aportes teóricos acerca da hermenêutica filosófica e jurídica de Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin, de forma a compreender os diferentes aspectos presentes no processo interpretativo de uma expressão textual. Para a elucidação dos dispositivos processuais, será realizado um estudo de fontes primárias diretamente ao texto da Lei nº 13.105, de 2015, que instituiu o diploma processual em questão, somado à exposição de motivos redigida pela comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do código no Congresso Nacional. A análise será realizada com o amparo dos estudos de doutrinadores em processo civil brasileiro sobre a temática de precedentes judiciais, notadamente, Luiz Guilherme Marinoni (2018), Lucas Buril de Macêdo (2016) e Daniel Mitidiero (2016).

Palavras-chave: Precedentes Obrigatórios, Código de Processo Civil, Jurisprudência, Hermenêutica, Interpretação, Ronald Dworkin, Hans Gadamer.

ABSTRACT

The Code of Civil Procedure of 2015 has, among its purposes, the stabilization of jurisprudence, to do so, the legal instrument has introduced the formalization of mandatory application of judicial precedents to similar cases. The objective of the present work is to investigate the formation of the hermeneutical judgment of the judge who acts as the applicator of precedents included in the exhaustive list of the article 927 of the CPC. For this study, the theoretical contributions on the philosophical and legal hermeneutics of Hans-Georg Gadamer and Ronald Dworkin will be analyzed, in order to understand the different aspects presents in the interpretative process of a textual expression. For the elucidation of procedural provisions, a study of primary sources will be carried out directly to the text of Law 13,105, of 2015, in addition to the explanatory statement drafted by the commission of jurists responsible for the elaboration of the draft code in the National Congress, an analysis that will be carried out with the framework of the studies of Brazilian civil processors on the subject of judicial precedents, notably Luiz Guilherme Marinoni (2018), Lucas Buril de Macêdo (2016) and Daniel Mitidiero (2016).

Keywords: Binding Precedents, Code of Civil Procedure, Jurisprudence, Hermeneutics, Interpretation, Ronald Dworkin, Hans Gadamer.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	4
1.1 A hermenêutica filosófica de Gadamer: a interpretação dotada de pré-concepções	5
1.1.1 A positivação das pré-concepções	8
1.1.2 Apontamentos sobre a hermenêutica jurídica.....	11
1.2 As lições de Dworkin sobre a hermenêutica jurídica	14
1.2.1 A alegoria do Juiz Hércules	22
CAPÍTULO II: NATUREZA JURÍDICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	24
2.1 Elementos do Precedente.....	26
2.2 Stare Decisis e a Vinculação e Persuasão dos precedentes	29
2.3 Hipóteses de não aplicação de precedentes – <i>distinguishing</i> e <i>overruling</i>	32
2.4 Os precedentes no Novo Código de Processo Civil de 2015	34
CAPÍTULO III: O PROCESSO INTERPRETATIVO NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES.....	40
3.1 Convergência entre aplicação e interpretação do precedente pelo juiz	41
3.2 Verificação dos fatos e <i>distinguishing</i> como procedimento interpretativo do precedente .	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

A tutela jurisdicional enfrenta, tradicionalmente, o desafio de, ao mesmo tempo, atender em tempo razoável às numerosas demandas processuais que lhe surgem no cotidiano e assegurar as garantias decorrentes do princípio da segurança jurídica e isonomia perante o direito, com eficiência e técnica processual adequada. Nesta demanda, diversas dificuldades se apresentam, como a ineficiência em dar vazão ao contingente processual, como a produção de decisões conflitantes entre magistrados, muitas vezes na mesma corte ou, ainda, a mudança de entendimento pelo próprio juiz sem sinalização ou fundamentação teórica.

Essas dificuldades submetem o Judiciário a duras críticas pelos litigantes, sejam advogados ou procuradores, bem como da doutrina e de seus próprios membros. Nesse sentido, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 foi elaborado com o objetivo de retomar o respeito a estes princípios e dotado de instrumentos que dinamizariam a solução de demandas no direito brasileiro. Para tanto, optou-se pela formalização de uma aproximação que já era percebida paulatinamente desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, em 2004, que atribuiu efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de inconstitucionalidade, ou seja, optou-se por uma aproximação com a tradição jurídica do *common law*, pela adoção da doutrina de precedentes obrigatórios (*binding precedents*).

Se, por um lado, a implementação de aspectos da doutrina do *stare decisis* motivou amplo interesse dos juristas acerca das cortes prolatoras de precedentes judiciais, por seu papel de uniformização da interpretação de normas infraconstitucionais e constitucionais, respectivamente, Cortes Superiores e Supremas (MITIDIERO, 2018). Por outro lado, tamanha expressividade de estudo não é encontrada quanto aos magistrados em instâncias inferiores, que ocupam a posição de aplicadores destes precedentes.

Em larga medida, os juízes de primeira instância são, ao mesmo tempo responsáveis pelas fragilidades da prestação jurisdicional, como sua assimilação das alterações promovidas pelo novo código condicionam o grau de sucesso dos dispositivos frente ao objetivo almejado. Assim, mostrou-se necessário estudar de que maneira se dá a aplicação destes precedentes expressamente introduzidos e regulados pelo código de processo civil de 2015. De mesmo modo se apresentou a questão sobre o processo hermenêutico que perpassam estes magistrados, haja vista o vasto estudo da hermenêutica jurídica brasileira acerca da interpretação das leis. Contudo, com a introdução da sistemática de precedentes judiciais, restou analisar não somente

como se dá sua aplicação, mas também sua interpretação pelos juízes e se há uma diferença entre as questões.

Em vista a este horizonte de questionamentos, o presente estudo buscou analisar, pelos aportes da hermenêutica pós-positivista de Hans Gadamer e Ronald Dworkin, se é possível falar em interpretação de precedentes judiciais na sistemática configurada pelo Código de Processo Civil de 2015 e de que forma se realiza este juízo hermenêutico pelo magistrado na tarefa de aplicar entendimentos pretéritos no caso concreto presente.

Para tanto, o presente trabalho será dividido em três capítulos, nos quais se buscará delinear os aspectos gerais da abordagem da Lei nº 13.105, de 2015, acerca da temática dos precedentes judiciais e seus instrumentos de vinculação, com enfoque mais detalhado acerca dos artigos que disciplinam a aplicação destas decisões no caso concreto. A análise do processo interpretativo do juiz tem como aporte teórico os ensinamentos sobre hermenêutica filosófica e jurídica de Hans Gadamer, em seu estudo sobre a “Verdade e Método” (2008), e Ronald Dworkin, a partir de sua produção na obra “Império do Direito” (2007). É imprescindível esclarecer, contudo, que o presente estudo tem o escopo de traçar tão somente linhas gerais sobre o processo interpretativo do juiz aplicado aos precedentes e não visa esgotar a temática, haja vista os múltiplos desdobramentos relativos à adoção de uma sistemática de vinculação de precedentes em ordenamento jurídico inserido na tradição do *civil law*.

Em suma, pretende-se, a partir de uma progressão de construção de conhecimento, introduzir as bases gerais do pensamento acerca da hermenêutica dos dois referenciais teóricos citados. Em seguida, apresentar os dispositivos do Código de Processo Civil relacionados ao reconhecimento de decisões paradigma e à motivação de decisões judiciais, perpassando pelas razões e propósitos determinantes para a realização do diploma processual, pelo estudo da exposição de motivos escrita pela comissão de juristas responsável por sua redação. Por fim, no último capítulo, será apresentada a relação entre os conhecimentos teóricos levantados e os instrumentos processuais inovadores.

Ressalva-se, ainda, que o estudo realizado acerca dos propósitos da Lei nº 13.105, de 2015, não visa promover detida análise sobre as intenções do legislador ou autor de texto a ser interpretado pelo juiz, mas trazer à pesquisa o *animus* contido na criação dos instrumentos de uniformização da jurisprudência para traçar a compreensão do cenário de dificuldades que a jurisdição brasileira tem enfrentado.

CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

O processo decisório do juiz consiste, antes de tudo, em um procedimento de interpretação de normas e aplicação consequente no caso concreto. Nesse sentido, o magistrado, seja em primeira instância ou em cortes colegiadas, realiza procedimento hermenêutico para que, apenas então, parta para a tomada de decisão.

Este procedimento é dito interpretativo haja vista que o magistrado incumbe-se da função de buscar extrair o sentido contido em uma expressão textual, seja escrita ou falada. Neste procedimento, o magistrado é o intérprete, enquanto a norma jurídica é seu objeto e pode-se dizer, ainda, que o legislador é o autor, na medida em que concebe, seja solitário ou em conjunto com demais legisladores, o texto em interpretação, a escolha de palavras e a intenção quanto aos efeitos a serem provocados, aqui não observada.

Para a lei, enquanto expressão textual de norma, encontram-se, em regra, os seguintes elementos: o juiz (intérprete), a norma jurídica (objeto) e o legislador (autor). O presente estudo busca conhecer, a partir dos apontamentos da hermenêutica jurídica e filosófica de Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer, o próprio procedimento interpretativo e analisa, em ocasião doravante, como estrutura semelhante é montada para a interpretação do precedente judicial, de tal sorte que a função de intérprete permanece com o magistrado, mas o objeto seria o precedente e o autor, a corte que o emitiu.

A norma jurídica, dotada de texto, conteúdo, axiomas e de estrutura lógica, é plenamente compreendida como um objeto pertinente para a utilização dos conhecimentos sobre interpretação. Tanto é verdadeira esta afirmação que a própria hermenêutica, enquanto método persecutório do sentido exposto textualmente, surge pelas observações de textos jurídicos, bem como de textos antigos e teológicos.

Hans Gadamer (2008) propõe, a partir de seus estudos teóricos à luz do conhecimento do ser e do homem influenciados por Heidegger, a criação da hermenêutica filosófica, que afasta o entendimento de hermenêutica como método, por ele intitulada hermenêutica clássica, que buscava a aproximação cognitiva entre o intérprete e o autor, e a entende como uma ciência que busca explorar “as condições sob as quais surge compreensão” (GADAMER, 2008, p. 391).

Em sua teoria, Gadamer (2008) apresenta a hermenêutica como o acontecer e o compreender da linguagem e, neste diapasão, inclui o valor positivo das pré-concepções, de forma que o intérprete articula conceitos pré-estabelecidos – ou também pré-juízos – para realizar a compreensão. Nesse sentido, Gadamer (2008) coloca que o intérprete busca projetar

um sentido no objeto sob observação, a partir de conceitos que ele já tem compreendidos, o que Heidegger chama de círculo hermenêutico (GADAMER, 2008, p. 356).

A proposta de Gadamer (2008) sobre a presença de pré-juízos e pré-concepções no processo de compreensão, aliada às ideias de Dworkin (2007) sobre o convencimento do juiz-intérprete e suas limitações, conferem base teórica para analisar o processo decisório do juiz face à aplicação obrigatória de precedentes, ampliada segundo as bases do Código de Processo Civil de 2015.

A sintonia entre as ideias de Dworkin (2007) e Gadamer (2008) auxiliam o presente estudo, na medida em que o pensamento do primeiro apresenta a ideia de direito como integridade, exposto a partir do “gênero literário artificial” chamado “romance em cadeia” (DWORKIN, 2007, p. 275), em que cada romancista deve escrever um novo capítulo para a completude da obra. Metaforicamente, o juiz atua como autor, na medida em que agrega acréscimos a norma ou tradição que interpreta, e como crítico, na medida que avalia e constata se o sentido contido na norma é condizente com a realidade.

Enquanto isso, Gadamer (2008) se debruça sobre o fenômeno da compreensão, como manifestação do ser no mundo através da linguagem e estuda profundamente o processo de captação do sentido da expressão textual pelo intérprete em uma dinâmica cíclica de adequação das pré-concepções decorrentes da tradição. Ambos os autores observam a hermenêutica enquanto processo interpretativo integrativo de conhecimentos pretéritos e percebem o intérprete em uma posição ativa, mas não isolada de seu objeto. Nesse sentido, a maneira como Dworkin (2007) compreende o agir interpretativo dos juízes comporta e se encaixa ao que entende a hermenêutica filosófica de Gadamer (2008).

2.1 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER: A INTERPRETAÇÃO DOTADA DE PRÉ-CONCEPÇÕES

O pensamento de Gadamer representa um marco conhecido como “giro ontológico-linguístico” (STRECK, 2018, p. 14), que compreende a hermenêutica como campo de estudo filosófico, pelo primado da linguagem. A preocupação de Gadamer (2008) não buscava a criação de uma metodologia para interpretação de textos, a partir de um sistema de regras, como se utiliza a hermenêutica clássica. Ao contrário, a questão que se coloca é sobre a possibilidade de compreender e como se dá este fenômeno. A partir da teoria desenvolvida por Heidegger do ser enquanto existência temporal-histórica, a compreensão designa a própria manifestação do ser no mundo, na sua “finitude e historicidade” (GADAMER, 2008, p. 16).

Para tanto, inexoravelmente, Gadamer (2008) se distancia do sentido atribuído à hermenêutica enquanto interpretação de um objeto textual realizada por um sujeito, haja vista que a questão se trata de compreender algo que é parte da história daquele mesmo ser que o interpreta, o que o filósofo irá chamar de história efetual. (GADAMER, 2008, p. 18). E, como efeito deste processo, foi afastada a preocupação com a subjetividade do intérprete, estudo detidamente realizado pelos hermenêutas mais tradicionais, como o próprio Scheleimacher, ou com a objetividade do texto, à exemplo de Carlos Maximiliano, na realidade brasileira.

Essa dinâmica interpretativa reconhecida por Gadamer (2008) demonstra que o homem utiliza determinados conhecimentos prévios para se comunicar com os demais e utilizar os termos e categorias adequadas para a transmissão de uma mensagem. Nesse sentido, para que exista o fenômeno da compreensão, mostra-se necessário um corpo semântico partilhado. A inovação que este autor propõe está no resgate ao papel que a tradição desempenha na hermenêutica, garantindo a transmissão dos diferentes sentidos atribuídos aos termos no tempo.

O estudo do pensamento deste filósofo alemão requer uma divisão em partes, em primeiro lugar, no que consiste esta manifestação do ser no mundo a partir da compreensão; e, em segundo, o esclarecimento desta pré-hermenêutica, por “conhecimentos prévios” ou ainda, “pré-concepções”, que melhor se aproxima do escopo deste trabalho, haja vista que a teoria de Gadamer (2008) acerca das pré-concepções presentes na interpretação são compatíveis com o juízo hermenêutico praticado pelos aplicadores do direito.

A hermenêutica, em primeiro lugar, deve ser corretamente posicionada como a arte de compreender, que estende-se à dinâmica da interpretação textual, uma vez que “compreender e interpretar são uma e a mesma coisa” (GADAMER, 2008, p. 503). Como Gadamer (2008) entende o problema da compreensão em uma perspectiva ontológica, aqui retrata-se a hermenêutica como a teoria da experiência real, de forma que se trata do estudo de como se dá o fenômeno da compreensão, vetor de experiência do ser no mundo.

Para expor a hermenêutica, o filósofo utiliza-se de uma analogia de um “jogo”, como atividade cuja importância está no ato em si, não naqueles que a realizam (os jogadores), tampouco os criadores do jogo. Desse modo, o jogo apenas ocorre pelo engajamento daqueles que o jogam e pela aceitação e transmissão das regras no tempo.

Nesse sentido, é assim que ocorre a compreensão, um fenômeno que não poderia ser estudado com extenso enfoque naquele que busca compreender (sujeito-intérprete) ou em quem produz a expressão textual (sujeito-autor) que se busca compreender, mas pela atividade em si. Pela metáfora, seria o mesmo que ignorar que os jogadores apenas assumem esta posição em função do jogo e que, dissociados deste, sua natureza é completamente distinta.

A partir desta analogia, o autor busca introduzir sua crítica à prática de se observar o fenômeno da interpretação como uma dicotomia entre sujeito e objeto, em que o sujeito remete-se tanto ao autor como ao intérprete, e o objeto, ao texto ou lei que se busca interpretar. O rompimento com esta dicotomia busca afastar detidas investigações sobre o autor na produção do texto, sua intenção ou até circunstâncias de vida, como pressupunha o método divinatório de Schleiermacher (2008), e a errônea preocupação com a finalidade para a qual o intérprete se debruça a conhecer seu objeto.

Ambas perspectivas pressupõem uma completa cisão entre o sujeito (intérprete ou autor) e o objeto. Contudo, para Gadamer (2008), tanto o objeto de compreensão, como o sujeito que busca compreender estão presentes no mundo, imersos na mesma tradição, partilhando da mesma linguagem, de modo que, impossibilitados de se dissociarem das pré-concepções que lhes influenciam, são também impossíveis de serem dissociados. Nesta acepção, o intérprete é parte do mundo tanto quanto o texto que busca compreender, e o ato da compreensão apenas se faz observando a tradição que ambos partilham.

