

# **A REPERCUSSÃO HERMENÊUTICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: A RACIONALIDADE POSITIVISTA COMO OBSTÁCULO EPISTEMOLÓGICO**

THE HERMENEUTICAL IMPLICATIONS OF JUDICIAL PRECEDENTS:  
THE POSITIVIST RATIONALITY AS EPISTEMOLOGICAL OBSTACLE

**Renan Sampaio da Costa**

## **RESUMO**

O objetivo do presente artigo é discutir criticamente qual é o papel que se pretende atribuir aos precedentes na fundamentação das decisões judiciais no Brasil. Diante do momento de reconhecida falta de isonomia da prestação jurisdicional brasileira, este trabalho aborda, a partir de um prisma hermenêutico, a relevância dos precedentes nas pretensões de coerência e previsibilidade da ordem jurídica. Para tanto, o estudo analisa o padrão de racionalidade desenvolvido em nossa cultura jurídica, reconhecendo seu caráter opinativo, personalista e não argumentativo. Problematiza-se a utilização dos precedentes como uma ferramenta de cunho positivista, mais preocupada em cortejar a autoridade da jurisprudência de soluções reiteradas das cortes do que em contribuir para a reconstrução argumentativa dos fundamentos de justificação das decisões. Por fim, constatando o déficit de legitimidade democrática da racionalidade jurisdicional predominante no país, a pesquisa aponta para a necessidade de transição do paradigma de justificação interna das decisões, que se ampara em premissas já predispostas, para um modelo de justificação externa das próprias premissas.

**PALAVRAS-CHAVE:** precedentes judiciais; hermenêutica; pós-positivismo; racionalidade jurisdicional; argumentação.

## **ABSTRACT / RESUMEN / RÉSUMÉ**

This article aims to discuss critically the role to be attributed to judicial precedents in grounding decisions in Brazil. This paper discusses from a hermeneutic perspective the relevance of precedents in consistency and predictability of the legal system, regarding the moment of lack of recognized equality of the Brazilian adjudication. Therefore, the study analyzes rationality's pattern developed in our legal culture, recognizing his opinionated, personalistic and not argumentative character. The use of precedents is problematized as a positivist tool, more concerned with praising the jurisprudence's authority of solutions reiterated by the courts than to contribute to the reconstruction of argumentative justification of fundamental decisions. Finally, noting the democratic legitimacy deficit of the prevailing judicial rationality in the country, this research points to the need of the transition from internal justification paradigm of decisions – which sustains in an already predisposed premises – for external justification model of its own premises.

**KEYWORDS / PALABRAS-CLAVES / MOTS-CLÉS:** judicial precedents; hermeneutics; postpositivism; court rationality; argument.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, muito se discute acerca das mudanças implementadas pela reforma do Código de Processo Civil brasileiro, introduzido pela Lei nº 13.105/2015. Dentre elas, a valorização e sistematização dos *precedentes judiciais* destaca-se como umas das principais inovações, trazendo no bojo do Novo Código de Processo Civil um capítulo específico para tratar do tema.

Etimologicamente, o vocábulo *precedente* possui acepções semânticas bem claras na língua portuguesa:

1. que precede; ocorrido anteriormente; anterior; 2. fato que permite entender um outro fato análogo e posterior; decisão ou modo de agir que serve de referência para um caso parecido; exemplo; 3. fato ou ato anterior invocado como justificção ou pretexto para se agir da mesma forma.<sup>1</sup>

Em termos jurídicos, o precedente judicial é definido como “*uma circunstância ou caso anterior, o qual é ou pode ser tomado como exemplo ou regra para casos subsequentes, ou que por algum ato ou circunstância similar possa ser amparado ou justificado.*”<sup>2</sup>

De maneira geral, tem-se entendido que a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios, prevista no novo diploma, resulta da intenção do legislador em resguardar a igualdade, a segurança jurídica e a previsibilidade do ordenamento jurídico, assegurando ainda a consagração do princípio da razoável duração do processo<sup>3</sup>. A sistematização dos precedentes exige, afinal, que as decisões judiciais passem necessariamente a observar aquelas que foram anteriormente prolatadas, garantindo-se a coerência e estabilidade do sistema jurídico. Mais do que isso, os precedentes vinculantes impelem a decisão judicial a pretender a universalidade de seu conteúdo – tornando-o de aplicabilidade extensível a casos similares.

O tema dos precedentes, contudo, envolve uma questão mais abrangente. É indene de dúvidas que vivemos um novo tempo no Direito. O século XXI se inicia baseado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores, sendo a Constituição um conjunto de regras e

---

<sup>1</sup> HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa* [CD-ROM]. Rio de Janeiro: Objetiva. Versão 1.0.1.

<sup>2</sup> GOODHART, Arthur Lehman. *Precedent in English and Continental Law*, p. 49 apud ODAHARA, Bruno Periolo. *Um rápido olhar sobre o stare decisis*. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 3, 01 jul. 2011, p. 72.

<sup>3</sup> Cf. DONIZETTI, Elpídio. *A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472>. Acesso em 25/01/2016.

princípios voltados a concretizá-los. A ascensão da hermenêutica como teoria interpretativa permitiu a superação do paradigma da racionalidade positivista e da prevalência da concepção formalista do Direito. A solução mais adequada para o conflito concreto deixou de estar amparada somente no sistema normativo para também ser buscada através de um procedimento circular de argumentação apto a conquistar os interlocutores – não apenas juristas, mas a comunidade como um todo<sup>4</sup>. Nesse novo tempo, exsurge a necessidade de justificar a pretensão de validade dos enunciados jurídicos por meio da correção discursiva das razões e argumentos.

Nesse contexto, é preciso destacar que não constitui objeto da presente pesquisa analisar os precedentes sob a perspectiva das implicações empíricas trazidas pela reforma do Código de Processo Civil brasileiro no ordenamento jurídico pátrio. O tema dos precedentes judiciais será examinado a partir de um recorte predominantemente filosófico, voltado às repercussões hermenêuticas exógenas ao fenômeno processual e dogmático. Da mesma forma, pretendemos aqui nos afastar de parâmetros de análise baseados nas dicotomias existentes entre *common law* e *civil law* e na compreensão do precedente a partir da lógica das fontes do direito. O principal propósito deste trabalho é investigar a dimensão argumentativa que os precedentes possuem no processo decisório e seu papel na construção de uma nova racionalidade jurídica no contexto do Brasil pós-constituente.

## **1. O PRECEDENTE COMO ARTÍFICE NA ESTABILIZAÇÃO DAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS**

A experiência humana no mundo moderno é marcada por complexidade e contingência. Complexidade porque os acontecimentos *possíveis* são sempre muito mais numerosos do que as experiências *efetivas*. Cada evento se realiza de maneira única, mas antes de ser realizado, suas possibilidades de ocorrência são quase infinitas: muito maiores do que a percepção humana pode apreender. A *experiência* implica necessariamente em uma escolha e esta escolha implica necessariamente na renúncia de outras tantas experiências possíveis. Já a *contingência* é

---

<sup>4</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 126.

consequência da complexidade: os acontecimentos não são necessários, mas apenas possíveis. Toda experiência concreta sempre pode ser diferente daquilo que realmente foi<sup>5</sup>.

Na medida em que a experiência humana se torna incapaz de projetar e controlar as possibilidades de cada acontecimento, o sujeito inevitavelmente desenvolve expectativas que possibilitam seu pensar, decidir e agir no mundo. Para Niklas Luhmann, as expectativas antecipam o futuro, garantindo relativa independência da experimentação e facilitando escolhas continuadas à longo prazo num horizonte de possibilidades mais amplo e mais rico em alternativas<sup>6</sup>.

Nessa perspectiva, o Direito, concebido como estrutura fundamental dos sistemas sociais complexos, não se restringe apenas a um instrumento de manutenção da ordem e de resolução dos conflitos, encontrando seu centro de gravidade na estabilização das expectativas de comportamento. O sistema jurídico impõe um conjunto de normas para que os sujeitos se orientem através da compreensão antecipada sobre as consequências de seus atos no mundo. A partir de comandos gerais e uniformes, o Direito estabelece um padrão de ordenação social estável, conferindo previsibilidade aos comportamentos travados nas relações interpessoais. Para tornar isso possível, opera a redução da complexidade desestruturada do ambiente social em uma complexidade estruturada, que é codificada por meio do esquema binário ‘lícito/ilícito’.

O Direito possibilita a *generalização congruente das expectativas normativas*<sup>7</sup> à medida que generaliza comportamentos que seriam discrepantes se não estivessem dentro de um sistema referencial de *valoração* de condutas<sup>8</sup>. A expectativa gerada sobre o *outro* é que ele se comporte conforme o Direito, assim como a expectativa sobre o que o *outro* espera de *mim* é que *eu* também pautar minha conduta segundo a orientação normativa geral e organizada. O Direito permite então “a *segurança sobre o comportamento próprio e a previsibilidade do*

---

<sup>5</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. I, p. 45-53, passim.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>8</sup> A acepção de *valoração* aqui utilizada refere-se ao processo pelo qual os comportamentos sociais são normativamente valorados no binarismo certo/errado e lícito/ilícito. Trata-se de referência indireta à noção genérica de “contrato social”, em que são instituídos consensos entre os indivíduos para possibilitar a convivências harmônica entre diferentes projetos de vida.

*comportamento alheio*”<sup>9</sup>, fixando um ponto de interseção entre as expectativas geradas reciprocamente.

Contudo, para garantir o controle das instabilidades sobre as expectativas socialmente estabelecidas, o Direito deve ser capaz de selecionar e classificar comportamentos a partir da adoção de um padrão normativo razoavelmente estável. Isto é, não basta apenas o prévio conhecimento sobre a resposta sistêmica diante da frustração da expectativa normativa. É necessário que os comandos do sistema jurídico sejam dotados de mínima estabilidade e congruência frente às discontinuidades do ambiente.

Se o Direito não se mantém coerente para oferecer respostas seguras aos problemas que surgem das peculiaridades e contingências do conflito concreto, ele se mostra incapaz de exercer sua função estabilizadora das expectativas normativas e das condutas sociais, tornando-se, neste panorama, fragmentado, contraditório e inócuo.

Na reflexividade das relações, o sistema jurídico atua no apaziguamento das incertezas sobre as expectativas que possuímos em relação a um conjunto de comportamentos possíveis do *outro*, ou seja, atua na expectativa não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do *outro*. Trata-se da “*dupla contingência*” ou da “*expectativa da expectativa*”. Mas de forma diversa das expectativas operadas no plano cognitivo, as *expectativas normativas* permanecem inalteradas mesmo diante das frustrações – não são adaptadas ou abandonadas se alguém as transgride.