Aplicado ao contexto jurídico, entende-se que estes modelos clássicos, que consideravam os textos jurídicos e os fatos sociais objetos contemplados pelo operador do direito (intérprete), são, então, substituídos por uma visão em que o intérprete sempre esteve inserido na linguagem, assim como estes textos e fenômenos sociais. Nesta inserção comum, o intérprete constrói íntima relação entre a história e tradição decorrentes da linguagem e somente por estes elementos que, segundo Streck (2018, p. 18), é possível que o intérprete pratique a hermenêutica, a partir destas pré-concepções apresentadas por Gadamer.

Assim, a hermenêutica se torna uma “olhar para dentro”, em que o sujeito observa o objeto e pratica a autocompreensão, de modo que autor, intérprete e texto existem enquanto estruturas interligadas e indissociáveis de suas influências históricas. Neste contexto, a interpretação decorre de como o ser assimila a experiência de mundo ou, ainda, sua “visão de mundo”, composta pela semântica prévia que este ser dá aos conceitos que já formulou (pré-concepções)¹.

Quando o jurista interpreta, ele não se coloca diante do objeto, separado deste por “esta terceira coisa” que é a linguagem; *na verdade, ele está desde sempre jogado na linguisticidade deste mundo* do qual ao mesmo tempo fazem parte ele (sujeito) e o objeto (o Direito, os textos jurídicos, as normas etc.). (STRECK, 2018, p. 19 – grifos originais)

¹ Especialmente na conclusão deste primeiro raciocínio, salienta-se que Gadamer (2008) refuta a proposição de um modelo interpretativo ideal e de própria autoria, reservando sua preocupação para a elucidação de como ocorre a compreensão e não como ela deveria ocorrer, como um juízo investigativo de um fenômeno.

A conclusão que Gadamer (2008) atinge é que a hermenêutica não se dá a partir de uma folha em branco na mente do intérprete, refutando um possível “partir do início” na compreensão sobre determinado assunto ou obra. O que se entende é que existe uma fase pré-hermenêutica, onde determinada semântica já está delineada para um corpo de conceitos, partilhados pela linguagem, na cultura, peculiares à visão de mundo do ser-intérprete.

A historicidade da compreensão é o ponto de partida de Gadamer (2008), que busca conhecer as contribuições da hermenêutica a esta estrutura do ser-no-mundo². Para isso, o filósofo se utiliza do conceito de círculo hermenêutico de Heidegger, segundo o qual o processo de interpretação compreensiva se dá pela tarefa inicial, final e constante de interpretação da coisa em si, ou seja, o objeto, em um movimento comparativo das impressões por ele promovidas e as projeções prévias do intérprete.

Isso porque o processo de compreensão é uma constante projeção de concepções, em um círculo que sucessivamente se alternam conceitos prévios por outros mais adequados. A verificação da adequação das opiniões prévias é realizada pela observação da própria coisa em si, sob o exame da legitimação destas concepções prévias, quanto à origem e validade. Este exame busca evitar opiniões arbitrárias e inadequadas, empecilhos ao alcance da compreensão.

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. (GADAMER, 2008, p. 358)

Esta preocupação em realizar a verificação das opiniões prévias com a coisa em si não significa que o intérprete em processo de compreensão adequada irá ignorar suas opiniões e buscar a neutralidade para interpretar algo verdadeiramente. Pelo contrário, para Gadamer (2008), a compreensão demanda uma apropriação das opiniões prévias e pré-concepções pessoais. A apropriação significa uma tomada de consciência destas opiniões e pré-concepções para que seja possível a verificação destes com a coisa em si, detidamente, até que se alcance a verdadeira compreensão.

1.1.1 A positivação das pré-concepções

² O termo é grafado originalmente como *Dasein*, traduzido pelo exemplar utilizado como “pre-sença”. Contudo, optou-se pela utilização da expressão “ser-no-mundo” como tradução mais aproximada ao sentido proposto, haja vista que a expressão “pre-sença” implica na compreensão de que *Dasein* é a mera presença no mundo, quando em verdade a ideia é mais complexa, denotando a existência no mundo, dotado de temporalidade e finitude, um ser que existe. O exemplar em inglês (GADAMER, 2004, p. 251) optou por não traduzir o termo e apresentá-lo como *Dasein*.

Gadamer (2008) define a pré-concepção como qualquer juízo formado antes de um exame definitivo, categoria relevante haja vista que, em sua visão, toda compreensão tem um caráter eminentemente preconceituoso. Ressalta-se, contudo, que o filósofo atribui uma dimensão positiva às pré-concepções e critica a aceção negativa a este conferida pelo Iluminismo (*Aufklärung*). Segundo o autor, a definição de pré-concepção comporta tanto uma valoração negativa como positiva, portanto, a consideração de que pré-concepções se tratam necessariamente de falsos juízos é imprecisa, sendo mais acertada o entendimento mais corrente alemão como “juízo não fundamentado” (STRAUSS apud GADAMER, 2008, p. 361).

Por este raciocínio, é atribuída ao Iluminismo a rejeição das pré-concepções, que teria rechaçado estes juízos como inválidos, movida pelo racionalismo da época, pois entendia-se que a ausência de fundamentação que obstaría a apresentação de uma motivação racional para que existam. Segundo Gadamer (2008), a concepção de compreensão promovida no Iluminismo afasta as contribuições de quaisquer autoridades, supervalorizando o próprio entendimento, alcançado apenas pelo minucioso crivo de credibilidade e investigação histórica produzido pela razão, negando, portanto, a tradição.

O autor apresenta a concepção de que os conceitos de autoridade e tradição foram erroneamente definidos no Iluminismo como meras oposições à liberdade e à razão, isto porque incitariam a crença obediente e irrefletida. No entanto, Gadamer (2008) compreende que o cerne da autoridade não está na obediência, de modo que esta seria apenas uma consequência.

Em verdade, a essência da autoridade estaria no conhecimento, haja vista a posição de superioridade decorrer da observação de que determinado indivíduo possui conhecimento ou experiência em grau superior aos demais indivíduos. Nesse sentido, entende o filósofo que a crítica a utilizar a razão de uma autoridade ao invés de utilizar a própria é inadequada se compreende-se que acatar o raciocínio daquele que detém maior conhecimento é, na verdade, fazer melhor uso da própria razão.

A tradição, por sua vez, é observada pelo pensamento iluminista como um entrave à correta utilização da razão e Gadamer (2008) se opõe a este pensamento na medida em que entende que a tradição é elemento que compõe e forma o ser no mundo. Isto porque o ser ontologicamente existe no mundo de forma temporal, finita e histórica, relacionando-se com o presente e o passado através da experiência provocada pela linguagem. Nesse sentido, entende-se a tradição como todo o conhecimento histórico produzido, as experiências de mundo já ocorridas e as próprias pré-concepções.

Gadamer (2008) apresenta, em defesa da positividade das pré-concepções, os conhecimentos oriundos da retórica e também defendidos pela hermenêutica clássica da

necessidade de entender o conjunto (o todo) do sentido pelo individual (partes) e vice-versa. Essa reflexão exorta a ideia de que, tal qual as partes são explicadas pela harmonia e complexidade do todo, também as partes dão sentido e determinam o todo.

A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendidos em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou. (GADAMER, 2008, p. 386).

O filósofo entende que a preocupação da relação entre todo e parte é uma estrutura circular, que se alinha à estrutura promovida por Heidegger, também circular, ao descrever a compreensão como um movimento que passa e retorna pelos sentidos do objeto sob interpretação, em que o cerne da arte de compreender está na tensão de contínua formação entre o intérprete e a tradição.

A partir do círculo hermenêutico que Heidegger desenha, Gadamer (2008) demonstra que a compreensão se dá pelo processo de acessar a tradição a qual pertence o intérprete, que é sua relação com o passado e com todas aquelas concepções prévias a si mesmo presentes na consciência histórica, as próprias pré-concepções do intérprete, decorrentes de sua experiência e visão de mundo – influenciados pela tradição – e o próprio texto, conversa ou lei, que se busca compreender.

Com base no pensamento do autor, a consciência histórica é o substrato que permite que se compartilhe a semântica dos termos através do tempo, de modo que o acesso ao sentido das coisas no mundo – seja aqueles reconhecidos atualmente ou superados em momento passado – ocorre pela unidade desta consciência, a coletânea complexa que forma a tradição. Ocorre que o ser-intérprete existe e experencia o mundo a partir das semânticas que retira da consciência histórica e que conhece por meio da linguagem e essa consciência é formada por diversas concepções diferentes que influenciam a visão de mundo do ser, formando uma pré-compreensão.

A fase da pré-compreensão se trata da dimensão com o passado que o ser enfrenta, sua dimensão com o presente, por outro lado, está na existência atual do ser no mundo, acrescido às pré-concepções que formula a partir de suas experiências. Toda esta informação se apresenta no momento da interpretação e atua como pré-compreensões à sua maneira. O objeto sob interpretação, por sua vez, também faz parte da tradição. O processo de compreender para Gadamer (2008) é, então, um movimento de diálogo do ser com as experiências do passado, do presente e a consciência do futuro.

A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sob a qual sempre já nos encontramos, mas nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o a partir de nós próprios. (GADAMER, 2008, p. 388-389)

Este movimento tem como condição de realização a observação das pré-concepções, que são o canal de conhecimento da tradição e as lentes pelas quais o ser observa e conhece o mundo. Contudo, o filósofo alemão não exorta que a interpretação se faça a partir de juízos prévios arbitrários e ausentes de verificação. Em um primeiro lugar, como já demonstrado, Gadamer (2008) se ocupa de esclarecer que as pré-concepções não são, necessariamente, juízos falsos, como implicaria o pensamento iluminista. Em um segundo momento, o autor pontua a demanda pela verificação das pré-concepções.

O que se coloca, de fato, é uma positivação das pré-concepções porque são estes o acesso que o ser possui à tradição. Contudo, pela descrição do conceito de círculo hermenêutico que Heidegger propõe, entende-se que a hermenêutica está justamente na verificação da semântica pertinente ao objeto de interpretação. Assim, não é suficiente que se projete os juízos prévios sobre o objeto, mas que se verifique, entre os sentidos historicamente atribuídos, o que o texto realmente propõe sobre a melhor ótica possível.

Dessa forma, frise-se que a teoria de Gadamer (2008) delinea um conceito de hermenêutica filosófica, que busca esclarecer as condições para que ocorra a compreensão, o que se diferencia da hermenêutica como a descrição de um método para interpretar o sentido proposto em um texto ou em uma fala. O autor, contudo, não descarta a importância de métodos no processo interpretativo, especialmente pela demanda em identificar pré-concepções produtivas e legítimas das demais pré-concepções que possam afastar o intérprete de alcançar a verdade do que está contido no texto e provocar “mal-entendidos”, que se trata do processo de verificação.

1.1.2 Apontamentos sobre a hermenêutica jurídica

A hermenêutica proposta por Gadamer (2008) funde compreensão, interpretação e aplicação do texto pelo intérprete. A indissociabilidade da interpretação e da compreensão está na presença inerente das pré-concepções na atribuição de sentido ao texto, que são ao mesmo modo filtros interpretativos e condições para a compreensão. A aplicação é unificada às demais categorias, dada a necessidade de um sentido coerente à situação do intérprete, de modo que a

leitura de um texto sofre os filtros do contexto e da razoabilidade de sentidos que a situação permite.

Para a visualização da unidade entre aplicação e compreensão da maneira mais adequada, a hermenêutica jurídica é eleita por Gadamer (2008) como exemplo, pois demanda a compreensão das pretensões do tipo de seu texto para compreendê-lo adequadamente, ou seja, enquadrá-lo corretamente em casos concretos de diferentes maneiras, de forma que compreender a lei e aplicá-la a um contexto jurídico específicos são partes do mesmo processo hermenêutico.

Tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. (GADAMER, 2008, p. 408)

Para melhor expor que a aplicação é parte da hermenêutica tanto quanto a compreensão e a aplicação, Gadamer (2008) observa que não há incompatibilidade na concepção do processo de pré-compreensão – a relação do ser com a tradição – e a hermenêutica jurídica, apesar de seu objetivo dogmático. Como hermenêutica jurídica, o autor refere-se ao exercício do jurista em captar o sentido de uma lei ou texto jurídico para solucionar um caso concreto.

Para esta finalidade, pressupõe-se o conhecimento não somente do sentido corrente da lei, mas de seu sentido originário, fundamento que embasa a conclusão de que o jurista opera uma compreensão histórico-jurídica. Dessa forma, Gadamer (2008) coloca em mesma posição o jurista prático e o historiador jurídico, isto porque, ainda que seja tarefa do segundo debruçar-se de modo contemplativo ao curso da história percorrida pelo conceito jurídico, cabe ao jurista prático realizar a mediação, no momento da compreensão entre a história e a atualidade, para que atinja a correta interpretação.

Cumprido esclarecer, contudo, que a busca ao sentido originário das normas não se trata de uma apuração extensiva sobre a intenção do autor – seja o parlamentar autor de uma lei ou o magistrado prolator de decisão paradigma –, significa considerar a natureza posicional da norma no tempo, dotada de mutabilidade, face às circunstâncias que podem ter acrescido novo conteúdo à norma em exame, diferente daquela idealizada à época de sua edição.

A hermenêutica jurídica está em condições de recordar em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito. Nela temos o modelo de relação entre passado e presente que estávamos procurando. Quando o juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significa conhecer e reconhecer um sentido vigente. (GADAMER, 2008, p. 430-431)

Nesse sentido, há uma inafastabilidade do jurista do valor constitutivo da tradição ao sentido das leis. Essa tensão entre o passado e o presente apresentada por Gadamer, em que a hermenêutica encontra-se justamente no “entremeio” (GADAMER, 2008, p. 391) da estranheza e da familiaridade com a tradição, está perfeitamente retratada na tarefa do juiz na investigação do sentido da norma, acessando as diversas concepções já existentes sobre o problema, no passado e nas suas próprias pré-concepções.

É importante esclarecer que o exercício interpretativo do operador do direito, a partir das pré-concepções decorrentes da tradição, imersa na linguagem que aquele faz parte, não implica em uma livre escolha interpretativa, tampouco o engessamento completo do magistrado. O que ocorre, realidade também ressaltada por Streck (2018, p. 19), é que mesmo após a mudança de perspectiva que Gadamer (2008) traz a hermenêutica jurídica, compreende-se inescusável ao magistrado observar a lei.

Ao contrário de um consentimento de Gadamer (2008) às decisões arbitrárias, seria apenas utilizando-se das pré-concepções como um meio de acesso a todas as concepções históricas de determinado problema que o juiz consegue exercer a tarefa interpretativa. Dessa forma, não se trata da eleição do sentido mais conveniente aos interesses do magistrado, mas de uma investigação acerca do sentido que melhor se encaixa a lei existente.

A decisão do juiz, que “intervém praticamente na vida”, pretende ser uma aplicação justa e não arbitrária das leis; deve pautar-se, portanto, em uma interpretação “correta” e isso implica necessariamente que a compreensão faça a mediação entre a história e a atualidade. (GADAMER, 2008, p. 19)

Ao contrário da fuga da lei, o que se propõe é a observância dos parâmetros contidos no texto legal e no precedente judicial da melhor ótica possível, o que para Gadamer (2008) – e doravante se demonstra no pensamento de Dworkin (2007) – significa o afastamento do subjetivismo ou discricionariedades. Entende-se, portanto, que a preocupação esboçada pela hermenêutica filosófica, bem como as correntes do direito que nela se inspiraram, está em interpretar o objeto em análise (a norma jurídica) não somente pela literalidade de suas palavras, mas em conjunto com todos os elementos que compõem a linguagem sobre este problema, ou seja, para o objeto jurídico consideram-se as diversas decisões prolatadas sobre demandas semelhantes, o entendimento e os valores da sociedade sobre o conteúdo daqueles verbetes e as próprias pré-concepções do intérprete.

Há, na verdade, uma busca pelo equilíbrio entre aquilo que diz a lei e aquilo que diz o mundo. Se, por um lado, é afastada a possibilidade de que se parta a interpretação do *grau zero de sentido*, por outro, afasta-se também a possibilidade do intérprete fechar-se nos limites de

suas pré-concepções. Considera-se, portanto, que o direito se mostra ao aplicador com autonomia semântica, política e lógica suficiente para lhe acrescentar informações além do que já concebia, pelos fatos presentes no caso concreto, que o inserem nas circunstâncias do mundo daqueles agentes no processo, todos estes elementos somados ao modo como o próprio intérprete compreende aqueles termos na decisão espelhada ou na lei de modo que, em conjunto, seja possível compreender o direito.

Gadamer (2008) enfatiza que a decisão judicial – instrumento de aplicação e, portanto, de compreensão de uma lei – se dá pela “ponderação justa do conjunto” (GADAMER, 2008, p. 433). É dizer que há a necessidade do conhecimento prévio do direito e de considerar a ordem jurídica como uma comunidade, em que se dá tanto o respeito à dogmática, como a própria hermenêutica e complementação do juiz.

A lei considerada, como um ser isolado, não existe como regra jurídica. Isolada em si mesma, a lei existe apenas como fórmula literal legislativa, sem conteúdo jurídico ou como simples fenômeno histórico. A lei não é um pássaro que o legislador solta abrindo as portas do Congresso. A lei tributária não é um falcão real que do punho do Executivo alça voo para ir à caça do ‘fato gerador’. A regra jurídica contida na lei (fórmula literal legislativa) é a resultante lógica de um complexo de ações e reações que se processam no sistema jurídico onde foi promulgada. A lei age sobre as demais leis do sistema, estas, por sua vez, reagem; a resultante lógica é a verdadeira regra jurídica da lei que provocou o impacto inicial. (BECKER apud BARROS, 2018, p.74)

Uma poderosa ferramenta que o intérprete e aplicador da norma jurídica dispõe é justamente o conhecimento produzido pela comunidade jurídica. Essa observação do conjunto é justamente a preocupação que Dworkin (2007) evoca na analogia ao romance em cadeia quando entende que o romancista, ao escrever seu capítulo, deve portar conformidade com a história pregressa e possibilitar um texto coerente ao próximo que virá escrever, pensamento exposto em seguida.

2.2 AS LIÇÕES DE DWORKIN SOBRE A HERMENÊUTICA JURÍDICA

O pensamento de Dworkin (2007) acerca da interpretação judicial é particularmente relevante para este estudo, haja vista que o ponto de partida do jurista para responder no que consiste o direito localiza-se justamente na maneira de decidir dos juízes, objeto desta análise. A preocupação deste autor inicia-se na instabilidade do convencimento dos magistrados, cenário em que um determinado argumento pode ser acatado por um juiz que o rejeitara outrora.

Dworkin coloca que três questões são suscitadas em todo processo judicial: as de fato, as de direito e aquelas “interligadas de moralidade política e fidelidade” (DWORKIN, 2007, p. 6). As questões de fato dizem respeito aos atos, omissões e circunstâncias presentes no caso

concreto; as de direito observam a estrutura lógico-jurídica da norma, que propõe a hipótese de incidência e sua consequência, onde observa-se o quadro de proibições, permissões ou autorizações conferidas pelo legislador. A moralidade política e a fidelidade são expostas como elementos resultantes da observação subjetiva do magistrado e sua consideração sobre os conceitos politicamente estruturados do desfecho justo ao processo e a consequente avaliação da fidelidade do juiz com as leis para aplicá-las.

O jurista norte-americano volta-se, então, à questão de direito em razão da ausência de complexidade nas divergências de fato e do raro questionamento, por parte dos juízes que Dworkin (2007) observa, sobre respeitar ou não o direito. Para a questão de direito, cinde as divergências entre advogados e magistrados em duas categorias, a empírica e a teórica. Para a primeira, a divergência está na existência da norma que determine a conduta em julgamento e a segunda versa sobre a semântica da norma ou do precedente, de tal sorte que o advogado e o juiz, em regra, concordam sobre sua existência, porém, interpretam-na de modos distintos. Dworkin chama este problema de discordância teórica sobre os fundamentos do direito (DWORKIN, 2007, p. 9).

Compreendida a discordância, cumpre atingir as razões para a dificuldade de sincronização entre as figuras do advogado e do magistrado, mergulho ao qual se atribui o problema da interpretação judicial. Ocorre que, enunciando as críticas dos litigantes sobre a constante produção do direito por parte de seus aplicadores, é que Dworkin (2007) consegue introduzir a dinâmica da pluralidade de entendimentos sobre um mesmo objeto. O autor apresenta o problema da interpretação utilizando o caso *Riggs vs. Palmer*, de 1889³ para responder a definição de direito: “Como podem as pessoas que têm diante de si o texto de uma lei divergir quanto ao que ele realmente significa, quanto ao tipo de direito que ela criou?” (DWORKIN, 2007, p. 21).

Nesse sentido, observa-se as fragilidades da formulação das decisões judiciais e o jurista expõe sua concepção de como se desenvolve o agir hermenêutico. Para tanto, Dworkin entende que o conceito de direito é interpretativo e se propõe a compreendê-lo segundo a forma que chama “criativa”, referindo-se à interpretação de uma “prática social” (DWORKIN, 2007, p. 61) e a aproximando da interpretação artística, realizada pelos críticos a poemas e demais obras

³ Dworkin (2007, p. 20) apresenta o “caso Elmer”, que expõe a problemática de um homem que teria envenenado o avô para apoderar-se da herança do familiar. O caso versa sobre a ausência de disposição legal acerca da hipótese de indignidade por assassinado, de forma que se opôs aos julgadores desta demanda compreender se os direitos à herança se estenderiam ao neto pela aplicação da letra da lei ou se o componente da moral política seria pertinente à formação do convencimento no caso.

artísticas, uma vez que ambas se ocupam de interpretar um objeto criado por pessoas, porém, distintas daquelas que se incumbem do exercício da interpretação.

Para Dworkin (2007), a interpretação criativa é construtiva, na medida em que estabelece uma interação entre o propósito e o objeto, pois se preocupa essencialmente com o propósito do intérprete. Assim também pode ser compreendida a prática dos juízes, a imposição “de um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam” (DWORKIN, 2007, p. 64). Isto implica na conformação da norma sob observação à forma ou ao conceito que se imagina que pertença.

Porém, há uma limitação para a interpretação, uma vez que a própria forma do objeto ou sua história exercem uma coerção sobre as interpretações possíveis. O jurista norte-americano acredita que, na interpretação de uma prática ou objeto, deve-se observar os seus dados brutos comportamentais para se atribuir o valor adequado, contudo, quando os dados brutos não são suficientes para estabelecer diferenças entre interpretações antagônicas, cabe ao intérprete optar por aquela que atribuiu o máximo valor à prática, mostrá-la com maior nitidez (DWORKIN, 2007, p. 64). E acaba concluindo – considerando que este exercício de atribuição do melhor valor não é restrito a interpretação criativa, mas a todas, até mesmo a científica – que “toda interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível” (DWORKIN, 2007, p. 65).

Assim, há a demarcada figura do objeto sob interpretação e do intérprete, na medida em que observa seu propósito, no pensamento de Dworkin (2007). Contudo, a preocupação com o sujeito-autor, amplamente estudado nos diferentes métodos de interpretação de obras textuais, não possui especial destaque no momento da compreensão do texto para Dworkin (2007).

Ocorre que o jurista rejeita, em similitude a Gadamer quando se opõe a hermenêutica clássica de Schleiermacher (GADAMER, 2008, p. 391), a concepção de que a interpretação deve buscar resgatar o estado mental consciente do autor e descarta que a captação da intenção do objeto está em reconectar-se com as intenções do autor, mas entende que esta busca por intenções originárias acaba acarretando nas convicções do próprio intérprete à medida que se torna um estilo de interpretação.

A relevância da intenção se dá para Dworkin por meio do que ele chama de “estrutura formal a todo enunciado interpretativo” (DWORKIN, 2007, p. 71), ou seja, de que a interpretação é sempre um relato de um propósito, dando uma forma de ver o que é interpretado. Nessa medida, é possível conhecer os contornos conceituais do direito, isto porque Dworkin (2007) entende o direito como conceito interpretativo em que os juízes, na ocasião da prática de julgar, desenvolvem, em resposta a suas convicções e tendências, teorias para a melhor interpretação, de tal modo que as divergências apresentadas em modalidade teórica sobre que

o vem a consistir o direito são interpretativas sobre algum elemento típico do exercício da jurisdição. Para tanto, o jurista cita que determinada demanda pode ter um desfecho distinto caso o juiz entenda ser importante ou não observar as intenções do legislador.

As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o “sentido” – o propósito, objetivo ou princípio justificativo – da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juízes. (DWORKIN, 2007, p. 110)

O que Dworkin (2007) ensina é que os elementos específicos do autor, seja sua vontade sobre as leis, estado de espírito ou gostos pessoais, aproximam da melhor interpretação apenas como parte de um extenso enunciado interpretativo, mas que, diferente do convencionalismo que viria determinar a exata aplicação do que foi produzido no passado, o intérprete não está condicionado a seguir estas intenções se suas convicções não se assemelham sobremaneira.

Além da ideia do direito como conceito interpretativo, Dworkin (2007) introduz outro pressuposto do direito como integridade, doravante apresentado. Para o jurista, para que ocorra o exercício interpretativo, é necessário um corpo semântico compartilhado, ou seja, um consenso inicial suficiente sobre quais práticas são práticas jurídicas (DWORKIN, 2007, p. 113), isto é, as tuteladas pelo direito no caso concreto. Assim se dá na prática jurisdicional, pela formação requerida para atuar como operador do direito, o advogado e o juiz encontram essa estrutura estabelecida, de modo que partilham o entendimento do conjunto de instituições que integram o sistema jurídico.

Trata-se do compartilhamento do sentido pelos signos expressos, de maneira que, mesmo que exista divergência sobre os fatos e sobre a regra adequada a ser aplicada ao quadro fático, os participantes do processo interpretativo possam concordar quanto aos termos utilizados e aceitar que os instrumentos em discussão pertencem ao sistema jurídico.

O lugar comum a que se refere diz respeito à comunidade onde se fabricam e aplicam as leis, assim, pode-se dizer que o autor, para o objeto “direitos e deveres”, é considerado único, chamado de comunidade personificada. Este sujeito é apresentado por Dworkin (2007) quando se debruça sobre a interpretação da cortesia, análise utilizada para compreender a hermenêutica das práticas sociais, em observação à dificuldade de delimitar autoria a um determinado indivíduo, mas a uma comunidade que partilha corpo semântico.

Essa compreensão de comunidade personificada que produz práticas sociais leva o jurista à ideia de comunidade associativa, necessária para demonstrar a estrutura da prática social na comunidade política. Para tanto, o jurista contrapõe três modelos essenciais, a comunidade de circunstância ou de fato, onde a comunhão e acordo entre os membros se dá

pela situação em que estes indivíduos se encontram e a mera conveniência do grupo; a comunidade de regras, em que impera o convencionalismo; e a comunidade de princípios, em que o direito como integridade se materializa.

Há um contraponto fundamental entre a comunidade de regras e a de princípios, em que a primeira se dá pelo compromisso generalizado de respeito às regras celebradas por um “acordo” (DWORKIN, 2007, p. 254) e somente serão superadas dada a superveniência de novo acordo. Enquanto isso, a comunidade de princípios se dá pela compreensão compartilhada por seus membros, que aceitam que seus destinos se interligam pelos princípios comuns.

A comunidade de princípios é um coletivo consensual de campos semânticos partilhados no qual o conteúdo das ideias de justiça, equidade e devido processo legal é reconhecido por seus membros. Os direitos e deveres nesta comunidade são guiados por este sistema de princípios, de modo que as decisões particulares não vão exauri-los, porque se submetem ao sistema. Tratam-se, portanto, do corpo de valores de determinada sociedade.

Esclarece, contudo, Dworkin (2007), que o consenso da aceitação de direitos e deveres dos demais de uma comunidade não pressupõe um condicionamento à aprovação coletiva, mas decorrem das premissas básicas desta comunidade. Isto é dizer que, embora exista um compartilhamento geral de sentido à comunidade, a discordância não é impossível, tampouco vedada. Aceita-se apenas um pano de fundo consensual de premissas, que devem nortear o procedimento de decisão judicial, o que não exaure as adições promovidas pelo próprio magistrado por sua “visão de mundo”.

Em resumo, cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal, mesmo entre pessoas que de outra forma estariam em desacordo sobre a moral política, como um dos componentes da comunidade política. (DWORKIN, 2007, p. 255)

O jurista traz, para demonstrar o raciocínio interpretativo na hermenêutica jurídica, o direito como integridade. O princípio da integridade política abarca tanto o criador como o aplicador de direito. Para Dworkin (2007), a integridade é um axioma presente no espírito das normas capaz de interligá-las a uma comunidade de campo semântico partilhado dotado de princípios. Isto é dizer que cabe ao legislador a criação de normas integradas aos princípios que conduzem aquela ordem jurídica e implica também que os juízes concebam o corpo do direito que administram como um todo, ou seja, em sua integralidade. Nesse sentido, o autor refere-se ao abandono do paradigma pelo qual se observa o direito prévio como uma série de decisões distintas que são livremente emendáveis, considerando que a válida interpretação observa a evolução histórica de determinado entendimento.

Para a concretização harmônica do sistema que vislumbra, Dworkin (2007) separa o princípio da integridade em duas acepções: a legislativa, que torna as leis coerentes do ponto de vista da moral política; e a jurisdicional, que demanda do intérprete observar a lei imersa nesta coerência preparada pelo legislador, respeitando uma comunidade de princípios e assim capaz de descobrir normas implícitas nas normas explícitas (DWORKIN, 2007, p. 261).

Especificamente, a integridade jurisdicional significa, como entende Dworkin (2007), que o magistrado deve estar consciente do direito dos litigantes de terem um julgamento que contemple a concepção do que exigiam as normas jurídicas na época dos fatos sob análise, um tom uníssono de normas que formula um sistema coerente de justiça e equidade na correta proporção, tal qual o Estado tivesse uma única voz.

O agir hermenêutico que se coloca na observação do princípio da integridade na prestação jurisdicional solicita que o intérprete observe as circunstâncias fáticas e a norma jurídica sob análise dentro de um sistema composto por diversos elementos, dentre eles, princípios fundamentais, uma evolução histórica de convencimento, mudanças de normas e concepções de termos ao longo do tempo. Requer, portanto, que o magistrado respeite a cultura do direito posto e da realidade que o cerca. O julgador – intérprete das leis e precedentes – assume, portanto, a responsabilidade de não somente abster-se de desordenar a coerência criada pelo legislador, na integralidade legislativa, como de ser agente-vetor desta coerência, à medida que verifica a compatibilidade das normas jurídicas positivadas e dos precedentes emitidos com os princípios fundamentais do sistema jurídico.

Contudo, o direito como integridade não significa utilizar decisões históricas em determinada direção e aplicá-las de maneira absoluta e universal. Pelo contrário, Dworkin (2007) adverte que a coerência a que se refere é amparada à adequada proporção entre a justiça e a equidade e, somada à preocupação com a integridade legislativa, seu objetivo é o bem comum.

Uma forma cega de coerência exigiria que a legislatura oferecesse subsídios ou pagamentos para não plantar a todos os agricultores, ou pelo menos a todos os agricultores cujas colheitas fossem essenciais, ou que produzisse colheitas que, no momento, representassem uma oferta excessiva. Mas poderia haver sólidas razões de ordem política – talvez de um tipo muito diferente – pelas quais não conviria ao legislador generalizar essas políticas de tal maneira. A integridade não se vê violada pelo mero fato de aceitar essas razões recusar-se a generalizar a política de subsídios. (DWORKIN, 2007, p. 266-267)

Essa concepção do direito exorta que os magistrados entendam o direito como uma comunidade de princípios, sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal, de forma que aqueles indivíduos que buscam a tutela jurisdicional, por livre vontade ou por imposição, sejam

recebidos com uma deliberação de maneira equitativa e justa a partir do equilíbrio da noção proposta pelos precedentes e pela norma e da noção do próprio magistrado do que vem a se tratar o princípio de justiça, equidade e devido processo legal, em consonância com os valores daquela comunidade.

Para tanto, o modelo de análise da integridade requer aos juízes uma análise reiterada das decisões anteriores similares para que seja proferido um julgamento em sede de casos difíceis. Ou seja, cabe ao juiz realizar novos exames interpretativos da doutrina jurídica. Trata-se de um exercício requerido para que se atinja a integridade do direito, que o magistrado seja produto e fonte de inspiração (DWORKIN, 2007, p. 273), na medida em que se coloca para interpretar decisões proferidas no passado e assuntos por ele já analisados, agindo como ponto de partida e continuidade, respectivamente.

A integridade histórica supera preocupações com a utilização de compreensões distantes no passado, esta relação entre o princípio da integridade jurídica e a história manifesta-se de modo “horizontal”, a partir da gama de normas jurídicas que a comunidade tem como vigente no momento e sua evolução, o que justifica o conteúdo das decisões anteriores. Assim, a perspectiva histórica a que se refere Dworkin (2007) não busca retomar – do passado – os ideais ou objetivos dos autores do direito, porém justificar esta criação, a partir do ajuste temporal dos princípios do direito em um sistema integrativo e coerente.

Nesse sentido, Dworkin (2007) introduz a metáfora de suma relevância para o presente estudo, a partir da comparação entre o direito e a literatura, na qual, tal qual um crítico literário sobre as diversas dimensões valorativas de uma obra artística, o juiz enfrenta dizer no que consiste o direito face a demandas judiciais. Em continuidade à metáfora, juízes possuem dupla natureza⁴, de autor e crítico e, assim, Dworkin desenvolve o gênero fictício “romance em cadeia” (DWORKIN, 2007, p. 276) para explicar o juízo interpretativo.