As expectativas normativas, embora mutáveis e reajustáveis historicamente, são contrafáticas<sup>10</sup>. Sua vigência não está condicionada à satisfação ou à frustração da norma no plano concreto. Isso significa que o sistema jurídico preserva sua integridade e validade independentemente de sua eficácia: as normas podem ser revogadas e substituídas, mas não são adaptáveis à conformação da facticidade do conflito. Ao atuar na estabilização das expectativas normativas, o Direito não elimina os conflitos, mas assegura uma forma específica e predeterminada de solucioná-los, antecipando a resposta futura que será oferecida pelo processo decisório. Por isso, a segurança na expectativa sobre expectativas, *locus* onde o Direito se

---

<sup>9</sup> LUHMANN, op. cit., p. 52.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 55-57.

estrutura, se torna a base imprescindível a todas as interações sociais e muito mais importante que a simples segurança na satisfação de expectativas.<sup>11</sup>

A garantia de previsibilidade na resposta do sistema jurídico em relação às consequências das condutas humanas no mundo traduz-se, portanto, como elemento intrínseco do Direito e deve ser premissa inerente a um Estado que pretenda ser considerado como Estado Democrático de Direito. Se o sistema jurídico outorga para si o monopólio da resolução de conflitos como meio de assegurar a ordem social institucionalizada, ele também deve ser capaz de garantir aos membros da sociedade a confiança legítima no bom cumprimento de suas funções: através da consistência, previsibilidade, estabilidade e igualdade da prestação jurisdicional.

Neste sentido, entende-se que é fundamental que a decisão a ser tomada em um processo judicial – como engrenagem do sistema assegurador das expectativas estabilizadas – seja coerente e previsível e que o conhecimento sobre seus efeitos seja socialmente antecipado em uma esfera comunicativa mediada pela *confiança*. Como aponta Klaus Gunther: “*Uma expectativa correspondente somente pode ser estabilizada, se existir segurança jurídica numa sociedade e as decisões jurídicas puderem ser previstas por todos*”.<sup>12</sup>

A *confiança*, segundo Luhmann, permite que o indivíduo considere conscientemente alternativas para seguir um curso específico de ação<sup>13</sup>. Diferentemente da confiança estabelecida entre indivíduos, a confiança no sistema jurídico está ligada à possibilidade de avaliação sobre o resultado das próprias escolhas. Assim, a credibilidade operativa do sistema jurídico enseja a capacidade de estabelecer relações de causa e efeito segundo um critério de *confiança legítima*, permitindo que o risco de resultados contingentes seja conscientemente calculado.

Anthony Giddens, por sua vez, entende que a natureza das instituições modernas relaciona-se profundamente ao mecanismo da *confiança* em sistemas abstratos, sobretudo a confiança em *sistemas peritos*<sup>14</sup> (como é o caso do sistema jurídico). Confiança seria então uma

---

<sup>11</sup> Ibidem, p. 52-53.

<sup>12</sup> GÜNTHER, Klaus. *Uma concepção normativa de coerência: para uma teoria discursiva da argumentação jurídica*. Trad. Leonel Cesarino Pessôa. In: *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6. São Paulo: Departamento de Filosofia da USP, 2000, p. 98.

<sup>13</sup> GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São. Paulo: Unesp, 1991, p. 33.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 77.

forma de segurança adquirida sobre resultados prováveis, inculpada em um caráter de compromisso generalizado e não de uma simples compreensão cognitiva individualizada. A confiança conferida aos sistemas abstratos na modernidade seria meio imprescindível para estabilizar as relações sociais, condensando o grande nível de desconfiança inerente à complexidade da vida moderna.

Giddens ressalta que ao contrário dos ambientes culturais pré-modernos, em que as relações de confiança são organizadas localmente (como as relações de parentesco), nas condições de modernidade, as relações de confiança são desenvolvidas em sistemas abstratos desencaixados, nos quais as relações sociais são reorganizadas através de grandes distâncias espaço-temporais. Nessa perspectiva, a emergência de expectativas modernas contrafactuais torna o futuro “*um território a ser conquistado e colonizado*”<sup>15</sup>: a mensuração dos riscos permite mapear a miríade de futuros possíveis/desejáveis/disponíveis<sup>16</sup>.

Em outro giro, é preciso atentar que a pretensão de legitimidade da ordem jurídica fundada na *confiança* não pode ser alcançada sem a garantia de que casos iguais sejam solucionados de forma igual e casos desiguais, de maneira desigual. O ideal de integridade do sistema não se realiza meramente com a exigência óbvia de que casos idênticos devem ser decididos do mesmo modo, mas também com a necessidade de que situações não idênticas do ponto de vista fático – mas que guardam identidade substancial sob o prisma jurídico – devem ser solucionadas a partir de um critério uniforme.

A falta de consistência e simetria das decisões judiciais, ao permitir que em um mesmo sistema jurídico casos materialmente iguais sejam solucionados de forma desigual, sob critérios jurídicos diversos ou antagônicos, põe em cheque não só a função de preservação da estabilidade social do Direito, como também corrói as possibilidades de realização do ideal de justiça como igualdade substantiva<sup>17</sup>.

Esse ideal, embora esculpido sob formas e contornos heterogêneos no discurso da filosofia política, constitui-se como núcleo axiológico irrenunciável do império do Direito: a

---

<sup>15</sup> Cf. GIDDENS, Anthony. *Mundo em Descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro, Record, 2003, p. 33.

<sup>16</sup> Cf. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Op. cit., p. 45.

<sup>17</sup> Como explica Luhmann: “A Justiça torna-se agora a implementação uniforme do direito [...]” (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983. v. II, p. 86-87).

própria personificação da *dike*<sup>18</sup>. Mesmo dentre vertentes e proposições teóricas aparentemente inconciliáveis é possível depreender uma convergência teórica orientada em direção à exigência comum de tratar casos semelhantes (fáticos e jurídicos) da mesma maneira, de modo a fazer com que a norma jurídica e a decisão judicial sejam coisas opostas à mera autoridade e arbitrariedade do julgador<sup>19</sup>. Segundo John Rawls:

[...] afirma-se que onde encontramos a justiça formal, o Estado de Direito e o respeito às expectativas legítimas, é provável que também encontremos a justiça substantiva. O desejo de obedecer às leis de maneira imparcial e constante, de tratar casos semelhantes de maneira semelhante e de aceitar as conseqüências da aplicação de normas públicas tem uma ligação íntima com o desejo, ou pelo menos com a disposição, de reconhecer os direitos e as liberdades de outros e de repartir com equidade os benefícios e os encargos da cooperação social.<sup>20</sup>

A conexão feita por Rawls entre o respeito das expectativas legítimas e a realização da justiça substantiva num contexto de preservação de estabilidade e coerência do sistema jurídico evidencia, neste ponto, uma linearidade argumentativa com os pressupostos da teoria Jürgen Habermas:

Sob esse ponto de vista, as normas jurídicas têm que assumir a figura de determinações compreensíveis, precisas e não-contraditórias, geralmente formuladas por escrito; elas têm que ser públicas, conhecidas por todos os destinatários; elas não podem pretender validade retroativa; e elas têm que ligar os respectivos fatos a conseqüências jurídicas e regulá-los em geral de

---

<sup>18</sup> Suscita-se, com base em Hesíodo, o conceito do Direito como *diké* em seu significado relativo à igualdade e cumprimento da Justiça, em contraponto à acepção de *themis* apresentada em Homero, referente à autoridade, legalidade e validez da norma imposta pelo soberano. Originalmente, a significação de *diké* remete a ideia de “dar a cada um o que lhe é devido”, englobando simultaneamente o processo, a decisão e a pena. Nesse sentido, a significação do termo *diké* se materializa como uma manifestação de combate ao *status quo*, dentro de um contexto espaço-temporal marcado pela imposição do direito a uma classe que até então o recebia apenas como *themis*, isto é, como lei autoritária e arbitrária emanada pelo soberano. A exigência de um direito igualitário, que encontra sua base na *diké*, representou uma das mais altas metas sociais nos tempos antigos ao fornecer uma justa medida para decidir as questões litigiosas, com base no postulado de “dar a cada um o que lhe é devido”. Há que se notar, entretanto, que a designação do ideal de justiça como *diké* deve ser operada apenas como uma aproximação. O significado original da *diké* como igualdade não remete à acepção contemporânea do vocábulo concebida como um valor, mas sim como algo palpável: justo era aquilo que se mostrava certo e adequado ao direito dos homens.

<sup>19</sup> Uma notável divergência teórica sobre o tema pode ser encontrada no texto *Liberalismo político: uma discussão com John Rawls* (In: *A Inclusão do Outro*, São Paulo: Loyola, 2004), em que Jürgen Habermas desenvolve suas principais críticas à acepção de “justiça como equidade” de John Rawls apontando que sua teoria acabou por confundir a noção deontológica de justiça com a noção teleológica de bem.

<sup>20</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 72.



tal modo que possam ser aplicados da mesma maneira a todas as pessoas e a todos os casos semelhantes.<sup>21</sup>

Já em Luhmann, a falta de um direito à igualdade diante das decisões judiciais impede a generalização congruente das expectativas normativas, gerando desconfiança social na função jurisdicional do Estado à medida que os *hiatos jurídicos* provocam um estado de instabilidade e insegurança sistêmica. Nas palavras de Luhmann:

[...] todo o aspecto normativo de uma decisão jurídica tem, portanto, que pretender sua generalização, implicando que casos iguais serão decididos da mesma forma. Por isso a decisão judicial não pode ser apropriadamente concebida como a lei do caso particular.<sup>22</sup>

Nesse contexto, o debate acerca da adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais no Brasil torna-se extremamente pertinente. No senso comum atual, predomina a ideia de que o destino da maioria das causas no Brasil está mais atrelado à *sorte* dos litigantes do que à consistência e à integridade da tutela jurisdicional. Em verdade, não é difícil verificar provimentos decisórios completamente díspares em situações substancialmente idênticas.

[...] a tradição do civil law, quando aplicada aos nossos dias, faz pouco da igualdade. O direito processual costuma se preocupar com a igualdade no processo - ou seja, com a igualdade de tratamento no interior do processo - e com a igualdade ao processo - isto é, com a simétrica disponibilidade de técnicas processuais -, mas se esquece, por desprezo à realidade da vida e dos tribunais, da igualdade perante as decisões. O dizer, insculpido na velha placa colocada sobre a cabeça dos juízes, de que a lei é igual para todos, constitui escárnio a aqueles que, diariamente, assistem colegiados de um mesmo tribunal, ou mesmo tribunais estaduais ou regionais distintos, proferindo decisões diferentes para casos absolutamente iguais.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 182-183.

<sup>22</sup> LUHMANN, op. cit., v. I, p. 34-35.