A ideia descrita por Dworkin (2007) de “romance em cadeia” consiste no esforço contínuo de diferentes autores, em sequência, de escrever um romance unificado. Cada autor promove a escrita a seu modo, com suas peculiaridades de romancista, predileções estéticas e inspirações criativas, contudo, este romance deve ser realizado em conjunto, de forma harmônica e orgânica para que tenha a melhor qualidade possível.

O ponto de partida da escrita do próximo romancista é de onde parou o anterior, assim por diante, porém cabe ao autor considerar o que os próximos romancistas podem acrescentar.

⁴ Dworkin (2007) justifica essa dupla natureza por entender que o juiz, ao interpretar, introduz acréscimos na tradição que interpreta. Curiosamente, Gadamer (2008), influenciado por Heidegger, traria que este acréscimo consiste na própria visão de mundo (*Dasein*) do intérprete.

Isto porque o autor em ocasião deve apresentar uma preocupação holística com a obra, de forma que, ainda que seja de seu particular interesse desenvolver um enredo, deve zelar para que o faça de modo que seu sucessor seja capaz de realizar a função de prolongamento da história. Não se trata de uma tarefa divinatória, mas um cuidado para que o conteúdo escrito não impeça uma continuidade lógica ao enredo.

A caracterização do juiz enquanto autor e crítico é o que lhe encaixa, segundo Dworkin (2007), corretamente na posição de romancista em cadeia. Por um lado, a qualificação do juiz à analogia de autor deve-se à introdução corrente de acréscimos à tradição interpretada (DWORKIN, 2007, p. 275) por parte do magistrado, trazendo sua “visão de mundo” – como ensina Heidegger ou as pré-concepções, conforme aponta Gadamer (2008). Enquanto isso, a posição de crítico está na necessidade de análise constante de qualidade do projeto realizado, com avaliações constantes do romance que se forma, de modo que o próprio romancista deve reconhecer no trabalho até então realizado sua própria autoria, ainda que saiba ser fruto do esforço de muitos.

Para que o crítico realize sua avaliação, deve adotar uma interpretação especial, que para Dworkin (2007) pode se dar em dois diferentes níveis. A dimensão da adequação, em primeiro lugar, consiste na opção pelo crítico de adotar uma interpretação dotada de poder explicativo geral (DWORKIN, 2007, p. 277), ou seja, capaz de absorver e compreender a maior parte do texto, como entende o autor: “você deve então perguntar-se qual interpretação torna a obra de arte melhor como um todo” (DWORKIN, 2007, p. 281). Essa dimensão impera que o magistrado escolha entre as interpretações possíveis aquela que cause menor dano à integridade do direito construído, ou que traga a melhor luz ao objeto.

O segundo nível se dá quando o crítico julga insuficiente apenas um método interpretativo para captar a maior parte do texto e recorre a diferentes métodos. Para tanto, Dworkin (2007) alerta ser necessária atenção com o desenvolvimento da obra.

Sua tarefa é fazer do texto o melhor possível, e você então vai escolher a interpretação que, em sua opinião, possa tornar a obra mais significativa ou melhor de alguma outra maneira. É provável (mas não inevitável) que essa decisão dependa daquilo que você pensa sobre as pessoas da vida real que se parecem com Scrooge: se nascem más ou são corrompidas pelo capitalismo. (DWORKIN, 2007, p. 280)

A abordagem do romance em cadeia é adequada para a compreensão do juízo interpretativo face à aplicação obrigatória dos precedentes – inclusive é aplicada neste contexto por Dworkin, haja vista que o sistema do *common law* é o vigente no ordenamento jurídico norte-americano realidade do jurista –, uma vez que o juiz atua como autor na cadeia de precedentes, consciente que julgadores anteriores decidiram problemas jurídicos semelhantes

ao que lhe está sob análise, de forma que estes precedentes compõem a história a ser continuada, assim entende o autor (DWORKIN, 2007, p. 286).

Nesse sentido, irá o julgador, no caso concreto, proferir uma decisão que congregue as anteriores, além de agregar suas próprias concepções sobre moral política, de forma que garanta a melhor qualidade possível do enredo construído e a ser continuado de determinado problema jurídico. Assim, o direito em sua integridade é entendido como um “delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos” (DWORKIN, 2007, p. 287).

Ao resgatar a figura do legislador enquanto primeiro autor do romance, retomando, ainda, a preocupação com a construção de uma história orgânica, que facilmente atribuir-se-ia a um único romancista, o magistrado, no caso da hermenêutica jurídica, deverá alcançar compreensão, e proferir entendimento coerente com o legislador que editou aquela norma ou, ainda, com a corte prolatora do precedente observado.

Outra ferramenta que Dworkin (2007) agrega ao exame de precedentes é a observação das autoridades e das circunstâncias na criação das decisões pregressas enquanto elemento parte da interpretação. A observação da realidade histórica e das circunstâncias fáticas na ocasião em que o precedente foi exarado é relevante para conhecer de maneira translúcida o objeto que se busca compreender, não somente a semântica da mensagem, porém seus canais e emissores⁵.

1.2.1 A alegoria do Juiz Hércules

Dworkin (2007) traz a alegoria do juiz Hércules, um magistrado ideal que defende a ideia do direito como integridade, em que o exercício do julgador compreende o passado histórico do direito, em sintonia com a aplicação de precedentes, e o que cabe ao juiz é optar pela interpretação que melhor demonstre o histórico jurídico do ponto de vista da moral política substantiva. Esta moral política, a qual o juiz Hércules enfrenta, diz respeito aos dois princípios que Dworkin (2007) dá especial valor nos momentos iniciais de sua obra, a justiça e a equidade.

O desafio deste juiz hipotético está em compreender qual destes princípios será prioritário no caso concreto ou, ainda, se é o caso daquela comunidade de consenso de valores considerar que ambos os juízos, da justiça e da equidade, caminham juntos. Se for, contudo, o caso destes princípios estarem apartados, o juiz terá que escolher entre os dois, podendo se valer

⁵ No presente trecho, utilizou-se de uma metáfora com as categorias da teoria da linguística e da comunicação, na qual a semântica consiste no conteúdo – ou em termos mais precisos, no elemento de sentido – das palavras ou frases, os canais são os meios de transmissão daquela mensagem e o emissor é o vetor de criação, aquele que profere a palavra ou discurso (BARROS, 2008, p. 166).

de suas próprias convicções sobre o que designa a moral política e, embasado nesta escolha, poderá até mesmo inaugurar uma interpretação que não era disponível em tempos passados.

O ponto de vista que privilegia a equidade irá atribuir elevada confiança no interesse e na convicção da comunidade política, de sorte que a moral popular é elemento constitutivo de justiça abstrata. Dworkin (2007) coloca, contudo, que há uma dificuldade para o magistrado em fixar uma hierarquia automática entre estes princípios para todo caso, em razão das circunstâncias concretas do caso e da maneira como a moral popular conduz a discussão de determinados assuntos. Como exemplo deste problema, o autor coloca que há maior facilidade de privilegiar a equidade em dilemas jurídicos comerciais, porém isto não se repete tão duramente quanto a matérias constitucionais.

Ainda assim, muitos juízes vão considerar a força interpretativa da moral popular muito mais frágil em casos constitucionais, como o caso *Brown*, pois pensarão que o objetivo da Constituição é, em parte, proteger os indivíduos contra aquilo que a maioria considera correto. (DWORKIN, 2007, p. 299)

Para Dworkin (2007), o princípio da integridade é composto pelos ideais da equidade e da justiça na medida em que a comunidade a que este princípio se aplica é uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2007, p. 314), ou seja, dotada de axiomas que orientam as leis. Assim, para respeitar esta comunidade, caso o magistrado tenha utilizado o método da adequação e subsista mais de uma interpretação possível, este deve optar por aquela que melhor transluz os ideais daquela comunidade.

Dworkin (2007) justifica a representação criada com o juiz Hércules – o juiz sem falhas que é o modelo puro do direito como integridade – como um arquétipo conhecidamente diferente da realidade, mas necessário para o estudo. Ao confrontar-se com a objeção de que este juiz é um mito, o crítico hipotético, criado pelo próprio autor, contesta a viabilidade de que todos os juízes realizem tamanha incursão interpretativa para analisar suas causas face ao volumoso contingente processual que enfrentam e que, na realidade, o juízo decisório se faz de maneira instintiva.

O valor da representação arquetípica do juiz modelar está na revelação da estrutura oculta das sentenças dos magistrados e na liberdade que Hércules tem, em razão de seus poderes fictícios, para percorrer por questionamentos que os demais juízes, que trabalham em horário e velocidade normais não podem. Mas o fato de Dworkin (2007) ter elaborado Hércules sem poderes sobrenaturais de percepção e interpretação da moral política permite que ele, que se dedicou toda carreira a apenas uma decisão, profira respostas sobre a concepção do direito que

os juízes reais são capazes de compreender, cabendo a eles a responsabilidade de compatibilizar este modelo às diferentes demandas que surgirem.

CAPÍTULO II: NATUREZA JURÍDICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Precedente, por sua acepção generalizada, significa o elemento que surge em momento anterior no tempo, ou seja, é prévio às circunstâncias atuais. Lucas Buriel de Macêdo (2016) entende o precedente como um acontecimento no passado que orienta uma ação presente. De mesmo modo, pela aplicação do sentido de “acontecimento prévio” ao contexto da jurisdição, entende-se o precedente judicial como uma decisão tomada no passado para questão jurídica similar à que se apresenta no momento.

A compreensão do exercício do magistrado é relevante neste exame para se atingir a natureza do precedente, uma vez que o processo decisório do juiz consiste em contemplar normas jurídicas gerais e abstratas sob um contexto fático dado para a produção de uma decisão final satisfativa de um conflito, produzindo norma jurídica individual e concreta.

Nesse sentido, Macêdo (2016) atesta o precedente enquanto fonte de direito, no qual se observa um fato jurídico que contém norma jurídica. Sob este raciocínio, o magistrado na ocasião de prolação de precedente está, para o deslinde de caso concreto, proferindo norma jurídica concreta e individual, porém, fixado este entendimento como parâmetro de solução de demandas similares futuras, este está, também, produzindo uma interpretação geral, sendo esta decisão judicial inicial um fato jurídico que produz norma jurídica.

Esta dupla natureza da decisão judicial que dá origem ao precedente está em perfeita sintonia ao que Dworkin (2007) entende enquanto interpretação criativa, não no sentido pelo qual o juiz cria o direito, mas na medida em que o magistrado, ao deparar-se com objeto-norma jurídica pendente de interpretação em caso concreto e interpreta de maneira a inovar e consolidar entendimento não-literal da norma jurídica, está, simultaneamente, solucionando uma disputa envolvendo bem da vida específico e determinando sentido de obrigação, permissão ou proibição de conduta que antes de seu julgamento não seria possível.

Fala-se, portanto, na captação de um sentido à norma jurídica, a partir de conceitos disponíveis no sistema jurídico, e não de atribuir ao juiz o poder de criar uma norma. Esclarece-se esta distinção uma vez que o estudo da natureza do precedente sofre influência dos debates travados pela doutrina do Direito Processual sobre a natureza da decisão judicial ao caso concreto. Isto porque, segundo demonstra Luiz Guilherme Marinoni (2016), a compreensão do precedente enquanto fonte de direito ocasionou na conclusão de uma dupla natureza de norma,

individual, quando referente ao caso concreto e geral, e abstrata, referente aos futuros casos similares. Ou, ainda pelo rompimento da força criadora de lei pelo magistrado, pela compreensão de que a norma individual criada no contexto concreto teria como base a norma geral e abstrata criada pelo legislador, restando em perfeita sintonia com a separação dos Poderes do Estado.

Marinoni (2016) apresenta, balizado nos avanços da teoria da interpretação, em especial pelo pensamento dworkiano, que o resultado da atuação do magistrado não cria o direito, mas constrói norma jurídica. Esta construção dá-se a partir de força normativa preexistente, mas não concluída, restando ser conformada por informações e conceitos que escapam à lei ou, ainda, pela justa compatibilização com o que determina a Constituição. Nesta ocasião, o jurista rompe com a proposta de norma individual que materializa a norma geral.

A circunstância de o precedente ser admitido como fonte de direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz cria o direito. A admissão do precedente como fonte de direito ou a força obrigatória do precedente não significa que o Judiciário tem poder para criar o direito. (MARINONI, 2016, p. 35)

A conclusão que se atinge da natureza do precedente judicial é de que este não consiste em si em norma jurídica, mas que pelo ato decisório é fonte de direito e base de construção de norma jurídica. Posto isso, não se confunde com a norma legislativa, porém atua como instrumento pelo qual o Judiciário atribui sentido ao direito, como um produto que precisa ser finalizado, uma vez afastada a ideia de unidade necessária entre texto legislativo e norma jurídica em sua completude, material e formal.

Do ponto de vista da natureza jurídica, deve-se observar no que consiste a própria norma jurídica. Rafael Pandolfo (2012) descreve a estrutura da norma jurídica do ponto de vista lógico-formal, como uma relação de implicação entre antecedente e consequência jurídica, em que o antecedente é a hipótese de proposição normativa (PANDOLFO, 2012, p.10) de natureza descritiva e a consequência é o resultado deôntico, de natureza prescritiva. A proposição de que está contida norma jurídica no precedente pressupõe que se possa extrair esta estrutura da decisão.

Para que este raciocínio seja possível, cabe a determinação de que, imerso no conteúdo integral do precedente encontra-se uma “proposição relacional, enlaçando dois ou mais sujeitos de direito em torno de uma conduta regulada como proibida, permitida ou obrigatória” (CARVALHO, 2008, p. 167), tornando-o, portanto, capaz de ser fonte do direito, na medida em que pronuncia, com a clareza necessária, o que a norma de modo lacunoso propõe.

É apenas nesse sentido que se pode compreender que no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017), além de proferir entendimento resolutivo do conflito entre a contribuinte Imcopa e a União Federal, o Supremo Tribunal Federal também extinguiu, permanentemente, os valores relativos ao pagamento de imposto sobre circulação de mercadorias da base de cálculo das contribuições sociais incidentes sobre a receita bruta, a saber, ao Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins). Exemplo em que se percebe tanto o conflito intersubjetivo como a criação de natureza normativa pelo ato decisório.

Marinoni (2016) ressalva, contudo, que nem todas as decisões judiciais formam precedentes obrigatórios, embora seja adequado considerar pela precisão dos conceitos que uma decisão prévia que verse sobre fatos semi-idênticos e sobre questão jurídica mesma ou próxima, ela será precedente e poderá ser observada para facilitar a resolução da demanda processual que se apresenta – a estes precedentes é atribuída força persuasiva.

Note-se que a definição de precedentes judiciais não possui relação necessária ao modo como se determina sua aplicação. A obrigatoriedade – ou vinculação – de precedentes judiciais não altera sua natureza, apenas o formato de sua relação com o restante do ordenamento jurídico. Isto é dizer que a aplicação de precedentes tanto pode requerer a aplicação de entendimento determinado a toda ocasião em que o quadro fático e a questão jurídica encontram similitude com aquela que se refere o precedente ou apenas pode significar que aquela decisão prévia sobre o assunto que surge novamente é uma orientação do pensamento de uma corte no passado que deve ser considerado, porém pode ser ignorado.

Para o estudo da distinção entre a persuasão e a vinculação, em especial no direito processual brasileiro notadamente marcado pela criação do Código de Processo Civil de 2015, é imperioso analisar anteriormente determinados aspectos esclarecedores, como a estrutura do precedente; no que consiste a obrigatoriedade do precedente e sua conformação sistêmica à luz do modelo do *stare decisis*; a eticidade dos precedentes; sua aplicação, superação e eficácia no direito brasileiro.

2.1 ELEMENTOS DO PRECEDENTE

Lucas Buril de Macêdo (2016) entende que o vocábulo “precedente” diz respeito à toda a decisão judicial, sendo esta, portanto, forma na qual está contida a “norma do precedente”, que, por sua vez, está imersa nas razões de direito da decisão, ou ainda chamado, *ratio decidendi*. Nesse sentido, o precedente designa o ato decisório em sua completude, dotado de narrativa dos fatos, fundamentação e dispositivo, que satisfaz um conflito concreto e pode

conter, internamente, conteúdo normativo que se projeta no tempo para futuras decisões similares.

Assim, o jurista propõe uma divisão entre sentido próprio e impróprio, ou ainda, sentido amplo e estrito, em que o precedente *lato sensu* refere-se à decisão judicial, enquanto o precedente *strictu sensu* consiste em conteúdo normativo fruto de processo criativo do juiz contido no âmbito da decisão judicial, mas que a esta não se limita. Neste segundo sentido, fala-se em norma do precedente e considera-se que o ato decisório paradigma enfrenta questão de direito com determinada fundamentação que poderá ou deverá ser observado, a depender do modelo de aplicação de precedentes de cada tradição jurídica.

Considera-se que a interpretação inovadora ou o conteúdo normativo criados naquela decisão judicial extrapolam as fronteiras do quadro fático do caso concreto ou do dispositivo da sentença que afeta apenas a esfera de sujeitos em conflito. A *ratio decidendi* irá além até mesmo da fundamentação, na medida em que se compreende que a semântica daquela interpretação da norma inclui a temporalidade daquela decisão, ou seja, o sentido que é dado às palavras e práticas sociais na época em que foi proferida e os valores da corte prolatora.

Contudo, não se deve concluir pelo rompimento completo do contexto fático do caso, pois ele torna-se a circunstância hipotética para aplicação da norma do precedente. Isto é dizer que as circunstâncias da decisão judicial são parâmetros interpretativos e são os limites utilizados pelo juiz aplicador para verificar a compatibilidade entre o caso que se coloca a solucionar e o precedente existente. Nesse sentido, as circunstâncias de fato consideradas substanciais à decisão serão fundamentais para traçar as dimensões de aplicação futura daquele precedente.

Luiz Guilherme Marinoni (2016) esclarece que não há uma relação de identidade entre o precedente e a decisão judicial, na medida em que, para que uma decisão assuma a natureza de um precedente é necessário que ela tenha a legitimidade para servir de modelo para orientação dos demais magistrados. Segundo Marinoni (2016), para que isto ocorra são necessárias a definição e a solução da questão de direito que se apresenta, sendo insuficiente para esta finalidade a decisão que enfrenta apenas questão de fato ou coloca-se a interpretação literal da lei ou consolidada previamente pelo tribunal.

Somado a isso, o jurista entende ser necessária a construção de fundamento jurídico que enfrente as dinâmicas da dialética, ou seja, que responda adequadamente a toda a argumentação proposta, qualificando-se como a decisão que tem o condão de esclarecer finalisticamente a questão jurídica e que, por fim, seja ratificada pela aprovação da maioria ou unanimidade da corte prolatora. Nesse sentido, Marinoni (2016) rejeita a possibilidade de compreender os

precedentes judiciais brasileiros como enunciados que esclarecem uma discussão de direito, tal como as súmulas, haja vista a abrangência destes instrumentos limitarem-se a “enunciar algo que já faz parte da linguagem da decisão judicial” (MARINONI, 2016, p. 159), ou seja, a partir de decisões já existentes, o tribunal edita um enunciado de súmula, o que não se confunde com o precedente, que é a própria decisão judicial.

Do ponto de vista da aplicação, a distinção entre os instrumentos processuais é melhor percebida, uma vez que o enunciado se assemelha a uma lei, em que se descrevem a hipótese e a consequência jurídica e conjuntamente se dispõem as decisões que auxiliaram na fixação do entendimento que o enunciado se refere, como um compêndio de decisões. Marinoni (2016) explica que a aplicação de um enunciado de súmula não reflete as nuances e limites que o precedente possui por ter advindo de um processo judicial, dotado de circunstâncias que permitem que o magistrado deixe de aplicá-lo por considerá-lo distinto das circunstâncias que possui no caso que está julgando.

Observado o precedente no âmbito da abrangência de seu significante, cumpre observá-lo sob o critério da temporalidade de seus efeitos, de modo que se encontra novamente uma dupla acepção nos precedentes judiciais, em especial naqueles dotados de aplicação obrigatória, o efeito retrospectivo e o efeito prospectivo (MACÊDO, 2016, p. 74). Em primeiro lugar, o efeito retrospectivo tem o condão de atribuir eficácia às decisões anteriores, na medida em que o magistrado observará, seja para orientá-lo ou para vinculá-lo, ato decisório anterior àquele momento que ele analisa.

Assim, necessariamente, restará a tradução do passado no processo de aplicação do precedente, o que poderá trazer conflitos temporais se a produção daquela decisão pré-existente não encontrar respaldo na visão integral do direito e traçar conteúdo não-harmônico com a evolução da questão jurídica que se apresenta. É o caso do precedente que modifica um entendimento consolidado de uma corte sem que exista uma evolução social ou mudança normativa que justifique. O dano que se apresenta neste caso é o desalinhamento com o restante do sistema jurídico, em que as demais instâncias desaprovam a mudança de entendimento e colocam-se a aplicar apenas pela obrigatoriedade, afastando-se do convencimento.

Outro risco que pode se apresentar na aplicação do precedente em razão de sua necessária vinculação ao passado é a modificação temporal – e cultural, afetada não somente pela temporalidade, mas pelo desenvolvimento da sociedade como um todo – do sentido das palavras, de forma que determinados conceitos existentes apenas no sistema jurídico podem sofrer modificações em intervalos temporais de anos ou décadas. Para tanto, destaca-se os conceitos de “receita bruta” e de “faturamento” em matéria do direito tributário, responsáveis

por numerosos deslindes judiciais decorrentes de aplicações distintas dos conceitos, de forma que a aplicação de um precedente que verse sobre matérias relacionadas ao faturamento de empresas precisará perpassar pelo conceito fixado pelo Supremo Tribunal Federal no acórdão de agravo regimental no RE nº 656.284, julgado em 2012.

A segunda acepção do precedente diz respeito a seu olhar “prospectivo” (MACÊDO, 2016, p. 74), que se refere à observação do futuro pela corte prolatora do precedente. Tal qual explica Dworkin (2007) quando expõe a alegoria do romance em cadeia, o magistrado ao exarar um precedente observa a continuidade de uma história contada por muitos autores.

Essa interligação entre o presente e o futuro é intimamente relacionada à própria natureza do precedente, enquanto fonte de direito relacional, ou seja, que existe com as características que assume, em relação com outro problema jurídico que virá se repetir, seja na esfera judicial ou social. Diante disso, pode-se afirmar que, do ponto de vista da edição de um precedente, busca-se especialmente resolver uma questão jurídica que surgirá no futuro e do ponto de vista da aplicação, utiliza-se instrumento do passado para solucionar questão jurídica que se coloca no presente.

Considerando, portanto, os diferentes elementos que caracterizam os precedentes judiciais, pode-se afirmar que se tratam de atos jurídicos com conteúdo criativo de direito, decorrente de norma jurídica já existente no ordenamento jurídico e dotado de extensão temporal retrospectiva e prospectiva. Em sua amplitude, pode ser compreendido em sentido próprio como a decisão judicial em sua completude, enquanto estrutura formal que contém a norma do precedente, sentido impróprio, que designa o conteúdo normativo criado a ser aplicado em casos similares subsequentes.

2.2 *STARE DECISIS* E A VINCULAÇÃO E PERSUASÃO DOS PRECEDENTES

A precisa exposição da sistemática da aplicação obrigatória dos precedentes judiciais requer, antes de tudo, a adequada apresentação dos conceitos de *ratio decidendi* e da doutrina do *stare decisis*, que traçam o campo semântico necessário para a compreensão do sistema de precedentes adotado no direito brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como suas peculiaridades fundamentais que impactam diretamente na dinâmica do magistrado que atua na condição de aplicador dos precedentes obrigatórios.

A importância da *ratio decidendi* é marcada por tratar-se do local onde se encontra o significado do precedente. Em sistemas jurídicos que adotam sua obrigatoriedade, há a preocupação em delinear os contornos da *ratio decidendi*, uma vez que se trata do conteúdo jurídico que deve ser obedecido. Marinoni (2016) ensina que nas tradições do *common law*

inglês, mais rigidamente, e americano, é possível ser encontrada a discussão sobre a identificação da *ratio* desde o século XVII e, até o momento, verificam-se extensas discussões doutrinárias nesse sentido, notadamente as contribuições de Eugene Wambaugh, Arthur Goodhart e Neil MacCormick, conforme aponta o processualista brasileiro.

No direito brasileiro, chama-se a *ratio decidendi* de razões de decidir ou de motivos determinantes (BRASIL, 2012), o que designa a fundamentação jurídica substancial utilizada para a solução da questão de direito, e implica, portanto, na tese jurídica consolidada no precedente judicial. Macêdo (2016) frisa a importância deste conceito se dá de maneira mais explícita no sistema do *common law*, haja vista a antiguidade da aplicação da doutrina do *stare decisis* nesta tradição. Neste contexto, a *ratio* limita a norma jurídica de aplicação obrigatória, de modo que o conteúdo retirado de sua extensão não vincula as cortes em aplicá-lo.

Contudo, para o direito brasileiro, a questão não deixa de ser relevante, isto porque é pelas razões de decidir que se acessa o sentido do precedente, tratando-se, portanto, do núcleo do precedente judicial, e os demais elementos, embora necessários para a compreensão fidedigna da *ratio*, não tem o condão de vincular o aplicador do direito. Relacionado a esta limitação, Buriel de Macêdo (2016) fala em “transcendência” (MACÊDO, 2016, p. 233) da norma do precedente para explicar a relevância dos outros elementos da decisão, para permitir o enquadramento do caso sob julgamento ao caso precedente e, ao mesmo tempo, desvencilhar a *ratio decidendi* do caso específico em que foi emitida. Contudo, o jurista esclarece que esta expressão não pode ser utilizada para alargar as bases da norma do precedente, apenas para torná-la autônoma, haja vista que este elemento ser limitado é garantia de estabilidade da jurisdicional.

Assim, segundo o autor, é correto afirmar que a *ratio decidendi* consiste na parte contida na fundamentação que corresponde às motivações suficientes para se decidir a questão jurídica que se coloca no precedente. Dizer que apenas este elemento que vincula os aplicadores do direito significa que o precedente é composto de diversos elementos, o quadro fático, dispositivo, fundamentos diferenciados, mas não é a configuração dos fatos da decisão prévia que deve ser aplicada obrigatoriamente, tampouco resultado declarado no dispositivo à qualquer razão que lhe sirva, mas são aquelas razões em específico, que cristalizam a questão jurídica em solução, que deverão ser obrigatoriamente aplicadas no futuro.

Nesse sentido, a doutrina do *stare decisis* encontra-se diluidamente explanada. Este modelo de hierarquização na aplicação de decisões judiciais tem, como mencionado em momento anterior, íntima relação com o conceito de *ratio decidendi*, pois, segundo Macêdo (2016) a doutrina do *stare decisis* consiste no modelo de vinculação de precedentes, ou seja,

em que se atribui a obrigatoriedade de observação do precedente sobre matéria similar a que se deve julgar pelos tribunais e julgadores inferiores à corte prolatora (que emitiu a decisão prévia).

Em outros termos, *stare decisis* é a doutrina que determina que as normas criadas ou que as interpretações fixadas pelo precedente sejam aplicadas pelos juízes subsequentes. A doutrina é adotada pelos países de sistema *common law*, notadamente Estados Unidos e Inglaterra, e foi introduzida para o direito brasileiro pelo advento do Código de Processo Civil de 2015. A adoção desta doutrina no direito brasileiro significa atribuir eficácia vinculante a precedentes firmados em cortes superiores deste ordenamento, de forma que a disciplina processual dispõe sobre quais precedentes emitidos são dotados de obrigatoriedade na aplicação.

A adoção do direito brasileiro na doutrina do *stare decisis* toma amparo, segundo entende Marinoni (2014), na preocupação com a estabilidade da jurisprudência, preocupação com a previsibilidade do sistema jurídico e concepção de que as cortes superiores detêm o compromisso de atribuir ou expressar o sentido do direito por meio de precedentes que requeriam que lhes fosse atribuída autoridade, daí a obrigatoriedade de aplicação inserida no diploma processual. Isto, contudo, não se confunde na substituição da tradição brasileira do *civil law* pelo *common law*. É possível se falar, ainda de modo restrito, numa aproximação entre ambos os sistemas na medida em que no direito brasileiro e nos países do *common law* está presente a doutrina do *stare decisis*, porém esta doutrina não pode ser reconhecida como elemento fundamental do *common law*.

Não se diz corretamente que o direito brasileiro está transformando-se no *common law* porque, segundo entende Marinoni (2016), não há movimento de especial destaque para a substituição ou projeção de costumes gerais e imemoriais brasileiros para o sistema jurídico. Há, na verdade, a percepção de que o direito brasileiro goza de instabilidade e imprevisibilidade quanto a aplicação de direito e, somada à peculiaridade do controle difuso de constitucionalidade, o legislador optou por uma doutrina de aplicação obrigatória das razões de decidir onde cortes superiores reconstróem a norma jurídica.

No entanto, a aproximação contida na adoção da vinculação de precedentes e sua consequente hierarquização entre os tribunais na condição de prolores e aplicadores de precedentes se dão, como lembra Macêdo (2016), sem afastar elementos típicos da cultura científica marcante no *civil law*, por códigos e métodos persecutórios da natureza jurídica dos conceitos. O objetivismo do direito brasileiro na própria doutrina dos precedentes demonstra que a aproximação ao *common law* não implica na mudança da tradição do direito brasileiro.

Outra ideia que não se confunde à do *stare decisis* é de que se trata da doutrina de um sistema de precedentes, de modo que todo sistema que adote precedentes estariam, portanto, adotando esta doutrina. O equívoco está em compreender que a única eficácia que se pode atribuir a um precedente é a obrigatória, pelo contrário, a adoção de um sistema de precedentes é plenamente compatível com a característica de orientação do convencimento do magistrado subsequente.

Têm-se, portanto, duas classes de precedentes segundo sua eficácia (AMAURY, 2017), os precedentes vinculantes (*binding precedent*) e persuasivos (*persuasive authority*). O primeiro é caracterizado pela aplicação obrigatória por órgãos da jurisdição hierarquicamente inferiores face ao caso futuro, enquanto o segundo dá-se quando a corte que analisa o caso concreto não se submete ao tribunal que prolatou o precedente ou a ele não se atribui força obrigatória. Assim, chama-se o precedente de persuasivo, na medida em que suas motivações determinantes não são dotadas de força vinculativa para os demais magistrados seguintes e inferiores.

Diferente do modelo do *stare decisis* que significa a aplicação obrigatória da *ratio decidendi* do precedente para os processos similares sob julgamento, o caráter persuasivo do precedente dá ao magistrado a livre opção para observar ou rejeitar a aplicação do precedente, sem que se relatem discrepâncias suficientes entre o quadro fático do precedente e do caso sob aplicação, de forma que a decisão exarada pela corte superior não deteria, neste cenário, autoridade legal sobre o juiz aplicador. Nesse sentido, é possível compreender que antes da sistemática introduzida pelo CPC, de 2015, a eficácia adotada aos precedentes brasileiros era plenamente persuasiva, salvo exceções não determinadas em lei.

2.3 HIPÓTESES DE NÃO APLICAÇÃO DE PRECEDENTES – *DISTINGUISHING* E *OVERRULING*

A dinâmica da aplicação dos precedentes judiciais aos casos concretos subsequentes perpassa por uma dificuldade global que se subdivide em duas partes, a saber, a complexa demanda de precisar os elementos fundamentais do precedente e, conseqüentemente, a precisão na identificação dos motivos determinantes da decisão judicial (*ratio decidendi*) e dos fatos substanciais para aquela decisão.

A questão encontra-se no ponto anteriormente estudado sobre os elementos do precedente judicial, uma vez que o aplicador do direito precisa verificar onde se localiza o elemento fundamental da decisão que deve espelhar e até onde a ela está vinculado e conseguir praticar adequadamente a atividade de aplicação do precedente. Para atingir esta verificação, o

magistrado traça as similitudes do caso precedente com as circunstâncias fundamentais do processo sob julgamento, bem como resgata da tese jurídica estabelecida a norma jurídica reconstruída pela corte superior, resultando na estrutura composta por hipótese e consequência jurídica, típica da estrutura lógico-formal do direito.

Buril de Macêdo (2016) entende o processo de aplicação de precedentes de modo bem distinto ao de aplicação de normas decorrentes de lei, por tratar-se de processo de “constante reconstrução dialógica” (MACÊDO, 2016, p. 261), na medida em que o momento de enquadramento aos fatos concretos pode propiciar um alargamento ou restrição da hipótese fática contida no precedente, dotando efeito criativo ao próprio direito enunciado no precedente.

É nesse sentido que se coloca a complexidade na aplicação dos precedentes judiciais, cabendo ao magistrado reconhecer o sentido do que foi fixado na ocasião daquele precedente e até onde se estende a fundamentação suficiente do dispositivo e da norma reconstruída. Justamente por este motivo que se buscou verificar que o precedente em sentido próprio diz respeito à decisão judicial como um todo, seu relatório – quadro fático, suas razões de decidir e o próprio dispositivo, para que se esclareça o olhar global que é conferido ao juiz aplicador ao buscar aplicar um precedente, tendo que captar o valor do precedente, por suas razões, sem afastar-se das circunstâncias práticas que conduziram toda a situação para que ele se quer fosse enunciado.