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Texto base da conferência proferida no Congresso de Direito Processual, realizado pelo Instituto dos Advogados do Paraná entre os dias 21 e 23 de outubro de 2010. Disponível em: [www.marinoni.adv.br/files\\_/Confer%C3%A2ncia\\_IAP2.pdf](http://www.marinoni.adv.br/files_/Confer%C3%A2ncia_IAP2.pdf). Acesso em: 25/01/2016.

Certo é que o estado de total fragmentação e imprevisibilidade da prestação jurisdicional brasileira – a qual se convencionou chamar de *jurisprudência lotérica*<sup>24</sup> – contribui de modo determinante à instauração de um estado de insegurança jurídica e social, abalando a confiança não só na legitimidade da atuação do Poder Judiciário, mas no próprio Direito enquanto estabilizador das expectativas normativas. A própria exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil assevera:

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. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. [...] <sup>25</sup>

Com efeito, os precedentes judiciais atuam na pretensão de uniformização das decisões judiciais visando a garantia na previsibilidade da resolução dos casos e a unidade e coerência do sistema jurídico. Como fonte de referência normativa, os precedentes buscam fortalecer a confiança social no sistema jurídico ao promoverem maior previsibilidade e consistência das decisões, garantindo campos mais amplos e seguros à efetividade do princípio da igualdade.

Entretanto, para pensar na viabilidade de um sistema de aplicação de precedentes que cumpra adequadamente sua função na estabilização das expectativas normativas dentro da realidade brasileira é preciso antes discutir os fundamentos teóricos do próprio sistema que se pretende (ou não) instituir.

## **2. GENEALOGIA E DESCONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL**

Seguir precedentes consiste em clara manifestação da racionalidade humana. No Direito, os precedentes são uma das mais importantes fontes de normas na resolução de casos

---

<sup>24</sup> Termo cunhado por Eduardo Cambi, que afirma: “A idéia da jurisprudência lotérica se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes” (CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica. Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001, p. 111).

<sup>25</sup> O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil foi elaborado, em 2010, por uma comissão de juristas instituída pelo Ato n. 379/2009 e presidida pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 25/01/2016.

concretos<sup>26</sup>. Considera-se que decidir novos conflitos com base naquilo que já foi decidido em conflitos passados similares constitui uma tomada de decisão de acordo com o precedente.

Precedentes podem então ser definidos como decisões anteriores que servem de modelo para orientar novas decisões. Sob uma perspectiva sistêmica, são padrões decisórios. Ou seja, “*precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos*”<sup>27</sup>. Vale notar que a sistematização dos precedentes judiciais segue a tendência observada no ordenamento jurídico pátrio de incorporação de decisões judiciais com força normativa sobre outras, como é o caso das decisões declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, das súmulas e súmulas vinculantes, das decisões monocráticas em tribunais, do instituto da repercussão geral, entre outros<sup>28</sup>.

Conceitualmente, a doutrina jurídica distingue o precedente da jurisprudência. Enquanto o precedente faz referência somente a uma decisão proferida em um caso concreto específico, a jurisprudência está apoiada em múltiplas decisões relativas a diversos casos. Na definição de cada um dos institutos, precedente é

[...] a norma obtida no julgamento de um caso concreto que se define como a regra universal passível de ser observada em outras situações. O termo jurisprudência é utilizado para definir as decisões reiteradas dos tribunais, que podem se fundamentar, ou não, em precedentes judiciais. A jurisprudência é formada em razão da aplicação reiterada de um precedente.<sup>29</sup>

Mas não é só. Para além da questão quantitativa, a utilização do precedente requer a interpretação holística da controvérsia anteriormente resolvida e não apenas a referência a fragmentos sintéticos da fundamentação, como no caso da citação de jurisprudência.

---

<sup>26</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*. 2007. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, p. 4.

<sup>27</sup> DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* (v. II). 8. ed. Salvador: Juspodvm, 2014, p. 427.

<sup>28</sup> Cf. PINTO, Pedro Duarte. *O sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil e suas possíveis repercussões no diálogo do poder judiciário com os demais poderes*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, v.12, ISSN 1982-7636, p. 601.

<sup>29</sup> DONIZETTI, Elpídio. *A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil*, p. 13. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472>. Acesso em: 25/01/2016.

Contudo, as diferenciações conceituais, técnicas e terminológicas do precedente não serão objeto deste estudo. Diversos trabalhos científicos recentes se voltam para o tema dos precedentes judiciais com foco na abordagem sobre os mecanismos mais importantes à sua aplicação, tais como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*, *overriding*, *antecipatory overruling*, *prospective overruling*, *retrospective overruling*, entre outros. Esses estudos se pautam em uma lógica preponderantemente processualista, direcionada à compreensão sobre as consequências que a adoção de um sistema de precedentes vinculantes terá nas dinâmicas aplicação decisões judiciais, sobretudo à luz do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

Essa não é a proposta desta pesquisa, voltada essencialmente para analisar criticamente as possíveis contribuições da hermenêutica e da filosofia do direito para o tema em questão. No entanto, torna-se necessário tecer breves considerações sobre alguns desses mecanismos processuais. Isso porque quando se fala na obrigatoriedade de seguir precedentes está se falando, na verdade, na obrigatoriedade de seguir a *ratio decidendi* (ou *holding*) do precedente. A *ratio decidendi* é definida pela doutrina como a regra jurídica extraída de um precedente e aplicável como fundamento para a decisão de casos futuros: a tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto<sup>30</sup>. Trata-se do elemento normativo da decisão, o atributo que possui força para atuar externamente ao caso que lhe deu origem.

Na fundamentação de uma decisão, tudo aquilo que não fizer parte da *ratio decidendi* será, de maneira negativa, *obiter dictum*, isto é, “*argumentos jurídicos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, [...]*”<sup>31</sup>. Enquanto a *ratio decidendi* se constitui como a regra geral sem a qual o caso teria sido decidido de outra maneira, o *obiter dictum* é um elemento desnecessário para a decisão do caso que, por isso, não cria precedente. São as afirmações e argumentos contidos na motivação da decisão que podem até ser úteis para sua compreensão, mas não fazem parte de sua base jurídica. Apenas os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão é que podem ser invocados em julgamentos posteriores.

---

<sup>30</sup> DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* (v. II). 8. ed. Salvador: Juspodvm, 2014, p. 427.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 430.

Por isso, a força vinculante de um precedente está na *ratio decidendi* da decisão. É exatamente essa parte que vincula os órgãos judiciários a aplicarem a mesma regra em casos semelhantes posteriores. Segundo Marinoni, a *ratio decidendi* não se confunde com o dispositivo ou com a fundamentação da decisão, mas é algo externo a ambos, formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo<sup>32</sup>.

Historicamente, a fundamentação jurídica baseada em precedentes pode ser verificada em quase todas as tradições jurídicas, mas é nos sistemas da *common law* que o precedente desempenha um papel central na construção e na aplicação do Direito. Nessa tradição, a regra do precedente (baseada na doutrina do *stare decisis*) se relaciona com a expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, algo como "mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido". O precedente possui uma *holding* (*ratio decidendi*) que é irradiada para todo o sistema jurídico.

A grosso modo, costuma-se diferenciar os sistemas da *civil law* e da *common law* como, de um lado, sistemas de normas codificadas, e de outro, sistemas baseados em decisões judiciais precedentes – não obstante seja notória a gradual superação desta distinção. De qualquer forma, é possível observar que mesmo no interior da tradição da *common law*, não há um tipo de comportamento específico e determinado atribuído aos juízes para utilizar o precedente em suas decisões.

Adriana Vojvodic aponta para a existência de um antigo contraste de perspectivas, mediado entre uma visão tradicional dos precedentes no direito inglês e o entendimento consolidado a partir das doutrinas positivistas dos séculos XVIII e XIX<sup>33</sup>, que foi representado em seu grau máximo pela decisão do caso *London Street Tramways* de 1898<sup>34</sup>. Enquanto a visão tradicional entendia que o precedente não gera regras inflexíveis a serem necessariamente seguidas em casos posteriores, a doutrina positivista sustentava que o conteúdo do precedente é dotado de uma regra geral de autoridade, que por sua vez irá impedir que novas deliberações sejam tomadas em relação aos mesmos elementos do caso decidido anteriormente.

---

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 221.

<sup>33</sup> VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 50.

<sup>34</sup> Neste caso, a Câmara dos Lordes decidiu adotar um método de cálculo sobre indenização que havia sido estabelecido pela própria corte em um caso semelhante quatro anos antes, declarando-se formalmente vinculada à decisão que havia sido proferida anteriormente. *London Tramways v. London County Council* [1898] AC 375.

O debate sobre o papel do precedente foi intensificado durante o século XX. Em 1930, Arthur Goodhart se voltou para o desenvolvimento de regras de interpretação voltadas a determinar a *ratio decidendi* de um caso. O interesse de Goodhart era investigar a delimitação do elemento vinculante das decisões e quais etapas estariam envolvidas neste processo. Para ele, a *ratio decidendi* não seria determinada nas razões utilizadas pelo magistrado no fundamento de sua decisão, mas sim na escolha dos fatos materiais que integram o caso a ser decidido. Assim, a delimitação da *ratio decidendi* caberia exclusivamente ao intérprete, implicando em maiores possibilidades de manipulação do conteúdo decisório.

O método proposto por Goodhart, no entanto, será criticado por Julius Stone. Para ele, a elaboração da *ratio decidendi* a partir da escolha dos fatos materiais pelo intérprete resultaria na geração de diferentes graus de generalidade. A existência de múltiplas formas de conformação dos fatos materiais acabaria permitindo a criação de uma pluralidade de *rationes decidendi* possíveis, a depender da escolha quanto aos fatos relevantes do caso anterior. Cada escolha sobre os limites dos fatos materiais implicaria então em soluções distintas para o caso em julgamento.

Comentando o debate travado por Goodhart e Stone, uma nova concepção sobre a importância dos precedentes é levada à cabo nas formulações teóricas de Frederick Schauer. O precedente pensado por Schauer é como uma decisão acompanhada de fundamentação, não se traduzindo apenas como uma decisão final. Por isso, o precedente não se liga aos fatos que lhe deram origem, mas sim ao conjunto de explicações e justificativas, sob uma perspectiva mais ou menos sistemática. O magistrado resolverá um novo caso generalizando soluções específicas que foram encontradas em casos precedentes, sendo impossível estabelecer uma fórmula na realização de tal atividade. Schauer aponta para a existência de uma etapa a mais na aplicação do precedente em relação à aplicação das regras legisladas, referente à elaboração de uma prescrição genérica prévia.

Nesse ponto, é importante atentar para as diferenças entre a decisão baseada em precedentes e a decisão baseada em regras legisladas. Schauer indica que na elaboração de uma regra, diversas situações hipotéticas são generalizadas pelo legislador para que o comando estabelecido possa abranger e regular uma pluralidade de fatos e circunstâncias. O juiz então aproxima a prescrição genérica da regra ao acontecimento específico do caso para verificar sua aplicabilidade.

Já na aplicação do precedente, o juiz terá que escolher, a partir dos pressupostos fáticos disponíveis, quais elementos do caso anterior podem ser generalizados para orientar a resolução do caso *sub judice*. Esses elementos não se limitam aos próprios fatos do caso passado, podendo abranger também os fundamentos apresentados pelo juiz que podem ser generalizados para construção de um predicado genérico. No entanto, diferente do que ocorre na aplicação de regras legisladas, onde essa prescrição já está dada anteriormente, na aplicação de precedentes, a prescrição é formulada pelo próprio julgador no momento da decisão, analisando a solução do caso precedente.

À primeira vista, pode parecer não haver qualquer pertinência teórica-metodológica em abordar conjuntamente o uso de precedentes no direito inglês, os mecanismos para determinação da *ratio decidendi* e as diferenças de aplicação entre precedentes e regras legisladas. Contudo, o exame de cada um desses elementos possui um papel central para perscrutar as perspectivas da prática jurídica baseada em precedentes no Brasil, sobretudo porque “*a visão positivista do papel dos precedentes é incorporada por nossa tradição, ainda que não expressamente ou por força da adoção de um modelo teórico determinado [...]*”<sup>35</sup>.

A partir do postulado da falibilidade do referencial positivista como metodologia decisória, é possível estabelecer uma relevante problematização sobre o tema. Em primeiro lugar, o problema relativo ao antagonismo entre duas versões sobre a lógica do precedente judicial. Uma, que pode ser encontrada na visão tradicional do direito inglês, que utiliza o precedente como referência no processo de fundamentação adotado nos casos passados, atribuindo-lhe importância por ele ser elemento integrante de uma tradição e por fazer parte de um senso de identidade reconhecido na experiência travada na comunidade. E outra, baseada na doutrina positivista, comumente identificada na atividade jurisdicional brasileira, que se relaciona apenas à certeza e previsibilidade da decisão por um viés de autoridade, isto é, por uma questão externa e afastada da análise de conteúdo que os precedentes possuem.

Em segundo lugar, o problema relativo aos métodos para se determinar o que foi definido como *ratio decidendi* em cada decisão. As dificuldades para se construir a *ratio* do precedente enfatizam a maior relevância sobre o papel da argumentação na teoria sobre como os precedentes devem ser aplicados.

---

<sup>35</sup> VOJVODIC, op. cit., p. 53.

Por último, os problemas de interpretação na aplicação das regras legisladas, já tão debatidas no Direito, podem servir como base profícua na discussão sobre o uso de precedentes. Se a inerente abertura do texto normativo à interpretação já demonstra a complexidade de se resolver um caso concreto apenas à luz da regra legislada, o que pensar a respeito das tarefas interpretativas adicionais a serem desempenhas com a utilização de precedentes, em que aplicar o Direito de maneira coerente se torna ainda mais difícil?

Essas três problematizações permitem que se estruture uma abordagem crítica sobre as consequências que um entendimento positivista enseja na compreensão do precedente judicial, tendo em vista a forma sobre como se pretende resolver o estado de total fragmentação da prestação jurisdicional brasileira, marcada pela falta de isonomia e de segurança jurídica. Nesse sentido, o tema dos precedentes judiciais faz insurgir o debate sobre como o Direito se legitima simbolicamente, considerando que

[...] diante de nossa tradição, não argumentativa, opinativa e personalista, a referência aos casos anteriores tende, ainda hoje, a ser feita apenas em função de seu resultado e não em função de seus fundamentos, da justificação, ou seja, dos argumentos utilizados pelos juízes para justificar sua decisão.<sup>36</sup>

Diferentes decisões para casos iguais revelam uma ordem jurídica incoerente. Mas ao mesmo tempo que identificamos os problemas relativos à segurança jurídica, percebemos que, diante do paradigma jurídico pós-moderno, o Direito certamente não se resume a um sistema legal de regras e princípios que encontra seu fundamento de validade em critérios meramente formais. Tampouco a jurisdição se reveste como simples função voltada à atuação da vontade concreta da lei<sup>37</sup>, ao passo que a legitimidade da decisão judicial não se circunscreve à observância estrita das normas postas no ordenamento jurídico.

Por isso, quando se pretende falar em igualdade perante às decisões judiciais pelo uso de precedentes não se pode entender a consistência da ordem jurídica como uma questão a ser resolvida pela mera aplicação da lei ou pela utilização mecânica do precedente. O ideal de Justiça como igualdade nos remete, sobretudo, ao problema da interpretação judicial.

---

<sup>36</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 8.

<sup>37</sup> Cf. clássico conceito de jurisdição apresentado por Giuseppe Chiovenda.



### 3. A INTERPRETAÇÃO COMO UM ROMANCE EM CADEIA

Na obra “O Império do direito”, Ronald Dworkin utiliza a metáfora do *romance em cadeia* com o objetivo de ilustrar o trabalho do magistrado no momento da decisão judicial. Para tanto, equipara a atividade do juiz ao trabalho de um escritor de romances dentro de um projeto no qual um grupo de romancistas recebe a atribuição de desenvolver conjuntamente um romance em série.

Nessa dinâmica, cada romancista interpreta os capítulos elaborados pelos romancistas anteriores para, a partir desses, escrever seu próprio capítulo no romance. O capítulo será então examinado pelo romancista seguinte, que adicionará mais um novo capítulo, e assim por diante. Todos os escritores devem considerar atentamente tudo aquilo que já foi agregado para que a soma de cada capítulo possibilite a criação de uma obra única e coerente.

O escritor envolvido no desenvolvimento de um *romance em cadeia* deve sempre estar atento à continuidade do romance, elaborando seu capítulo a partir de uma interpretação sistêmica capaz de neutralizar sua leitura individual da obra. Assim, o processo de interpretação de cada autor deverá abordar elementos como trama, gênero e personagens sob o ponto de vista daquilo que considera como continuidade da obra e não como novo começo particular.

Isso não significa que o romance deva necessariamente seguir uma direção rígida iniciada pelo primeiro escritor, mas sim que os novos rumos interpretativos do romance devem ser apresentados como aqueles que se ajustam melhor ao desenvolvimento da obra. Logo, a opinião sobre a melhor interpretação a ser adotada na construção da obra deve ser conquistada e defendida pelo intérprete como qualquer outro argumento interpretativo<sup>38</sup>.

A metáfora do *romance em cadeia* enseja a concepção de que a decisão jurídica deve ser baseada em uma interpretação que dialogue com casos decididos por outros magistrados, ainda que distribuídos no tempo e no espaço. As decisões jurídicas fazem parte de uma longa história na qual o magistrado terá a incumbência de interpretar e continuar de acordo com aquilo que entende ser *o melhor andamento a ser dado à história em questão*<sup>39</sup>. Sua escolha interpretativa não poderá nem ser totalmente livre, nem totalmente limitada. As decisões anteriores influenciam nas novas, mas não tem o poder de comandá-las.

---

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 285.

<sup>39</sup> Cf. *ibidem*, p. 285-293.

Neste sentido, a interpretação do Direito é construtiva: as decisões anteriores exercem uma *força gravitacional* sobre as novas decisões, mesmo quando se situam fora de sua *órbita* particular<sup>40</sup>. O magistrado busca interpretar o Direito da melhor maneira possível tendo por base interpretações passadas, dando continuidade de aplicação aos melhores princípios comuns capazes de serem encontrados através da interpretação.

Não se trata de um vínculo de autoridade imposto pelo passado: as decisões anteriores interferem no processo de interpretação do novo juiz porque ele deve associar a justificacão a ser apresentada em sua decisão ao conteúdo das decisões tomadas anteriormente pelos demais juizes. Segundo Dworkin:

A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juizes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Insiste em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários à sua justificativa. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o status quanto o conteúdo dessas decisões anteriores.<sup>41</sup>

Por isso, a noção de força gravitacional das decisões proposta por Dworkin não se traduz como vinculação estrita sobre o dispositivo da decisão proferida no caso anterior. O elemento central que explica a tendência à atração que as decisões anteriores possuem sobre as novas inclui uma razão de justiça, isto é, está respaldada por um juízo de equidade, que exige que casos semelhantes sejam tratados de maneira semelhante.

Esta não é uma tarefa fácil. Para dar conta da complexa estrutura interpretativa exigida pela atividade jurídica, Dworkin utiliza a ideia de um juiz imaginário denominado de “Hércules”, que personifica a tarefa do juiz em realizar o Direito como integridade. O julgamento de Hércules, considerando diferentes dimensões de interpretação, deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos capaz de fornecer uma justificacão coerente a todos os precedentes, de forma a permitir que a decisão a ser tomada seja compatível não só

---

<sup>40</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.174 et. seq.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 273.

com os princípios estabelecidos, mas também com um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas.<sup>42</sup> Seu objetivo, portanto, é justificar, em termos de equidade, a história institucional do sistema jurídico através de um conjunto coerente de princípios.

Neil MacCormick critica a tarefa atribuída por Dworkin ao juiz. Para ele, o juiz não é um super-humano e deve decidir a disputa de um caso concreto conforme os termos que são apresentados pelas partes, apenas justificando suas escolhas e demonstrando que a solução encontrada pode ser igualmente reproduzida em outras situações. A noção de coerência para MacCormick é expressão de uma racionalidade que permeia a decisão tanto de maneira interna – através da racionalidade dos argumentos utilizados na decisão – quanto de maneira externa – a partir da conexão entre os argumentos utilizados, os fatos narrados e o ordenamento jurídico<sup>43</sup>.

Assim, as decisões a serem tomadas não podem ser livres, indeterminadas e solipsistas. Devem girar em torno de um referencial de *universalizabilidade*, entendido como a capacidade de um determinado argumento ser igualmente aplicado em uma mesma ordem jurídica. Esse ideal indica que a decisão a ser tomada deve conter uma premissa geral que pode ser novamente aplicada no caso de ocorrer uma situação idêntica em outro momento.

À medida que a motivação das decisões anteriores representa uma limitação normativa determinável, a nova decisão deve ser pautada pelo debate argumentativo que visa ao convencimento através de boas razões. Desse modo, o processo de aplicação do direito é entendido como um processo marcado substancialmente pela coerção argumentativa. Essa coerção se operacionaliza, por sua vez, na *ratio decidendi*, que constitui para MacCormick, uma norma jurídica retirada da decisão anterior.

Fica claro que as formulações teóricas tanto de Dworkin quanto de MacCormick, apesar de se orientarem por diferentes referenciais, incluem o elemento interpretativo e argumentativo como pressuposto determinante da aplicação do precedente. Por consequência, negam a possibilidade de utilização do precedente através de sua aplicação automática e subsuntiva na solução do caso.