As razões para o encontro da solução do caso são imprescindíveis para a compreensão racional do precedente e para a sua aplicação ao caso sob julgamento. O método fático importa como auxiliar, capaz de propiciar a racionalização do enquadramento do caso sob julgamento (*instant case*) no caso que deu origem ao precedente (*precedent case*), e isso apenas quando há dúvida sobre a inserção fática do caso dentro da moldura do precedente. Sublinhe-se que a distinção entre situações concretas apenas tem razão de ser quando representam hipóteses que, numa perspectiva jurídica, efetivamente reclamam tratamento diferenciado. (MARINONI, 2016, p. 166)

Verificado o processo de aplicação do precedente judicial como primordialmente um exercício de categorização e captação de seus fatos e motivos substanciais, resta demonstrar a operação do *distinguishing*, ou diferenciação, de casos como a principal tarefa de aplicação do precedente, realizada pelo magistrado inferior subsequente. Macêdo (2016) explica que o *distinguishing* consiste na rejeição da incidência do precedente judicial ao caso concreto, sua operação contrária é a aplicação propriamente dita, em que se verifica que a hipótese fática do precedente guarda similitude suficiente com o caso concreto.

Em regra, o método de aplicação de precedentes é esta verificação de similitude e diferenciação entre os casos concretos. Assim, em um sistema que adota aplicação obrigatória de precedentes, onde o magistrado não pode optar por deixar de aplicar determinado precedente,

ainda que não esteja de acordo com seu resultado, o *distinguishing* é o único meio disponível ao julgador para rejeitar sua aplicação, baseando-se, contudo, na insuficiência de fatos substantivos similares ou, ainda, na existência de fatos substantivos demarcadamente distintos, conforme ensina Marinoni (2016).

A distinção que opera o magistrado na ocasião de diferenciação dos casos concretos não decorre de discrepâncias sutis, haja vista a impossibilidade de executar uma doutrina de vinculação de precedentes pela exigência de identidade absoluta entre parâmetro e objeto. Evocam-se, na verdade, os fatos relevantes para a tomada de decisão, sem os quais a norma resultante implicaria em um direito diferente do reconstruído por aquele precedente. Portanto, o mais correto a dizer não é que ocorre uma rejeição pelo magistrado em aplicar o precedente na demanda subsequente, mas que não há uma relação de sequência pois, para aquele quadro fático em específico, não se encontra solução a partir da decisão prévia examinada.

Em outro sentido está o mecanismo do *overruling*, ou da superação de precedentes, que diz respeito à retirada de uma *ratio decidendi* para substituí-la por outra, seja porque foi considerada equivocada ou superada em razão de modificação social ou jurídica. A superação de precedentes é também uma forma de afastar a aplicação do precedente judicial, retirando-o do ordenamento jurídico. Especialmente em razão da radicalidade de seus resultados que a atribuição é reservada aos tribunais superiores, embora já seja fruto de questionamentos sobre a possibilidade de ingresso pelo instrumento da reclamação face a precedente judicial materialmente inconstitucional, questão que não será aprofundada no presente estudo.

2.4 OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o mais recente Código de Processo Civil brasileiro, teve fundamental relevância no fortalecimento da responsabilidade dos magistrados na promoção material dos objetivos da jurisdição. Nesse ínterim, a preocupação com a estabilização da jurisprudência como garantia de segurança jurídica assume papel especial e sua concretização se dá pela figura dos precedentes, introduzida pelo diploma processual atual. Para tanto, esta lei desde o princípio traça as premissas primordiais para um sistema onde se pratica a vinculação de precedentes, pelo artigo 8º, que evoca os compromissos do juiz perante o ordenamento jurídico⁶ (BRASIL, 2015).

⁶ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (BRASIL, 2015)

O dispositivo atribui, como meio para viabilização dos fins sociais do ordenamento jurídico e do bem comum, a resguarda pelo magistrado dos valores da dignidade humana, proporcionalidade, razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Estes valores enunciados têm íntima ligação com a doutrina dos precedentes, seja como condições para sua existência ou como consequências decorrentes de sua implementação. Observa-se, nesse sentido, a dignidade humana, na medida em que se adota a vinculação a decisões paradigma do passado e impera-se a previsibilidade, que implica tanto na valorização da igualdade dos indivíduos perante a jurisdição, como o rompimento da dependência da “subjetividade do julgador” (MARINONI, 2014, p. 14).

De mesmo modo, pode-se reconhecer relação entre a aplicação obrigatória dos precedentes judiciais e os valores da razoabilidade, da eficiência e, ainda, da publicidade. Os dois primeiros implicam em efeitos da aplicação dos precedentes ao ordenamento jurídico brasileiro, isto porque a aplicação de entendimento prévio de uma corte sobre demanda do passado traça limites na aplicação possível no futuro, de forma que é sempre necessário apresentar que o caso não guarda similaridade fática com o precedente ou que este se encontra superado, caso seja a corte pertinente, para que o juiz deixe de anunciar resultado distinto e irrazoável para o caso concreto. A eficiência, por sua vez, está precedente na dinâmica das tutelas provisórias, na medida em que se permite a solução da demanda em tempo curto, havendo aplicabilidade de precedente pré-existente.

A publicidade, no entanto, não se trata primordialmente de resultado esperado da aplicação obrigatória de precedentes, trata-se, em primeiro lugar, de condição para que se execute a doutrina do *stare decisis* no direito brasileiro, de forma que se garanta o amplo acesso às informações e aos julgamentos do passado, para que se exija seu respeito, aplicação e atuação em conformidade pela sociedade. Conforme ensina Marinoni (2014) em sua obra “A ética dos precedentes”, este raciocínio tem como respaldo inicial a concepção de que não se pode prejudicar aqueles que não possuíam condição de saber que o precedente havia sido emitido, devido ao elevado volume de demandas que são julgadas corriqueiramente. Contudo, há a dimensão do resultado no valor da publicidade, uma vez que a aplicação de precedentes naturalmente pressiona para que se criem sistemas de compartilhamento seguros e de custo razoável, seja ao Estado, como a particulares.

Imersos nestes nortes do artigo 8º, é possível vislumbrar os ideais proclamados pela comissão de 37 juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados, espaço em que se percebia as dificuldades do funcionamento do processo no Brasil e buscou-se traçar pilares para a lei criada, dos quais, a harmonia da

ordem jurídica. Para garantir a execução deste pilar, foi devidamente diagnosticado o problema da instabilidade da jurisprudência e rejeição à aplicação das decisões das cortes superiores com a devida autoridade. Conforme se observa na exposição de motivos da lei nº 13.105, de 2015:

Por outro lado, haver, indefinidamente, **posicionamentos diferentes** e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da **mesma norma jurídica**, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. (WAMBIER, 2015, p. 7 – grifos da autora)

Para sanar este problema, buscou-se promover o respeito à jurisprudência formulada tanto no que diz respeito à aplicação, como à manutenção, visando à estabilidade da moldura do ordenamento jurídico pela garantia de aplicação de entendimentos firmados e pelas proteções do jurisdicionado, caso sobrevenha mudança de entendimento. É fato que o resultado vigente no Código de Processo Civil muito se afastou do documento proposto pela comissão no anteprojeto⁷, mas é inegável que os valores defendidos em sua criação permanecem e delinearam uma estrutura suficiente para modificar a sistemática jurisprudencial do direito brasileiro, em razão da previsão de observação compulsória do precedente.

Especificamente em relação aos precedentes judiciais, Amaury (2017) ensina que o termo “precedentes” é utilizado no diploma processual de 2015 apenas em quatro ocasiões, no artigo 489 e nos artigos 926 e 927. A valorização da doutrina de precedentes se inicia, enunciada e mais concretamente do que no capítulo de normas fundamentais e da aplicação das normas processuais, no art. 926⁸ pela determinação de que os tribunais uniformizem sua jurisprudência e a mantenham estável.

Os parágrafos primeiro⁹ e segundo¹⁰ atribuem especial valor à súmula vinculante enquanto instrumento de integridade da jurisprudência, resultando no incentivo à formulação de enunciados das súmulas, caso exista jurisprudência dominante. De fato, o enunciado de súmula como, em tese, implica em procedimento de emissão de norma consagrada pela jurisprudência pacífica da casa, tem o condão de estabilizar a jurisprudência. Cabe, contudo,

⁷ A exemplo desta mudança, ressalte-se a redução considerável do termo expresso “precedente” na letra do diploma processual, substituído por entendimento firmado, enunciações específicas de recursos extraordinários e especiais do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça ou a imprecisa utilização do instrumento da súmula para designar semelhança com os precedentes judiciais.

⁸ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (BRASIL, 2015)

⁹ § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. (BRASIL, 2015)

¹⁰ § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. (BRASIL, 2015)

ressalvar questão já estudada de que os enunciados das súmulas, seja pelo procedimento de edição ou pelos próprios elementos do precedente, não guardam identidade.

Segue-se ao art. 927 do CPC, que determina aos juízes a observação de determinadas decisões paradigma, a saber: (i). as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii). os enunciados de súmula vinculante; (iii). os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv). os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (v). a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2015).

O referido artigo lista quais são os precedentes do direito brasileiro dotados de força vinculante. Nesta ocasião inclui, ainda, os instrumentos inéditos trazidos pelo diploma processual de 2015, que é o incidente de assunção de competência e a resolução de demandas repetitivas (IRDR). A formalização do sistema de precedentes tem como impacto a expectativa de que determinado tipo de decisão será recebido como precedente, enquanto afasta das outras a consciência de contribuição para este processo, o que é um equívoco se considerado que os recursos paradigma de cortes superiores são construídos a partir do julgamento do caso concreto em primeira instância.

Se quisermos importar a noção de precedente exatamente como sedimentada nos sistemas de *common law*, devemos ter presente a ideia de que o julgador, naqueles sistemas, não tem a convicção de que a decisão a ser proferida no caso sob seu exame irá tornar-se um precedente. Somente uma ocorrência futura dirá se isso ocorrerá ou não. No caso brasileiro, de forma diversa, essa expressão é utilizada num espectro mais amplo para abranger aquelas hipóteses em que os órgãos do judiciário determinam a construção e extensão do precedente, atribuindo-lhes ou não efeito vinculante. (AMAURY, 2017)

Nota-se, ainda, que em ambos os artigos do CPC não se menciona a expressão “precedentes”, tampouco *stare decisis*, esta última não será mencionada em momento algum na lei, embora se depreenda tanto pela obrigatoriedade de observação destas decisões enumeradas como pelo decorrer do código, como é o caso do art. 311, II, que dispõe sobre a concessão da tutela de evidência. Nesse dispositivo, o legislador flexibiliza a concessão de tutela provisória de direitos, ainda que não se demonstre perigo de dano caso as provas do processo sejam estritamente de natureza documental e haja previamente “tese firmada em julgamento de casos repetitivos” (BRASIL, 2015).

Endossado pelos ideais anunciados de eficiência e duração razoável do processo, o legislador conferiu tamanha força ao entendimento firmado em sede de recursos repetitivos que

permitiu a concessão de liminar independente da presença de *periculum in mora*. Nesse caso, é possível perceber a presença da doutrina dos precedentes vinculantes, ainda que não se ateste expressamente na letra legal.

Por outro lado, a busca pela execução do valor da manutenção da jurisprudência consolidada pelas cortes é especialmente fortalecida no art. 927¹¹ do CPC na medida em que dispõe de proteções ao jurisdicionado no caso da superação do precedente (*overruling*), nos parágrafos segundo à quarto. Os dispositivos garantem a participação da sociedade civil no convencimento dos magistrados em processo de mudança de convencimento, a partir da realização de audiências públicas, bem como garante duas notáveis proteções à ordem jurídica, a modulação dos efeitos e a fundamentação específica para a mudança do entendimento.

Estes instrumentos, somados ao parágrafo quinto, que estabelece a promoção da publicidade e do acesso à informação sobre as decisões, buscam proteger os indivíduos de bruscas modificações de entendimento que colocariam em risco a evolução do direito e de sua credibilidade com a sociedade, conforme entende Marinoni (2014). Estas limitações e proteções dispostas no art. 927 do CPC carregam em seu bojo uma das premissas contidas na exposição de motivos do anteprojeto do código, de que uma vez atingido um convencimento e fixada uma tese jurídica, cabe ao magistrado muita responsabilidade, porque pressupõe-se que ela nunca deva mudar, haja vista ter sobrevivido às dúvidas e avaliações racionais das cortes. Assim, caso precise mudar, deve-se garantir uma fundamentação suficiente para esta substituição de entendimento.

O parágrafo primeiro¹² do art. 927 do CPC faz referência, contudo, a um dos artigos mais relevantes no estudo da aplicação de precedentes, em especial, por instâncias inferiores hierarquicamente: o art. 489¹³ do Código de Processo Civil. É neste artigo que se encontram os

¹¹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL, 2015)

¹² Art. 927 (...) § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. (BRASIL, 2015)

¹³ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

elementos abordados para a definição do precedente, o relatório, o fundamento – “questões de fato e de direito” (BRASIL, 2015) – e o dispositivo.

Somado a esta contribuição está o parágrafo primeiro, que entende insuficiente, do ponto de vista da fundamentação, que é a tarefa precípua do julgador, a mera indicação de precedente ou enunciado de súmula sem que se identifique os fundamentos ou, ainda, motivos determinantes para sua aplicação (BRASIL, 2015). O que se trata, de fato, é que a atividade do magistrado de verificar os fundamentos do precedente e da demanda sob julgamento demonstra a impossibilidade de se concluir que foi rejeitada a posição do juiz como intérprete. Ressalta-se, ainda, ser igualmente não fundamentada a decisão que deixe de aplicar estes enunciados e precedentes sem que seja demonstrada a distinção com o caso concreto.

Os referidos artigos abordam exatamente a questão do *distinguishing*, de forma que, ao estabelecer a obrigatoriedade da fundamentação no caso da recusa à aplicação do precedente firmado pelas cortes, o Código de Processo Civil está atestando ser possível a rejeição a esta aplicação, desde que fundada em questões de fato suficiente para se demonstrar que não há a possibilidade de enquadramento entre os contextos.

Além das hipóteses trabalhadas sobre o Código de Processo Civil que versam de forma muito aproximada à dos precedentes, ainda que pouco os mencionem, existem ocasiões tangenciais em que os dispositivos processuais elucidam como se manifestam e caracterizam os precedentes no contexto brasileiro, como o parágrafo terceiro¹⁴ do artigo 489, que disciplina a aplicação e interpretação da decisão judicial com um olhar de completude entre seus elementos e em relação de harmonia com restante do ordenamento jurídico.

Assim, embora o texto original ofertado pelo anteprojeto de Código de Processo Civil tenha sofrido alterações no decorrer de sua tramitação¹⁵, porém, ainda carrega consigo o *animus* trazido ao código na medida em que funciona como um espelho pra o art. 927 e atribui impositividade na observância dos precedentes listados.

Frise-se, contudo, que a ausência de uma norma legal genérica que ateste a impositividade de todos os precedentes não impede que as decisões paradigma não mencionadas no art. 988 gozem de vinculação, ou que não se possa reconhecer a existência do *stare decisis* no direito brasileiro. Amaury (2017) elucida que a força da vinculação do

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015)

¹⁴ Art. 489 § 3o A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015)

¹⁵ Algumas destas perceptíveis pelos simples acesso ao texto da lei, como é caso do art. 988 que versa sobre a reclamação, que teve a expressão “precedente” revogada de sua grafia.

precedente está localizada na autoridade decorrente da qualidade do convencimento e do debate traçado no precedente.

Assim, resta preservada a preocupação da comissão de juristas que redigiu o anteprojeto do Código de Processo Civil com o “equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado” (WAMBIER, 2015, p. 23), qual seja, a estruturação de um sistema jurídico capaz de conferir o igual tratamento dos jurisdicionados perante a lei, a estabilidade e a organicidade da jurisprudência, sem que seja retirado o espaço de justa conferibilidade do precedente com o caso concreto pela figura do magistrado das instâncias inferiores.

CAPÍTULO III: O PROCESSO INTERPRETATIVO NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Antes de observar como se dá a dinâmica interpretativa dos precedentes, em especial pela sistemática fornecida no Código de Processo Civil de 2015, é necessário considerar que existem distinções claras entre os sistemas do *common law*, nos quais se tem bem estabelecida a utilização de precedentes judiciais para dizer o direito, e a tradição do *civil law*, em específico, o direito brasileiro, em que esta prática ainda está em consolidação.

A interpretação do precedente em um sistema que tradicionalmente adota a doutrina da vinculação terá, inexoravelmente, discrepâncias em relação a uma doutrina cuja adoção tem se consolidado mais recentemente, isto porque os próprios sentidos e culturas jurisprudenciais encontram-se dissonantes. Em primeiro lugar, como descrito no segundo capítulo, a experiência jurisprudencial brasileira tem como ponto de partida fragilidades no que se refere à estabilidade dos entendimentos de tribunais.

Não há negativa de que esta realidade exista no direito norte-americano, isto bem demonstra Dworkin (2007), que inicia seu estudo voltado a compreender a dissonância entre as decisões de magistrados ou, ainda, suas alternâncias de convencimento. Contudo, em um sistema em que se adota o *stare decisis* há pelo menos quatro séculos (MARINONI, 2016, p. 36) e não se observou a necessidade de dispor em esfera constitucional sobre a vinculação de decisões, como se fez na experiência brasileira¹⁶, há a incontestável diferença cultural.