Neste sentido, é possível inferir que o manejo adequado do precedente exige intensa atividade interpretativa. O responsável por identificar o conteúdo normativo de uma decisão

---

<sup>42</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*, op. cit., p.182.

<sup>43</sup> Cf. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. *A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades*, p. 209. Disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/3281/2064>. Acesso em: 25/01/2016.

judicial, isto é, sua *ratio decidendi*, não é aquele que profere a decisão, mas sim o intérprete do novo caso. Não há uma delimitação específica *a priori* contida na decisão que pode ser facilmente extraída como *ratio decidendi* do precedente. Não é possível indicar de modo abstrato a *ratio decidendi* a ser utilizada para solução dos casos futuros.

Somente através de uma análise interpretativa é que se pode dizer o que é a *ratio decidendi*, e somente a partir de uma prática argumentativa o precedente pode adquirir significado. A diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* não é um dado objetivo ou metafísico. O precedente não contém em si mesmo uma prescrição que já está colocada. A tarefa de revelar qual a regra jurídica presente no caso anterior pertence exclusivamente ao intérprete do novo caso. Por isso, decidir conforme precedentes não pode significar a vinculação normativa rígida ao dispositivo de uma sentença.

A cadeia de precedentes de um ordenamento jurídico, independentemente de pertencer à tradição da *civil law* ou da *common law*, deve se referir à aplicação consistente de uma regra ou princípio jurídico em uma pluralidade de casos análogos, permitindo que o melhor conhecimento jurídico já concretizado em uma série de decisões se estabeleça como padrão normativo.

Todavia, a percepção do precedente como conceito interpretativo se torna ainda mais necessária em sistemas da tradição da *civil law*, como no Brasil, onde ainda é dominante o entendimento de que os precedentes desempenham um papel secundário dentre os elementos que compõem o direito, sobretudo em relação às normas produzidas pelo legislador. Se em grande medida é correto afirmar que na atual perspectiva vem se consolidando a convergência metodológica entre as tradições jurídicas, não é menos verdade que a realidade prática da aplicação do Direito na *civil law* – ou ao menos em nosso país – ainda está fundada em um paradigma essencialmente legalista.

Não se pode negar, afinal, que as decisões judiciais nos sistemas da *civil law* são incorporadas e manejadas de maneira completamente diferente de como são nos países da *common law*, em razão da própria matriz sócio-histórica de cada tradição. Aponta-se, a grosso modo, que na *common law* prevalece uma matriz de direito costumeiro muito anterior à existência de qualquer doutrina sobre precedentes, ao contrário do que se verifica na *civil law*, onde prevalece o direito escrito dos códigos. Como afirma John Merryman<sup>44</sup>, a história jurídica

---

<sup>44</sup> Cf. MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina* / John Henry Merryman, Rogelio Pérez-Perdomo. Trad.: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 91-104.

da *civil law* é, sobretudo, uma história de cunho intelectual, composta pelo debate travado entre as escolas de pensamento e pelas disputas entre seus doutrinadores, e frequentemente dissociada do contexto econômico e social que lhe é subjacente.

Não se pretende aqui adentrar nessa discussão. É indubitável que as idiosincrasias de cada tradição existem e não podem ser sumariamente ignoradas. O que se quer chamar atenção é que o reconhecimento sobre a existência de diferenças estruturais entre a *common law* e a *civil law* não pode ensejar a compreensão falaciosa – mas muita propagada – de que atribuir força gravitacional aos precedentes representa uma anomalia e desvirtuamento em relação às fontes do Direito típicas da *civil law*. A constante e incontestável aproximação entre as duas tradições sobleva a necessidade de se ultrapassar a separação estanque que a corrente de pensamento tradicional insiste em manter.

Negar a aproximação e o cotejo da *civil law* com a teoria do *stare decisis* simplesmente por entendê-la alienígena é criar uma barreira indissolúvel na globalização das culturas jurídicas, relegando eternamente os precedentes a segundo plano em uma apoteose cristalizadora da tradição romano-germânica. A rejeição *prima facie* do que se convencionou chamar pejorativamente de “commonlização do direito brasileiro” acaba por indicar uma postura limitadora e empobrecedora no debate sobre o tema. A passagem de sistemas legais monocêntricos para sistemas policêntricos nada mais são do que o resultado do fenômeno contemporâneo de reconhecimento da existência de múltiplos centros de produção do Direito.

Como afirma Luís Roberto Barroso, a observância de precedentes está ligada a valores essenciais em um Estado democrático de direito, como a racionalidade e a legitimidade das decisões judiciais, a segurança jurídica e a isonomia<sup>45</sup>. O grande desafio para a adequada aplicação dos precedentes nos sistemas da *civil law* está ancorado, na verdade, em revelar como o precedente pode desempenhar uma importante função na argumentação jurídica desta tradição, assim como ocorre na *common law*. A tensão decorrente da convergência entre os sistemas não está no apego à tradição, mas na dificuldade de se implementar um referencial normativo permeado por intensa complexidade interpretativa em uma cultura jurídica alicerçada por um ideal positivista e lógico-subsuntivo.

---

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais*, in Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v.2, 2006, abr-jun, p.261-288, p. 12.

Não se pode perder de vista, portanto, que a adoção de um sistema de observância obrigatória aos precedentes assumirá naturezas e configurações completamente distintas a depender do critério de racionalidade que se adota em sua aplicação. Não há possibilidade de conceber uma teoria única e universal para a utilização de precedentes: isoladamente, a analogia ao caso anterior e o novo caso não significa nada. Dentro de um viés positivista, o precedente assumirá, inevitavelmente, a natureza de um princípio normativo formal que por si só reivindica um tipo de autoridade retórica, mesmo que esvaziado de conteúdo material, perdendo todo seu sentido.

Assim, a valorização da cultura dos precedentes judiciais só estará voltada à concretização de garantias fundamentais se implicar também em uma mudança substancial de racionalidade. O precedente não é uma garantia automática e inabalável de segurança jurídica: não contém abstratamente uma regra jurídica prévia capaz de solucionar mecanicamente diversos casos futuros. A *ratio decidendi* não é uma proposição normativa apartada dos fatos que integram o caso. A regra jurídica contida no precedente é, na verdade, produto da própria atividade interpretativa e, em última instância, uma questão de racionalidade argumentativa.

Importante discutir criticamente, portanto, o modo como o precedente é pensado e utilizado no ordenamento jurídico brasileiro. Isto é, se ele possui caráter puramente ornamental ou contribui de modo eficiente no aprimoramento da racionalidade argumentativa da fundamentação das decisões.

#### **4. A RACIONALIDADE POSITIVISTA COMO PARADIGMA JURISDICIONAL NO BRASIL**

Tradicionalmente, a defesa de um ideal de certeza e segurança jurídica está relacionado a uma pauta ideológica conservadora. No senso comum formalista, a busca por maior previsibilidade das decisões judiciais está assentada no papel do Direito em garantir regras claras e estáveis para a realização dos negócios jurídicos, concretizando o primado da livre iniciativa pelo cumprimento da vontade das partes. Os valores de certeza e segurança são pensados como forma de controle da atuação jurisdicional e como meio para manutenção do *status quo* pelo equilíbrio do poder. Um sistema judiciário eficiente, no campo dos negócios, é

aquele que pode proteger os direitos de propriedade e exigir o cumprimento das obrigações contratuais<sup>46</sup>.

No entanto, o tema da segurança jurídica evoca também a questão sobre a legitimidade do sistema jurídico diante da sociedade civil e sobre a função do Direito como instrumento estabilizador das expectativas normativas. Entende-se, pois, que certeza e segurança são valores essenciais em um Estado Democrático de Direito ao passo que a ideia de igualdade também engloba uma dimensão de justiça. Nesse recorte, merece atenção a análise das características da racionalidade jurisdicional, isto é, de que maneira são formulados os critérios epistemológicos para a fundamentação das decisões judiciais.

Para José Rodriguez<sup>47</sup>, a jurisdição brasileira está ancorada num paradigma de *justiça opinativa*, que encontra sua legitimidade mais na satisfação do procedimentalismo institucional do Poder Judiciário do que na busca por uma motivação argumentativa consistente. A racionalidade desenvolvida em nossa cultura jurídica infundiria uma dinâmica em que efetivamente não se debate a melhor solução para o caso concreto e para as controvérsias jurídicas em abstrato, mas apenas se apresentam as razões pelas quais foi formulada *aquela solução decisória*.

Ao que tudo indica, o Brasil parece possuir um direito que se legitima simbolicamente em função de uma *argumentação não-sistemática*, fundada na *autoridade dos juízes e dos tribunais*; mais preocupada com o *resultado do julgamento* do que com a reconstrução argumentativa de seus fundamentos e do fundamento dos casos anteriores.<sup>48</sup>

Demonstra-se, assim, que as razões de convencimento justificam as decisões judiciais sem que seja necessário seguir uma lógica argumentativa global, coerente e uniforme. Não há força gravitacional para compelir o intérprete a aproar congruência material na sua decisão com a *melhor solução* oferecida pelo sistema jurídico. Cada motivação pode ser livremente centrifugada nos limites dos fundamentos jurídicos que apresenta. A justificação argumentativa de um caso pode até mesmo contradizer a justificação argumentativa do caso anterior e do caso

---

<sup>46</sup> Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 19.

<sup>47</sup> Em recente livro intitulado "Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)", José Rodrigo Rodriguez faz um diagnóstico do pensamento jurídico no Brasil.

<sup>48</sup> RODRIGUEZ, op. cit., p. 8.

seguinte. É necessário apenas fornecer *alguma* justificação para que a decisão seja apresentada de modo aparentemente racional no resultado final do julgamento.<sup>49</sup>

Um sintoma muito claro da predominância deste modelo de *justiça opinativa* está na constatação de que a padronização das decisões judiciais no Brasil se dá por meio de citação isolada de doutrinas e ementas jurisprudenciais, e não através de precedentes paradigmáticos que podem ser manejados argumentativamente. As citações são simplesmente empilhadas em petições e decisões como sinal de pretensa erudição, numa lógica onde a invocação do maior número de autoridades possíveis aparece como recurso para reforçar o argumento. Da mesma forma, súmulas e enunciados são utilizados como fórmulas gerais abstratas para indicar um resultado predeterminado para o conflito, ainda que abstraídos do problema jurídico de que tratam. Não há um conjunto de argumentos organizados e coerentes, mas sim um conjunto de diretivas sob a forma de sim/não<sup>50</sup>. A estabilidade dos padrões decisórios acaba sendo resultado mais da naturalização de padrões teóricos dogmáticos do que da racionalidade da argumentação desenvolvida.

Verifica-se, desse modo, que o uso da jurisprudência e de precedentes no Brasil se orienta a partir de um viés positivista, em conformidade com o padrão de racionalidade judicial aqui adotado. Isso ocorre tanto na elaboração das decisões judiciais quanto na formulação de petições por advogados, promotores e procuradores. Trata-se, afinal, das características de um modo de pensar que permeia toda a comunidade de *juristas*.

As regras gerais extraídas da *ratio decidendi* ganham força de autoridade somente porque o problema em questão já foi decidido anteriormente por outro órgão (normalmente de instâncias superiores), indicando um curso de ação a ser necessariamente seguido, como uma espécie de obediência hierárquica. A segurança jurídica se torna uma operação lógico-formal, ligada apenas à busca pela certeza e previsibilidade das decisões e não a uma interpelação em relação ao conteúdo argumentativo de cada decisão. Rodriguez afirma:

---

<sup>49</sup> Não são poucos os casos aberrantes de contradição decisória dentro de uma mesma corte. Vale notar, em caráter exemplificativo, a discrepância entre dois julgados proferidos pelo STJ em 2012: (i) “Nos termos da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a multa diária somente é exigível com o trânsito em julgado da decisão que, confirmando a tutela antecipada no âmbito da qual foi aplicada, julgar procedente a demanda.” AgRg no AREsp 50.196/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 27/08/2012; e (ii) “É desnecessário o trânsito em julgado da sentença para que seja executada a multa por descumprimento fixada em antecipação de tutela. Precedentes do STJ (AgRg no AREsp 50.816/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 22/08/2012).

<sup>50</sup> Cf. RODRIGUEZ, op. cit., p. 70.



Não há no Brasil um sistema de precedentes organizado. A citação de casos, quando ocorre, não busca reconstruir um padrão de argumentação relevante para o caso a ser decidido. Os casos são citados em forma de acúmulo para reforçar a autoridade de quem está proferindo a sentença. É muito difícil encontrar casos que sirvam de referência para todos os juízes no que diga respeito a um mesmo problema jurídico.<sup>51</sup>

Ainda mais interessante que analisar as características da racionalidade individual dos *operadores do direito* é perceber o modo como se constrói a racionalidade do tribunal como órgão coletivo. Do ponto de vista institucional, a aplicação do precedente ganha escopo a partir de sua eficácia vertical, resultante do vínculo de autoridade hierárquica estabelecido entre o órgão que decidiu o caso a se constituir precedente e o órgão responsável por solucionar o litígio posterior. Do ponto de vista procedimental, as decisões colegiadas são decididas por votação da maioria de seus membros sem que seja produzida uma decisão oficial da corte. Mesmo que os magistrados concordem com o resultado da demanda, votando todos pela procedência ou improcedência do pedido, é muito provável que discordem argumentativamente sobre os motivos que ensejaram suas decisões.

Por um lado, não se pode negar que o sistema majoritário das cortes serve como garantia de independência e equidade entre os julgadores, permitindo que todos os membros tenham relevância efetiva nas deliberações. Por outro lado, no entanto, o processo decisório pautado no convencimento individual da maioria dos juízes reflete intensamente o caráter opinativo da jurisdição. A decisão do tribunal se forma como resultado de uma agregação numérica de opiniões e não como uma agregação argumentativa capaz de produzir uma autêntica decisão coletiva.

Recente artigo sobre o sistema de decisão do Supremo Tribunal Federal e o problema da formação de precedentes<sup>52</sup>, analisa o caso da Extradução nº 1085, em que foi julgado e deferido o pedido de extradução do italiano Cesare Battisti por cinco votos a quatro. As diferenças encontradas nos fundamentos dos votos dos ministros do lado vencedor revelam as dificuldades na formação de um precedente consistente para orientar novas decisões, uma vez

---

<sup>51</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>52</sup> FELONIUK, Wagner Silveira; KAYSER, K. B. *O sistema de decisão do Supremo Tribunal Federal e o problema da formação de precedentes*. In: Lorena de Melo Freitas, Adrualdo de Lima Catão, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira. (Org.). *Teorias da decisão e realismo jurídico*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 147-165. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=b26f323f0da18551>. Acesso em: 25/01/2016.

que a adoção de uma ou outra das *rationes decidendi* poderia levar a resultados absolutamente diversos.

Nos votos de cada ministro são apresentadas definições individuais sobre a configuração do crime político. Ou seja, a construção argumentativa dos ministros está baseada em premissas diferentes e independentes que não interagem de maneira congruente. Por consequência, em cada um dos votos está contida uma solução diversa para um caso hipotético de homicídio praticado sob influência de circunstâncias políticas:

a) seguindo os fundamentos da Ministra Ellen Gracie, não se pode considerar de natureza política os delitos praticados contra a vida ou à incolumidade física das pessoas, especialmente um inocente – portanto, o crime não poderia ser considerado político;

b) levando-se em conta o voto de Gilmar Mendes, já que praticado em uma ditadura, há a possibilidade do crime ser considerado político, mas ele seria descartado se o crime foi marcado pela crueldade, pelo atentado à vida e à liberdade, e especialmente se envolveu atividades terrorista;

c) para Pelluso, só se pode caracterizar o crime como político complexo quando o crime comum não for o principal e existirem três condições: ato dirigido contra a organização política e social do Estado, relação direta entre o fato incriminado e o fim que se impôs e não ser a atrocidade empregada de tal ordem que o caráter de Direito comum se torne predominante. Logo, seguindo essa ratio, o crime poderia ser considerado político ou não;

d) Lewandowski, por fim, verificaria se o crime foi condenado utilizando legislação de crimes políticos e se houve premeditação ou sentimento de vingança, fazendo com que provavelmente o crime fosse ser tratado como comum.<sup>53</sup>

Interessante notar que, muitas vezes, no modelo *seriatim*<sup>54</sup> de deliberação adotado pelas cortes brasileiras, votos convergentes adotam motivações completamente diversas e que argumentações similares ensejam decisões opostas. Até mesmo quando há unanimidade no julgamento é possível que as fundamentações se apresentem argumentativamente excludentes umas das outras. A unanimidade do processo decisório se refere, na grande maioria dos casos, apenas à parte dispositiva e não à fundamentação. Com isso, a existência de fundamentações

---

<sup>53</sup> Cf. FELONIUK; KAYSER, op. cit., p. 15-16.

<sup>54</sup> O modelo de decisão *seriatim*, adotado nos tribunais de segundo grau, nos tribunais superiores e no Supremo Tribunal Federal, se caracteriza como uma prática segundo a qual os votos de cada juiz de um tribunal são proferidos individualmente, um após o outro, produzindo um agregado das posições individuais de cada membro do órgão colegiado. Embora a decisão tomada por maioria ou unanimidade seja do tribunal, seus fundamentos são eleitos e expostos nos respectivos votos individuais, impossibilitando a produção de uma única *ratio decidendi* que represente a posição institucional da corte. Em contraste, destaca-se o modelo de decisão *per curiam*, em que o resultado da deliberação figura como uma decisão única, que expressa a própria “opinião do tribunal”.

conflitantes acaba minando as possibilidades de adequar o que foi efetivamente decidido pelo tribunal a uma *ratio decidendi* única, coletiva e institucional, reforçando-se o caráter personalista dos julgamentos.

Essas observações foram indicadas em artigo elaborado por Adriana Vojvodic e outros (et. al.) pautado na análise empírica de um caso envolvendo a interpretação dos limites do direito de reunião no Supremo Tribunal Federal<sup>55</sup>. No julgamento sobre a constitucionalidade de um decreto do governador do Distrito Federal questionado por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.969-4/DF foi possível identificar a existência de diversas *rationes decidendi*, apesar da votação final ter sido unânime. Observe-se:

Podemos dizer que todos os ministros identificam o mesmo problema a ser decidido, a possibilidade e os meios da restrição a um direito fundamental, como é o direito de reunião. Contudo, o reconhecimento de um mesmo problema não significa que todos seguirão a mesma linha de raciocínio e fundamentação das decisões individuais. Apesar de tratar-se de uma decisão final unânime, decretando a inconstitucionalidade do decreto, não se pode dizer que se trate de uma *ratio decidendi* única.

[...]

Note-se, dessa maneira, a dificuldade em se determinar, ainda que em um caso de decisão unânime, qual foi a decisão tomada pelo Tribunal como um todo.

[...]

Uma consequência dessa peculiaridade da decisão do STF, que decorre do modo como se dá a tomada de decisão, é o alto grau de personalismo dotado aos seus julgamentos. Poder-se-ia falar em *ratio* do ministro, em uma linha de pensamento desenvolvida por ele e, inclusive, em aplicação de precedentes individuais. Não há, especialmente nos casos que envolvem aplicação de princípios – como ficou explícito no caso analisado –, a possibilidade de extração de uma *ratio* coletiva, institucional.<sup>56</sup>

Vale frisar que esses estudos não são pontuais ou isolados ao âmbito da pesquisa acadêmica. Recente estudo empírico intitulado “A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário”, financiada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aponta para o grande problema de identificação da *ratio decidendi* nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Concluiu-se, ao final, pela necessidade de desenvolvimento de um

---

<sup>55</sup> VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França e CARDOSO; Evorah Lusci Costa. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*. Rev. direito GV [online]. 2009, vol.5, n.1, pp. 21-44. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n1/a02v5n1.pdf>. Acesso em: 25/01/2016.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 28-31.

modelo de argumentação jurídica para se estabelecer um adequado sistema de vinculação de precedentes.

Como cada julgador tem autonomia para decidir e cada voto não precisa considerar em nada os demais, a contagem de votos pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma ao final da votação é tranquilamente verificável, mas a determinação da regra judicial não o é, diante da possibilidade de mesmo em um julgamento decidido em unanimidade, cada um dos onze ministros ter votado por razões completamente diversas.

Isso produziu reflexos na pesquisa diante da dificuldade, em alguns casos, de se determinar qual era a *ratio decidendi* vencedora e que, por consequência, vincularia os casos subsequentes.

[...]

Em grande medida, essa distância entre cada um dos votos demonstra um déficit argumentativo que se faz imprescindível superar em qualquer aplicação adequada de precedentes judiciais.<sup>57</sup>

Desse modo, a falta de linearidade argumentativa presente no aglomerado de motivações individuais dos acórdãos acaba por impedir a construção de um verdadeiro arcabouço decisório capaz de garantir a efetiva estabilização das expectativas normativas. O déficit argumentativo encontrado na distância entre os votos de cada um dos membros da corte solapa o potencial de efetivar uma cultura jurídica de interpretação construtiva nos moldes do *romance em cadeia* de Dworkin.

Em última instância, isso significa que a utilização de precedentes dentro de uma racionalidade positivista contribui para erigir uma ferramenta de caráter anti-hermenêutico, que se afirma apenas como elemento vinculante formal das decisões por uma razão de autoridade. Ao mesmo tempo, esse vínculo de autoridade do precedente reforça o paradigma da *justiça opinativa*, legitimada mais no poder simbólico dos organismos jurisdicionais do que na clareza de uma argumentação jurídica sistematizante.