Somem-se a este dado, em segundo lugar, as bases dos sistemas em comparação, o *common law*, que Marinoni (2016) ensina a não se confundir com a doutrina de vinculação de

¹⁶ Refere-se a ausência de menção a doutrina dos *binding precedents* na constituição norte-americana, bem como na carta não-escrita inglesa, e a inclusão do §2º do art. 102 da Constituição brasileira que confere efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, pela emenda constitucional nº 45, de 2004.

precedentes, tem como premissas fundacionais a criação de valores e princípios comuns a um povo em detrimento do direito local polissêmico. Em outro vértice, tem-se um sistema marcado por fortes heranças formalista e científica, que optou por dispor legalmente acerca da adoção de precedentes, sem lhe atribuir um conceito geral, mas pela eleição de modalidades específicas de decisões que conteriam força vinculante e imperatividade, por isso popularmente nomeado precedente “à brasileira” (ROSSI, 2015, p. 1).

Resta claro que, nesse sentido, a aplicação dos ensinamentos de Dworkin (2007) tem como enfoque o princípio da integridade do direito, baseado na consciência da interpretação sempre criativa dos juízes, porém realizada considerando que há limites para que seu pensamento seja transplantado à realidade brasileira, dadas as inafastáveis diferenças expostas entre o sistema jurídico sobre o qual o autor estuda, o *common law*, e a tradição que o Brasil se insere, o *civil law*.

Os ensinamentos dwokianos preservam, apesar destas ressalvas, relevância à doutrina dos precedentes implementada no Código de Processo Civil de 2015. Isto porque a preocupação com a integridade encontra-se institucionalmente formalizada por este diploma legal, de modo que pode ser localizado o princípio da integridade jurisdicional, em que se busca a coerência na justiça pela produção de julgamentos dotados de organicidade e tonalidade uníssona, na redação do artigo 926 do CPC, que evoca a contribuição dos tribunais na uniformização da jurisprudência visando mantê-la “estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).

De fato, a preocupação elencada pelos redatores do anteprojeto do novo código de processo estava na garantia do tratamento isonômico dos jurisdicionados pela promoção da estabilidade e previsibilidade. Em suma, o que se observava pelo fortalecimento da figura dos precedentes no direito brasileiro era a construção de parâmetros que possibilitassem a integridade do direito.

3.1 CONVERGÊNCIA ENTRE APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DO PRECEDENTE PELO JUIZ

A questão prévia que se coloca em como ocorre o juízo interpretatório do juiz face aos precedentes está justamente na possibilidade interpretá-lo, isto é, se precedentes podem ser interpretados. Isto porque, se considerada sua aplicação como subsunção mecânica dada a força vinculativa de sua natureza, o procedimento interpretativo poderia ser dado como inexistente, sem grandes mistérios e amplamente estudado nas bases das escolas exegéticas, em raciocínio análogo à interpretação da lei.

Como a base para o presente estudo encontra-se localizada em hermenêuticas pós-positivistas que proclamam complexo agir hermenêutico do juiz aplicador da norma, não se faz diferente a dinâmica de interpretação de precedente. Macêdo (2016) entende que os precedentes são, antes de tudo, um texto a ser interpretado, em que o próprio processo de retirada da norma do precedente, inserida no amplo espectro da fundamentação da decisão, trata-se de um primeiro momento de interpretação.

De fato, o processo de aplicação do precedente judicial ao caso concreto demanda ao magistrado conhecê-lo, seja no sentido de ter notícia deste precedente, daí decorre a preocupação do novo código com a publicidade, como no sentido epistemológico do termo. A atividade de conhecimento que se coloca para o juiz é justamente a interpretação, na qual se cria um canal entre a semântica proferida ao julgamento, que cria o direito e impõe reiterada aplicação no futuro, e o conteúdo capaz de solucionar a demanda concreta que se coloca face ao magistrado.

Gadamer (2008) ensina, em sua teoria, a incidência entre a compreensão, a interpretação e a aplicação, de modo que a última está na atividade de dar concretude ao direito e parte do mesmo processo de realização do círculo hermenêutico que o filósofo alemão evoca. O que existe, neste íterim, é um movimento constante de verificação pelo magistrado de suas pré-concepções acerca do conteúdo do direito ao objeto em si, ou seja, o precedente. A interpretação dos termos constantes na expressão textual e a adequabilidade ao seu propósito, o caso concreto, que determinam os parâmetros de legitimidade ao conteúdo extraído.

Nesse sentido, o processo hermenêutico descrito mais detidamente no capítulo primeiro permite correta leitura da interpretação de precedentes. Em sua mesma medida, a decisão judicial – sentido próprio de precedente – ou sua *ratio* – sentido impróprio, segundo Macêdo (2016) – é expressão textual inserida na tradição temporal, histórica e finita em que se encontra seu intérprete, o juiz. Atesta-se, portanto, a justa compatibilidade em compreender os precedentes pela ótica da hermenêutica filosófica.

Aplicado a este contexto, a compreensão designa a manifestação do juiz-intérprete no mundo, que enquanto ser temporal, acessa pela linguagem conhecimentos prévios para entender o direito, a partir de toda a formação requerida para que alcance sua posição profissional e por suas experiências de vida. De modo que, ao colocar-se a interpretar determinados termos utilizados na redação do precedente, irá realizá-lo a partir de suas próprias pré-concepções do significado que eles possuem.

Após este contato, faz-se a verificação que Gadamer (2008) evoca, ou seja, o exame comparativo entre os sentidos que carrega previamente e o que está contido harmonicamente

no precedente, observando se a semântica pré-compreendida é adequada ao que propõe o texto. E, tal qual como na lei, caso subsistam múltiplas interpretações possíveis, irá eleger a mais adequada. Por isso, um sistema que tenha como objetivo a restrição da atuação do magistrado deverá primar pela clareza na produção de seus precedentes, haja vista que a interpretação não deixará de existir, mas quanto mais preciso for o texto, menores as oportunidades para que o intérprete tenha que eleger a melhor ótica possível.

Em que pese a peculiaridade do precedente, deve-se considerar que o próprio objeto de interpretação do juiz-aplicador é resultado de processo anterior de interpretação, realizado pela corte que o emitiu. Isto é justamente o objetivo colocado ao precedente, seja para viabilizar a unidade do direito ou para evitar a arbitrariedade de magistrados, o precedente dispensa que o aplicador do direito precise percorrer todo o processo de interpretação da lei, em especial, em hipóteses complexas que permitem múltiplas interpretações. Ao se determinar a vinculação do juiz a um entendimento semelhante consolidado no passado, limita-se que este interprete apenas o entendimento de outra corte, sem que necessite ou deva recuar autonomamente à lei.

Esta construção tem dois resultados relevantes. Em primeiro lugar, havendo a possível vinculação a um precedente, impõe-se ao magistrado profundo conhecimento do quadro fático do caso concreto, questão trabalhada em momento posterior. Em segundo lugar, estando pré-estabelecida a interpretação adequada da lei em um precedente judicial, não é possível falar em dispensa da hermenêutica do juiz, mas que a interpretação terá como objeto o próprio precedente, que carrega, por sua vez, muito do processo interpretativo da corte anterior.

Nesse sentido, o giro hermenêutico proposto por Hans Gadamer (2008), que tem por consequência o rompimento com a dicotomia entre sujeito e objeto no processo da interpretação, adota-se plenamente. A partir do raciocínio do autor alemão, tanto a lei, como seu intérprete, notadamente a corte prolatora do precedente, estão inseridos nos fenômenos sociais que estruturam a linguagem, de modo que os julgadores inserem suas pré-concepções e sua visão de mundo na interpretação que dão ao precedente. E, por conseguinte, o juiz que irá aplicar esta interpretação introduz sua própria e indissociável visão, dotada das experiências que perpassou.

Há, portanto, uma complexidade distinta na dinâmica interpretativa do precedente, na medida em que toda a sua hermenêutica deve ser observada por duas etapas. A primeira, em que há a dupla natureza da corte prolatora como autora e intérprete, porque necessariamente interpreta uma norma ou prática social e a partir desta interpretação, produz-se o precedente, e a partir daí assumem a posição de autora, insere conteúdo e expectativa de similitude semântica

do texto que o magistrado aplicador, o intérprete final e remetente do texto dado e conclui o que de fato está sendo dito.

Para caracterizar a hermenêutica na aplicação de precedentes, considerando a natureza do exercício enquanto interpretação de um texto que produz, por sua vez, interpretação paradigma da norma, é importante retomar a ideia de círculo hermenêutico que Gadamer (2008) delineia pelos ensinamentos de Heidegger. Como já se estudou, trata-se de exercício cíclico e constante no qual o intérprete acessa a tradição que pertence e observa o que isso lhe diz sobre o objeto, nesse sentido, dá-se a verificação das pré-concepções aos conceitos adequados. Como se sabe, a interpretação está justamente no “entremeio” (GADAMER, 2008, p. 391) entre o que é familiar ao intérprete e o que lhe é estranho ou novo.

A consequência que se conhece deste raciocínio de Gadamer (2008) é a consideração de que não se parte do zero para tecer uma interpretação, menos ainda quando o objeto é o resultado da interpretação de outrem, como é o caso. No exercício do juiz aplicador estará contido o exame dos fatos no caso em discussão e do caso que deu ensejo ao precedente, os axiomas daquela cultura, bem como as demais decisões existentes no sistema, de forma que, sob modo algum, a interpretação de um precedente limita-se à letra do texto. Como Gadamer evoca ao observar a hermenêutica jurídica, é realizada a “ponderação justa do conjunto” (GADAMER, 2008, p. 433).

O pensamento de Gadamer (2008) e Dworkin (2007) afasta a possibilidade de se conceber a interpretação como a mera análise literal do texto do precedente judicial. Para estes autores, atinge-se a ampla compreensão do objeto jurídico quando se consideram as diversas decisões proferidas para demandas similares a que se coloca, de modo que o exercício do magistrado não está apenas na leitura e compreensão do sentido disposto no precedente, mas onde este goza de similitude com seu caso e com os demais casos do ordenamento, de maneira a conferir a coerência e harmonia no direito.

Nesta seara encontra-se o princípio da integridade jurisdicional, no qual o juiz, enquanto aplicador que observa todo o campo semântico do direito para proferir sua decisão à luz do precedente obrigatório, é responsável pela garantia da integridade jurisdicional. Isto é, do mesmo modo que o magistrado deve considerar as diferentes leis editadas de forma a garantir que elas sejam aplicadas em complementariedade e organicidade, o magistrado assume a responsabilidade de tornar as decisões uníssonas.

Esta é outra dimensão do precedente, se por um lado, a corte que julga decisão paradigma ou enunciado de súmula deve considerar a integridade na prestação jurisdicional e buscar não se posicionar de forma completamente desordenada e inconsistente, também o

aplicador, notadamente os juízos de primeira e segunda instância, é responsável pela coerência do sistema jurídico. Diante disso, a aplicação do precedente realizado pelo juiz, se baseada no princípio da integridade, irá adequar-se organicamente aos demais posicionamentos jurisdicionais produzidos para aquela matéria.

Nesse sentido, a integridade do direito, presente enquanto princípio tanto na produção do precedente, como em sua aplicação, torna a inserção do *stare decisis* no direito brasileiro uma realidade viável. Nessa acepção, destacam-se as considerações de Gadamer (2008) sobre a autoridade, quando demonstra o equívoco do Iluminismo ao rejeitar o respeito ao pensamento da autoridade pelo fundamento de não se pensar pela própria razão, quando, em verdade, valer-se desta orientação trata-se justamente do melhor uso da razão ao confiar-se na mais experiente e conhecedora. Nesse modelo, o precedente – não por coincidência, também chamado *authority* – trata-se justamente da interpretação dada por autoridades em hierarquia superior no direito, dotadas em regra de maior experiência profissional e saber do direito.

A autoridade baseada na qualidade do precedente, não somente pela interpretação que confere à lei, mas pela integração que goza com os demais posicionamentos presentes sobre o tema no ordenamento jurídico, é, segundo Amaury (2017), a verdadeira força vinculante que possui. Esta qualidade e unicidade são características capazes de formar a cultura de respeito aos precedentes, ainda que o artigo 988 do Código de Processo Civil de 2015 não reforce, pelo instrumento da reclamação, a força vinculante do precedente para todas hipóteses de decisão paradigma (BRASIL, 2015).

Havendo a integridade na formulação de decisões por parte das cortes superiores, ocorre, inclusive, a simplificação do exame interpretativo do magistrado nas primeiras instâncias, pois encontra uma reta direção na ponderação do conjunto das semânticas que compõe o direito, o que reduz consideravelmente a necessidade de que tenha que eleger a interpretação que confere a melhor luz ao direito e o magistrado possa se limitar à adequação de suas pré-concepções à voz que direciona a jurisdição.

Na colaboração do juiz-aplicador à composição da integridade do direito, encontra-se respaldo, inclusive, na metáfora criada pelo “romance em cadeia” de Dworkin (2007). Tratando o jurista como autor e crítico de uma obra literária, a metáfora coloca o juiz como autor de um capítulo de romance que é escrito por vários autores, de modo que o conteúdo de direito adicionado deve conter relação lógica entre o que foi acrescido pelo autor anterior e ser coerente o suficiente para que seja continuado adequadamente pelos próximos autores.

Da mesma forma no direito, o juiz quando recebe uma demanda concreta para decidir considera o que já foi decidido pelos outros no passado. No caso do juiz que deve respeitar o

precedente, precipuamente o capítulo anterior, este deve ser criado de forma que permita sua continuidade no futuro e o juiz aplicador deve considerar não somente uma harmonia com o que foi interpretado no passado, como as demandas que lhe surgirão e surgirão aos demais juízes no futuro.

A posição de crítico está justamente na verificação da pertinência de determinado precedente ao caso concreto e da melhor forma de aplicá-lo considerando a organicidade de toda a obra, ou seja, a jurisdição como um todo e as futuras decisões que poderão utilizar como base aquela aplicação. Por outro lado, a posição de autor é exercida no próprio exercício de interpretar o precedente, que de modo criativo, o juiz insere suas concepções do direito na ocasião em que aplica.

Essa dinâmica é especialmente pertinente ao advento do código de processo de 2015 na medida em que determina a obrigatoriedade da fundamentação nas decisões do juiz pelo art. 489 (BRASIL, 2015). Assim, a aplicação de precedentes não se trata de método automático e irrefletido em que se insere a cópia exata do que fora decidido no passado, mas demanda que o magistrado explique as razões que tomou para decidir, explicitando o que compreendeu do precedente e que similitudes o texto guarda com o caso que demanda uma solução.

Outra aplicação que o “romance em cadeia” permite ao contexto da vinculação de precedentes é a consciência de onde nascem os precedentes. Ocorre que, em um sistema como o brasileiro, em que ao mesmo tempo se percebe uma cultura de apelação das decisões até as últimas instâncias e confere-se natureza de precedente às decisões proferidas em sede de recurso repetitivo das cortes superiores, o magistrado de primeira instância assume sumo papel de relevância, haja vista que no deslinde inicial do caso concreto, a primeira decisão proferida em determinada demanda irá delinear as bases para o precedente que irá se formar.

Nesse contexto, o juiz de primeira instância é o autor do primeiro capítulo de um romance em cadeia que virá se tornar um precedente judicial. Desse modo, quando se pugna por julgamento que considere a integridade do direito, está a se afirmar que o magistrado inicial tenha consciência de que sua decisão poderá a vir se tornar um precedente que voltará a lhe influenciar quando estiver na posição de aplicador. Este cenário cíclico demonstra bem a extensão do romance em cadeia, uma obra jurisdicional que deve gozar de unicidade, uma vez que não se sabe até onde os contornos daquela história irão chegar.

Embora o mesmo não possa se dizer sobre as decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade, muitas são as ocasiões em que é possível ao magistrado de primeira instância que a demanda que julga no momento venha a se tornar um precedente judicial, haja

vista que apenas em fevereiro de 2018¹⁷, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu 39 temas em repercussão geral (CONSULTOR JURÍDICO, 2017), hipótese vinculante expressamente reconhecida pelo art. 927 do CPC (BRASIL, 2015).

O papel do juiz de primeira instância na formação continuada do precedente guarda peculiar importância, dadas as características do direito brasileiro, como exposto nesta mesma seção, diferenciando-se do *stare decisis* praticado nos países de tradição do *common law*, além de outros aspectos, por determinar a vinculação de precedentes que são decisões judiciais inteiras, não somente princípios que são retirados das decisões.

Se a experiência do direito inglês e norte-americano propiciou uma vasta e inconclusiva discussão sobre a identificação da *ratio decidendi*, no direito brasileiro, é especialmente importante a própria moldura do precedente, que é iniciada em primeira instância, na sentença.