Parece claro, como aponta Rodriguez, que uma argumentação jurídica não fundada em razões de autoridade deve ser convincente por si só<sup>58</sup>, independentemente da pessoa ou órgão que proferiu a decisão. A argumentação racional legítima em um Estado Democrático de Direito deve articular a melhor solução hermenêutica possível para o caso concreto, independentemente da autoridade da instituição que a sustenta.

---

<sup>57</sup> *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante [et al.]; Alice Gontijo Santos Teixeira [et al.]; colab. Gláucio Ferreira Maciel [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 86.

<sup>58</sup> Cf. RODRIGUEZ, op. cit., p. 65.

Certo é que o momento pós-constituinte no Brasil, marcado pela reivindicação de direitos perante o Poder Judiciário para efetivar o alcance principiológico das normas constitucionais, possibilita uma ampla reflexão sobre o sentido da racionalidade jurisdicional vigente no país. A chamada *judicialização da política*, ao ampliar a semântica do texto constitucional para todas as áreas do Direito, enseja a exigência pela atribuição de sentido à fundamentação das decisões judiciais. É preciso perceber que o processo de democratização do país perpassa pela disputa sobre o padrão de justificação oferecido pelo Poder Judiciário. À medida que a esfera pública e os agentes sociais não mais se conformam a aceitar argumentos de autoridade como fundamentos legítimos, ganha força a luta pela *despersonalização da jurisdição*, com efeitos renovadores sobre a própria dinâmica de atuação de nossas instituições.

O que ainda se verifica no Brasil, no entanto, é que a necessidade de reforma institucional do Poder Judiciário é quase sempre interpretada em termos quantitativos, relacionados à morosidade do trâmite judicial e ao grande número de processos, sem uma crítica consistente sobre a qualidade da fundamentação das decisões.

Parece não causar espanto que a articulação argumentativa na jurisdição brasileira se dá, majoritariamente, através de citações descontextualizadas de uma série de proposições jurisprudenciais e doutrinárias impostas a golpes de autoridade, manipulando-se uma solução automática para o caso a partir do que se entende por *fontes do direito*. Não há ônus argumentativo para fundamentar o resultado da controvérsia. A observância do precedente ocorre apenas em deferência à anterioridade do caso e à hierarquia da organização judiciária e não em razão de sua adequação hermenêutica.

A volatilidade do argumento de fundamentação nas cortes se torna ainda mais preocupante quando se fala do papel dos tribunais superiores, sobretudo do Supremo Tribunal Federal. Como corte suprema, sua função não se restringe apenas a tomar decisões voltadas para resolver controvérsias particulares (*ius litigatoris*), mas principalmente indicar uma determinada interpretação capaz de orientar e uniformizar a aplicação da norma em questões futuras (*ius constitutionis*). Trata-se de seu papel *nomofilático*, responsável por assegurar a igualdade, segurança jurídica, consistência, previsibilidade e coerência do sistema jurídico<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> O conceito de nomofilaquia foi introduzido na Itália, na década de 1920, por Piero Calamandrei e refere-se à função das cortes superiores em assegurar a uniformidade na interpretação e aplicação das normas, proferindo decisões orientadas para o futuro e capazes de uniformizar a jurisprudência sucessiva (Cf. LUNELLI, Guilherme. *Cortes nomofiláticas e a superação de seus precedentes: contribuições da doutrina de J.W. Harris à realidade brasileira*. Revista Em Tempo (Online). v. 12, p. 372-389, 2013, p. 374-375).

Importante perceber também que a necessidade de se construir um entendimento interpretativo institucional no interior da corte não implica na exigência da adoção de uma posição imutável, que jamais poderá ser abandonada. Muitas vezes, o distanciamento e superação de um posicionamento fixado anteriormente se mostra essencial para que a hermenêutica possa responder mais adequadamente às novas aspirações sociais.

Contudo, ainda mais importante do que adotar, por si só, um modelo de voto vencedor único que expresse uma decisão coletiva da corte, é construir um novo padrão de racionalidade em uma estrutura de justificação argumentativa. A quebra do modelo de *justiça opinativa* está centrada, na verdade, em revestir as fundamentações de normatividade argumentativa, possibilitando a fixação de critérios racionais bem definidos para a utilização e superação de precedentes. São as variações interpretativas arbitrárias, casuais e particulares que comprometem seriamente o papel do Direito como estabilizador das expectativas normativas.

## **5. A ARGUMENTAÇÃO COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO DISCURSIVA E PRESSUPOSTO DE LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO**

Diante de todas as questões abordadas até aqui, questionamos: pode uma lei ser capaz de instituir um sistema de precedentes judiciais vinculantes? Por uma perspectiva positivista parece que sim, não há dúvidas. Como técnica de gerenciamento processual, o precedente pode funcionar como hoje as ementas e súmulas são muitas vezes utilizadas: como proposições assertóricas direcionadas a solucionar diversas demandas de forma automática. Nessa lógica, a *ratio decidendi* do precedente é concebida como um enunciado jurídico tangível, que pode ser abstratamente extraído de seus fatos formadores para que sua regra geral seja repetida sobre novos casos. Isso evitaria novas deliberações ou raciocínios argumentativos diversos em torno de situações já decididas e a conseqüente redução do número de processos.

Entendemos, no entanto, que a utilização de precedentes não pode ser pensada dessa maneira. Isso seria defender a tese de que uma corte qualquer tem o poder de atribuir um sentido ontológico ao precedente, através da prospecção *a priori* de sua *ratio decidendi*, bem como de cristalizar esse sentido abstratamente, de modo a fazê-lo ser necessariamente seguido pelos outros órgãos do Poder Judiciário por um vínculo de autoridade. Isso seria o mesmo que regredir a uma já fracassada racionalidade exegética que não sabe distinguir o *enunciado* da *norma jurídica* para empreender uma malfadada abstrativização semântica do precedente.

Como então pensar em um sistema de aplicação de precedentes afastado do paradigma lógico-subsuntivo do positivismo e atento à complexa estrutura interpretativa exigida pela atividade jurídica contemporânea? Como esse sistema pode ser capaz de atender simultaneamente ao ideal de segurança jurídica e de correção da decisão judicial?

O primeiro passo talvez seja desmistificar a crença de que o problema da (falta de) integridade e coerência no Direito está na ausência de mecanismos vinculatórios disponíveis e não na (falta de) aceitabilidade racional dos juízos normativos apoiada em argumentos<sup>60</sup>. No momento em que se pensa no ideal de segurança jurídica como uma questão a ser efetivada no campo da hermenêutica e não por métodos de jurisprudência defensiva é possível avançar no debate. Como Habermas afirma “*a interpretação positivista da prática de decisão judicial faz com que, no final das contas, a garantia de segurança jurídica eclipse a garantia de correção*”<sup>61</sup>.

Logo, é preciso que o precedente seja arquitetado no interior do processo argumentativo presente na decisão e não simplesmente exortado como instrumento formal para padronização de conclusões decisórias. O papel do precedente trata do reconhecimento sobre a impossibilidade de se julgar a partir de um marco zero interpretativo em que os argumentos das decisões proferidas anteriormente não têm o poder de constranger novas deliberações.

Para Habermas, “*argumentos são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas*”<sup>62</sup>. Os argumentos são, neste sentido, o núcleo essencial das decisões judiciais, ao funcionarem como seu principal critério de correção, ou seja, de aceitabilidade racional fundada em boas razões. De outro modo, é dizer que as condições de validade de uma decisão só podem ser esclarecidas de maneira discursiva, ou seja, através de uma justificação argumentativamente desenvolvida<sup>63</sup>.

O procedimento argumentativo permite não só concretizar o Direito em sua função estabilizadora de expectativas normativas, mas também conferir legitimidade à decisão judicial. O *argumento* satisfaz simultaneamente as condições de aceitabilidade racional e coerência decisória, possibilitando ultrapassar a limitada pretensão positivista de que as normas jurídicas

---

<sup>60</sup> Cf. HABERMAS, op. cit., v. I, p. 280-285.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 251.

<sup>62</sup> HABERMAS, op. cit., v. I, p. 280-281.

<sup>63</sup> Cf. ibidem, p. 281.

encerram em si mesmas o eixo de sustentação do Direito. A decisão judicial fundada em argumentos interpela não só o modo como casos semelhantes foram tratados no passado, mas também as possibilidades de aceitação racional pelos membros e destinatários do ordenamento jurídico, despersonalizando-se e horizontalizando-se o processo decisório.

Com efeito, nem sempre as normas construídas com base em situações pretéritas aparentemente análogas são capazes de resolver adequadamente as controvérsias específicas do caso concreto presente. Por isso, é necessário que as fundamentações sejam emancipadas de seu respectivo contexto de origem, de modo que a racionalidade decisória efetue a passagem de uma perspectiva histórica para uma perspectiva sistêmica, ao passo que o processo de justificação interno baseado em premissas ceda lugar para a justificação externa das próprias premissas<sup>64</sup>.

O precedente, neste sentido, dinamiza o sistema jurídico, fixando um ponto de partida hermenêutico para as discussões sobre como resolver novos casos, mesmo que estes não possuam uma relação jurídica análoga subjacente em evidência. No processo de interpretação e aplicação do precedente, não basta a demonstração de obediência à consistência interna do sistema. É necessário também a argumentação racional no plano externo, sob o ponto de vista da correção e legitimidade da fundamentação. Se antes as normas justificavam as decisões, agora as próprias decisões precisam ser justificadas. Da mesma forma, os precedentes não podem servir simultaneamente como fundamento das decisões e como elemento de justificação de si mesmos. Seus próprios argumentos precisam lhes justificar.

Para tanto, o intérprete deve se afastar do confortável modelo silogístico de simples aplicação da norma para se aproximar de um modelo argumentativo mais complexo, que exige que a satisfação do princípio da segurança jurídica (uniformidade da aplicação do Direito) seja acompanhada da pretensão de sua legitimidade (justiça no caso singular). No modelo argumentativo, o discurso jurídico deve pretender aceitabilidade racional para além da simples opinião: o que interessa não é a determinação dos meios pelos quais se pode atingir o fim desejado (simples aplicação das normas), mas sim a adoção de um procedimento argumentativo determinável para se encontrar o resultado mais adequado para o caso concreto.

O discurso jurídico racional se funda numa *verdade* atingida argumentativamente a partir da obediência sistemática a uma série de condições, critérios ou regras que possibilitam a objetivação de *consensos*. Os discursos jurídicos se tornam *verdadeiros* não porque são a

---

<sup>64</sup> Cf. *ibidem*, p. 246.