3.2 VERIFICAÇÃO DOS FATOS E *DISTINGUISHING* COMO PROCEDIMENTO INTERPRETATIVO DO PRECEDENTE

Marinoni (2016) entende que a interpretação de precedente está centrada na verificação de seus elementos característicos, em especial na localização da *ratio decidendi*, mas também no amplo conhecimento dos fatos concretos que devem ser solucionados e nas peculiaridades fáticas do próprio precedente. Macêdo (2016), por sua vez, aponta a “autorreferência” (MACÊDO, 2016, p. 203) como característica funcional dos precedentes obrigatórios, que se trata da obrigatoriedade do magistrado em observar se existem decisões anteriores similares ao caso que deve solucionar. Nesse sentido, a “autorreferência” é parte da fundamentação da decisão do juiz.

Por certo, à medida que o direito brasileiro se aproxima da doutrina de precedentes, maior se assume o que Marinoni chama de “dignidade dos fatos em nosso sistema” (MARINONI, 2016, p. 185), processo este que vem acompanhado do recrudescimento da exigência de exposição dos fundamentos da decisão, medida que carrega em seu seio os propósitos norteadores da redação do novo código de processo, a previsibilidade e estabilidade do sistema decisório brasileiro.

Fato é que, seguidas as teorias interpretativas de Gadamer (2008) e Dworkin (2007), é necessário, para a compreensão real do texto que se interpreta e sua aplicação íntegra, que o magistrado verifique os fatos de forma ampla e geral, para que consiga encontrar as

¹⁷ CONSULTOR JURÍDICO. Veja os 39 temas com repercussão geral reconhecida pelo stf em 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-fev-04/veja-39-temas-repercussao-geral-reconhecida-2017-stf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

particularidades fáticas similares entre o caso concreto e caso anterior. Valendo-se da narrativa em cadeia que propõe Dworkin (2007), é necessário que o autor compreenda o cenário, os personagens e as circunstâncias fundamentais do capítulo que se busca dar continuidade para que a atividade se realize sem demasiada estranheza.

Nesse sentido, a importância dos fatos está em conferir o quadro racional adequado ao juiz para que este possa verificar se existem precedentes adequados para orientar ou determinar seu julgamento – autorreferibilidade – e, caso existam, quais fatos específicos são substantivos ao caso para determinar qual deles melhor apresenta solução ao conflito para, posteriormente, ser capaz de fundamentar sua escolha. Assim, é possível identificar outro eixo interpretativo do magistrado na aplicação de precedentes que a interpretação dos fatos e da questão jurídica correspondente.

Destaca-se, contudo, que a interpretação dos fatos e a compatibilização com uma questão jurídica no caso da aplicação dos precedentes não se confunde com a interpretação de uma lei, pela identificação de hipótese de incidência e aplicação de sua consequência. Embora a estrutura da relação lógico-formal se assemelhe, o exercício interpretativo realizado não se trata de meramente verificar dentro do quadro fático do precedente uma hipótese e, da solução dada pela *ratio*, uma consequência.

Adotar semelhante analogia significaria desconsiderar as bases delineadas para a *ratio decidendi* no capítulo segundo, uma vez que a estrutura normativa dotada de hipótese e consequência se encontra inteiramente inserida nos motivos determinantes da razão de decidir, ou norma do precedente.

Os fatos são a moldura de circunstâncias que possibilitam o enquadramento futuro da decisão judicial do passado, mas não integram a norma criada. São, portanto, os elementos suficientes que irão determinar se o assunto a que o precedente se destina é o mesmo que o magistrado tem que resolver e, caso existam fatos substanciais que não estão contidos no precedente, o magistrado é autorizado a deixar de aplicá-lo, uma vez que a solução que propõe é incapaz de solucionar o conflito subjetivo dos jurisdicionados em questão.

Havendo esta situação na qual os fatos substantivos do caso concreto não se encontram abarcados pelo precedente ou se encontram diferenças suficientes, o magistrado efetua o *distinguishing*, que se trata justamente do afastamento do precedente judicial ao caso concreto. O exame do *distinguishing* consiste na atividade do juiz de fazer diferenciações entre os casos, etapa necessariamente posterior à verificação dos fatos, uma vez que, dotado de obrigatoriedade, deixar de aplicar um precedente é a exceção à regra que dispõe o ordenamento

jurídico, por esta razão que o art. 489 do CPC determina que o juiz justifique e demonstre as distinções entre os casos quando deixar de aplicar o precedente (BRASIL, 2015).

Macêdo (2016) entende que a distinção é um método de aplicação de precedentes fundamental, em que se realiza um raciocínio analógico capaz de remodelar os precedentes, na medida em que produz a limitação de seu campo de aplicação. Também nesta atividade está a interpretação criativa do juiz, apresentada por Dworkin (2007), haja vista a contribuição do magistrado quando restringe o âmbito de aplicação de um precedente e limita uma interpretação a determinadas circunstâncias que até então eram desconhecidas pela corte que o emitiu, como um processo de lapidação da interpretação fixada.

Como elucidação, propõe-se considerar um precedente judicial hipotético¹⁸ que permite o ingresso com trajes de banho em restaurante, com o fundamento de que não se deve impedir a liberdade de ir e vir do sujeito de direito. Imagine-se, então, que o juiz em primeira instância se coloca a analisar uma demanda que questiona proibição de entrada em trajes de banho em templo religioso. Pelo procedimento de verificação dos fatos, o magistrado irá observar se o precedente encontra limitações, por exemplo, se é restritivo a restaurantes beira-mar, enquanto, ao observar o caso que deve decidir, não poderá deixar de considerar a diferença entre estabelecimento alimentício e templo religioso. E poderá, justificadamente, afastar a aplicação do precedente ao caso concreto.

Ressalta-se, contudo, que o *distinguishing* afasta apenas a vinculação obrigatória ao precedente, mas não retira sua autoridade, de modo que o julgamento do magistrado deverá considerar, caso inexistir outro precedente mais abrangente que lhe vincule, o *animus* contido no precedente afastado e determinar uma solução ao caso concreto que guarde relação com o entendimento daquela corte, haja vista a determinação contida no artigo 926 do Código de Processo Civil para que a jurisprudência seja uníssona e íntegra (BRASIL, 2015).

Por fim, cabe ao magistrado verificar, durante o processo de aplicação do precedente, a questão jurídica que este enfrenta. Esse ponto vai além da seleção dos fatos e questões controversas, mas está justamente na identificação da *ratio decidendi* e seu âmbito de decisão. No direito brasileiro, diferente da tradição do *common law*, o exercício pode-se dar de modo mais simples, uma vez que se reconhece legalmente a figura de recursos repetitivos, súmulas vinculantes e ações versadas em matéria constitucional abstrata como espécies de precedentes. Essas espécies adotam a seleção de tese jurídica fixada, instrumento pelo qual a corte prolatora do precedente é responsável por delinear os contornos da *ratio* quando a decisão é emitida.

¹⁸ O exemplo inserido é ficcional e elaborado pela autora deste estudo.

Nesse contexto, o magistrado observará a determinação composta na tese fixada, por exemplo, “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins” (BRASIL, 2017), e terá de verificar se esta é de fato a questão jurídica que se busca decidir no caso concreto, se há uma complexidade superior no exame do problema, ou se sobreveio modificação legislativa que alterou o conceito central para tese em questão, que enseje a inobservância deste precedente.

O juízo hermenêutico do magistrado está presente em diferentes eixos, especialmente quando se coloca como premissa fundamental que a interpretação do precedente não decorre da mera subsunção de um texto aplicado ao caso concreto. Como se observou, a acepção filosófica da compreensão proposta por Gadamer (2008) funde as atividades de compreensão, interpretação e aplicação, todas enquanto um processo existencial e temporal do juiz enquanto ser-intérprete no mundo.

Por outro lado, o pensamento de Dworkin (2007) claramente insere o magistrado, em especial de primeira instância, como peça fundamental para a integridade do direito, seja na aplicação ou até mesmo na origem do precedente. E, por fim, em um eixo prático, o procedimento do *distinguishing*, privilegiado no direito processual brasileiro, surge como ferramenta de aplicação do precedente, demandando interpretação dos fatos e do direito, tanto da decisão paradigma como do caso concreto, demonstrando não somente a existência da interpretação judicial dos precedentes, ainda que obrigatórios, mas de que diferentes formas esta interpretação ocorre.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento do novo Código de Processo Civil em 2015 selou um compromisso firmado pelo legislador com a promoção de uma sistemática de resolução de demandas que propiciasse estabilidade e previsibilidade ao ordenamento jurídico brasileiro. Entre as preocupações da comissão que redigiu o anteprojeto do código estavam a morosidade da justiça e a desigualdade promovida por decisões imprevisíveis, frutos de uma jurisprudência instável. A solução encontrada, dentre outras diversas inovações introduzidas pelo diploma legal, foi a aproximação do direito brasileiro a uma doutrina de precedentes, de modo que os magistrados das instâncias inferiores precisassem respeitar as decisões proferidas pelos tribunais superiores.

Contudo, em decorrência do dinamismo e do diálogo de interesses típicos do processo legislativo brasileiro e da falta de tradição do país quanto ao fortalecimento de cortes superiores, diversas alterações foram promovidas entre o texto apresentado pela comissão de juristas até o texto que foi promulgado e iniciou sua vigência em março de 2016. Dentre elas, a redução das ocasiões em que os artigos se referem expressamente a “precedentes”, termo substituído por espécies de decisões e enunciados, o que tornou muito singular a experiência brasileira na implementação do *stare decisis*.

Outro aspecto marcante do processo de alteração do código de processo está na limitação de eventuais práticas arbitrárias praticadas pelos juízes. Nesse sentido, optou-se pela inclusão de maior recrudescimento na exigência de fundamentação das decisões, pela figura do artigo 489 (BRASIL, 2015). Esta previsão acaba por obrigar o juiz a traçar nexos de causalidade não somente com a norma aplicada, mas também sobre o precedente aplicado, bem como demandou ao magistrado debruçar-se sobre os fatos e argumentos levantados pelas partes. Portanto, a sistemática do Código de Processo Civil ampliou, a partir daí, o zelo interpretativo do juiz.

Na aplicação de precedentes, em especial, é preciso se perguntar se estas decisões são sucessíveis à interpretação do magistrado ou se estaria ele condicionado à aplicação literal do que já foi previamente decidido. Partindo do ensinamento do jurista Macêdo (2016), o precedente trata-se inicialmente de um texto, escrito ou falado, e por isso, demandaria interpretação. Conforme o exposto, pelo pensamento de Gadamer (2008) e Dworkin (2007), rejeita-se a interpretação literal fruto de uma subsunção automática do sentido do direito na decisão, o agir hermenêutico do magistrado se trata de um exercício complexo, em especial na aplicação de precedentes judiciais.

Gadamer (2008) entende que a aplicação é tão parte da hermenêutica como a interpretação textual e a compreensão, uma vez que é por aquela atividade que se dá concretude ao objeto que se busca desvendar. Nesse processo, o filósofo apresenta a dinâmica do círculo hermenêutico, que envolve um movimento cíclico de verificação de pré-concepções do intérprete com a adequada proporção trazida pelo objeto. A compreensão se dá, portanto, na comparabilidade da visão de mundo do intérprete com a semântica contida na tradição na qual está imerso o objeto.

A aplicação deste raciocínio na interpretação de precedentes se dá pela captação do magistrado do conteúdo de direito que sua visão de mundo pode compreender e compatibilizar com a interpretação desenhada pela corte na emissão do precedente. Trata-se, portanto, de desvendar quais pré-concepções do magistrado são compatíveis com aqueles que foram introduzidos na interpretação fixada pela corte, como um eterno ciclo de lapidação de pré-concepções face às limitações que possui a própria decisão judicial e a norma da qual ela se origina.

Deve-se considerar, ainda, o pensamento dworkiano, que encontra fina sintonia com Gadamer (2008), na medida em que reconhece o processo interpretativo como criativo, em que a continuidade na interpretação vai, paulatinamente, acrescentando conteúdo de direito na lei interpretada. No entanto, este agir hermenêutico encontra estabilidade quando realizada segundo o princípio da integridade jurisdicional, ou seja, pelo traço unidirecional, em que as decisões dos magistrados se encontram de forma orgânica e harmoniosa em relação ao resto do ordenamento.

A coerência lógica que Dworkin (2007) aduz é representada pela narrativa de um romance em cadeia, ou seja, como demonstrado, uma história escrita, capítulo a capítulo por diferentes autores, cujo sentido depende que cada autor escreva como um só e observe, para frente, os próximos romancistas e o grau de dificuldade que enfrentarão ao dar continuidade redigido pelo outro. A história que conta o conjunto de decisões presentes na jurisdição brasileira será coerente à medida que preservada a continuidade da jurisdição e o respeito à semântica dada pelos demais julgadores.

Tanto é deste modo que o Código de Processo Civil brasileiro incluiu os termos e a preocupação do jurista norte-americano nos dispositivos do artigo 926, quando o legislador determina aos juízes que mantenham a jurisprudência íntegra, assim como no artigo 489, §3º, quando o diploma determina que as bases para interpretação da decisão judicial devem ser a “conjugação de todos os seus elementos” (BRASIL, 2015), restando cristalina não somente a

influência de Dworkin (2007) no direito brasileiro, como a íntima relação que o código traça com o princípio da integridade do direito.

Enquanto instrumentos interpretativos, o CPC de 2015 introduziu o cenário de dignificação dos fatos no direito brasileiro, isto porque coube ao juiz, na dinâmica de solucionar um caso concreto – e também às partes na apresentação de argumentação convincente ao caso –, a demanda de verificar três aspectos antes de partir para a tomada autônoma de decisão: a. verificar previamente a questão de direito sobre a qual versa o caso concreto; b. buscar a existência de precedente que solucione questão similar; c. realizar detido exame dos fatos e das razões de decidir tanto do caso concreto como do precedente; e, por fim, d. decidir pela aplicação ou afastamento do precedente na solução do caso.

Todo este processo é, certamente, um procedimento interpretativo, na medida em que demanda que o juiz interprete, com sua visão de mundo, os fatos do caso concreto e do precedente, que é, na verdade, a narrativa de fatos realizada segundo os filtros de outrem. Demanda que este magistrado também analise a questão de direito inserida no precedente e amplie ou limite as bases desta decisão pela opção pela aplicação, que é a regra geral do CPC, ou realize o *distinguishing*, que é a exceção e deve ser fundamentada.

Diante de todos os elementos estudados nesta análise, cumpre reconhecer a existência de juízo de convencimento hermenêutico e racional pelo magistrado na atividade de aplicação do precedente judicial no caso concreto. Fundamentalmente, é pelo processo de compreensão do precedente que o magistrado explicita sua visão de mundo e sua experiência sobre aquela matéria e a coloca em choque e adequação com as bases determinantes do precedente obrigatório. Essa atividade se realiza, segundo demanda o código, dotada de um olhar íntegro para a produção jurisdicional em conjunto, respeitando os limites dos fatos e da questão de direito presentes no caso concreto e no precedente analisado.

REFERÊNCIAS

- BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 18 de jun. 2018
- BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil. Lei Ordinária nº 13.105, de 2015.
- BRASIL. **Lei Ordinária nº 13.105, de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 jun. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 5216 AgRg/PA**. Relator Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2012, publicado em DJ em 18.09.2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tese de Repercussão Geral nº 69 em sede de RE nº 574706**. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+574706%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+574706%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aelef8p>> Acesso em 14 jun. 2018
- CARVALHO, Paulo de Barros. Hermenêutica no direito. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio Luiz. **Interpretação, retórica e linguagem**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 71-94.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Teoria hermenêutica. In: _____. **Direito Tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, cap. 03, p.155-205.
- CONSULTOR JURÍDICO. Veja os 39 temas com repercussão geral reconhecida pelo stf em 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-04/veja-39-temas-repercussao-geral-reconhecida-2017-stf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787) **Contitution of The United States**. Filadélfia, 1787. Disponível em <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em 17 jun. 2018.
- GADAMER, Hans-georg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. 2 v.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e corte supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes:** Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

NUNES, Jorge Amaury Maia. O precedente judicial e o CPC de 2015 (primeira parte). Disponível em <<http://www.amaurnunes.com.br/artigo/61>>. Acesso em 04 de jun. 2018

NUNES, Jorge Amaury Maia. O precedente judicial e o CPC de 2015: parte II. Disponível em <<http://www.amaurnunes.com.br/artigo/62>>. Acesso em 04 de jun. 2018

PANDOLFO, Rafael. **Jurisdição constitucional tributária:** reflexos nos processos administrativo e judicial. São Paulo: Noeses, 2012.

SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. **Hermenêutica:** arte e técnica de interpretação. 6. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. Para além da retórica, uma hermenêutica jurídica não relativista. In: _____. **Interpretação, Retórica e Linguagem.** Salvador: Juspodivm, 2018, p.13-27.