única resposta correta na correspondência entre a asserção normativa e a realidade, mas sim porque desenvolvidos dentro de uma racionalidade comunicativa demonstrável argumentativamente. Ao invés da justificação depender da verdade do que é afirmado, a *verdade* do que se afirma passa a depender da justificação da própria afirmação. Nessa lógica, a argumentação permite forjar um *acordo racionalmente motivado* para fundamentar a decisão no ponto de correção normativa sustentado em um dado momento. Isso significa que a *verdade* é sempre provisória: pode ser negada e superada em um momento seguinte.

Como justificação de uma pretensão de validade criticável sob condições de intersubjetividade em um espaço social e tempo histórico determinados, a *verdade argumentativa* desloca a tensão entre a facticidade e a validade para os pressupostos da comunicação. Isso porque a legitimidade da ordem jurídica não pode mais estar fundada na origem da própria ordem, como se uma prescrição normativa primordial contida no núcleo do sistema fosse capaz de legitimar todas as normas sem que ela própria precisasse fornecer uma justificação racional de si mesma. A ordem jurídica deve se legitimar como uma ordem de argumentos coerentes, constituídos de modo provisório através de um acordo não coercitivo, isto é, em um empreendimento comum pela busca *cooperativa* da *verdade*.

Sob as condições de uma compreensão pós-metafísica e pós-positivista do mundo<sup>65</sup>, a legitimidade do Direito só pode emergir da formação da vontade discursiva dos cidadãos mediada por arranjos comunicativos. Assim, a argumentação não pode se limitar a um discurso jurídico em termos lógico-semânticos. Os argumentos se constituem como razões discursivas direcionadas a satisfazer a pretensão de validade das motivações e fundamentos construídos racionalmente. Para ultrapassar a justificação interna das decisões e se chegar a justificação externa das próprias premissas, a correção dos juízos normativos deve ser buscada também na dimensão pragmática do próprio processo de justificação. Afinal, os direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos<sup>66</sup>.

Portanto, não importa de quais enunciados normativos se parta: os critérios de correção discursiva dos juízos normativos permitem a exclusão de fundamentações não racionais e ampliam a possibilidade de consensos fundados comunicativamente. A argumentação jurídica

---

<sup>65</sup> Como ressalta Adriana Vojvodic: “Pós-positivismo ou neo-constitucionalismo são termos não precisos e se referem a teorias jurídicas elaboradas após a Segunda Guerra Mundial, que caracterizam especialmente pela rejeição ao formalismo encontrado nas teorias anteriores. Não se trata de uma conceituação única e também não é aceita por todos os autores.” (VOJVODIC, op. cit., p. 63)

<sup>66</sup> Cf. HABERMAS, op. cit., v. I, p. 281.

funciona como uma trincheira epistemológica contra a adaptabilidade cognitiva de uma prática decisória que avalia interesses e que se orienta por consequências. Como técnica processual, a justificação argumentativa busca assegurar a consistência interpretativa na variação fática criada por novos casos. Segundo Habermas:

Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários.<sup>67</sup>

Com isso, o sistema jurídico pode prever resultados procedimentalmente corretos, dotados de um caráter argumentativamente vinculante que assegurem a estabilização das expectativas normativas, ao invés de reforçar a crença mística de que a segurança jurídica pode ser alcançada por uma racionalidade silogística baseada em fundamentos jurídicos imanentes. A argumentação jurídica por meio de precedentes submete as premissas jurídicas à pretensão de correção discursiva, permitindo a superação da dicotomia travada entre segurança jurídica e decisão *mais correta*. Ao mesmo tempo, assegura-se que o procedimento racional de justificação opere por meio de argumentos e não a partir da fantasiosa inferência da infalibilidade de seu conteúdo normativo preexistente.

## CONCLUSÃO

A proposta de um artigo científico sobre a repercussão hermenêutica dos precedentes atrela-se à percepção de que em toda decisão jurídica existe – para além das particularidades do caso concreto – um aspecto de universalidade, ligado à transcendência da fundamentação, que enseja a irradiação das *razões de decidir* para todo o sistema. O precedente judicial, nesse sentido, preconiza o Direito como um agente comunicativo apropriador de um passado (que tem sua complexidade reduzida ao manejo argumentativo) e antecipador de um futuro (que se encontra continuamente prospectado na estabilização das expectativas normativas), possibilitando a estabilidade dinâmica do sistema jurídico.

Essa acepção, contudo, apenas evidencia um ideal de abertura cognitiva do Direito em que seria possível conjugar, de maneira complementar, a qualidade de *duração/manutenção* da

---

<sup>67</sup> Ibidem, p. 274.

ordem jurídica com a qualidade de sua *variação/mutação* sistêmica. A primeira diz respeito ao aspecto de estabilidade de um padrão decisório estabelecido em um procedimento circular de justificação – através de argumentos que são dialeticamente confrontados para oferecer a solução mais adequada para o conflito. Já a segunda refere-se à possibilidade de acoplamento estrutural da ordem jurídica no ambiente social, ou seja, está ligada à construção comunicativa do ato decisório e à adaptabilidade do Direito diante da introjeção de fatos sociais no sistema jurídico.

Vale dizer: o precedente não opera por si mesmo a concretização dessas qualidades pretendidas. Apresenta – ao contrário – um horizonte extremamente limitado se meramente inserido numa cultura jurídica opinativa, personalista e não argumentativa. Por isso, o presente trabalho buscou descortinar inúmeros obstáculos que se impõem ao acesso hermenêutico dos precedentes, sobretudo aqueles ligados à racionalidade decisória positivista vigente no país.

Sob os imperativos de uma compreensão pós-positivista do Direito, não se pode mais conceber a higidez dos enunciados jurídicos como a capacidade das proposições possuírem um significado prévio dentro de seu próprio texto. Não há uma *essência* inserida no texto legal capaz de informar qual é o *real* significado da norma: as respostas não podem ser oferecidas antes das perguntas serem formuladas. O nível de fechamento semântico da norma não impede a existência de múltiplas respostas jurídicas possíveis para solucionar o conflito em toda a sua complexidade. Há que se entender, portanto, que o precedente não comporta uma regra jurídica apriorística apta a solucionar mecanicamente novos casos em efeito cascata: antes de mais nada, ele é um conceito interpretativo.

Nesse sentido, não será a padronização intransigente de um resultado determinado que possibilitará a maior previsibilidade e uniformidade da resposta jurisdicional, mas sim a sustentação capilarizada de uma motivação argumentativa holística, onde as premissas justificam a si mesmas. Afinal, não é o intérprete que deve controlar o precedente, utilizando-o como ferramenta de fundamentação *ad hoc*. É o precedente que deve agir sobre o intérprete: delimitando seu campo discursivo, fornecendo as premissas de partida e fixando as etapas para a argumentação. Não se trata de uma mera divagação acadêmica: na justificação racional do discurso jurídico, a adoção de critérios de correção argumentativa permite criar constrangimentos normativos e epistemológicos para a construção de decisões e, ao mesmo tempo, estabelecer condições para a validade institucional das regras do discurso – resultando em maior grau de controlabilidade e legitimidade democrática das decisões.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, André G. V.. *(Re)estabilização de expectativas normativas: observações sobre o precedente judicial à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Dissertação (Mestrado). Recife: Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais*, in Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v.2, 2006, abr-jun, p.261-288.

BRASIL. *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante [et al.]; Alice Gontijo Santos Teixeira [et al.]; colab. Gláucio Ferreira Maciel [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*. 2007. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

COURA, Alexandre de Castro. Considerações acerca da (ir)racionalidade da tutela jurisdicional à luz do paradigma do Estado democrático de direito. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, n. 1, 2005. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela (v. II)*. 8. ed. Salvador: Juspodvm, 2014.

DONIZETTI, Elpídio. *A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472>.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos à sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FELONIUK, Wagner Silveira; KAYSER, K. B. *O sistema de decisão do Supremo Tribunal Federal e o problema da formação de precedentes*. In: Lorena de Melo Freitas, Adrualdo de Lima Catão, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira. (Org.). *Teorias da decisão e realismo jurídico*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 147-165. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=b26f323f0da18551>.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São. Paulo: Unesp, 1991.

\_\_\_\_\_. *Mundo em Descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro, Record, 2003.

GÜNTHER, Klaus. *Uma concepção normativa de coerência: para uma teoria discursiva da argumentação jurídica*. Trad. Leonel Cesarino Pessôa. In: *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6. São Paulo: Departamento de Filosofia da USP, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa* [CD-ROM]. Rio de Janeiro: Objetiva. Versão 1.0.1.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. I.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983. v. II.

LUNELLI, Guilherme. *Cortes nomofiláticas e a superação de seus precedentes: contribuições da doutrina de J.W. Harris à realidade brasileira*. Revista Em Tempo (Online). v. 12, p. 372-389, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. Texto base da conferência proferida no Congresso de Direito Processual, realizado pelo Instituto dos Advogados do Paraná entre os dias 21 e 23 de outubro de 2010. Disponível em: [www.marinoni.adv.br/files/\\_Confer%C3%Aancia\\_IAP2.pdf](http://www.marinoni.adv.br/files/_Confer%C3%Aancia_IAP2.pdf).

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. *A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades*. Disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/3281/2064>.

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

MENDES, Clarissa Braga. *Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional*. Dissertação (Mestrado). Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2010.

MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina* / John Henry Merryman, Rogelio Pérez-Perdomo. Trad.: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre M. Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada. Salvador: Juspodivm, 2015. Disponível em: [http://www.tjmg.jus.br/data/files/4E/17/09/12/FD17D410B7C917D40D4E08A8/Dierle\\_e\\_Bahia\\_Precedentes\\_no\\_CPC\\_2.pdf](http://www.tjmg.jus.br/data/files/4E/17/09/12/FD17D410B7C917D40D4E08A8/Dierle_e_Bahia_Precedentes_no_CPC_2.pdf).

ODAHARA, Bruno Periolo. *Um rápido olhar sobre o stare decisis*. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 3, 01 jul. 2011.

PINTO, Pedro Duarte. *O sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil e suas possíveis repercussões no diálogo do poder judiciário com os demais poderes*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, v.12, ISSN 1982-7636.

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

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto - decido conforme minha consciência? 4.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. *Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma 'teoria geral dos precedentes'?*. Direitos fundamentais & Justiça, n. 5, p.162-185, Out./Dez. 2008.

TEUBNER, Gunther. *Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito?*. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro, Belo Horizonte, n.4, out. 2011.

TOLEDO, Claudia. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, 2005.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_; MACHADO, Ana Mara França e CARDOSO; Evorah Lusci Costa. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*. Rev. direito GV [online]. 2009, vol.5, n.1, pp. 21-44. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n1/a02v5n1.pdf>.

**Universidade Federal Fluminense  
Superintendência de Documentação  
Biblioteca da Faculdade de Direito**

Costa, Renan Sampaio da.

A repercussão hermenêutica dos precedentes judiciais: a racionalidade positiva como obstáculo epistemológico / Renan Sampaio da Costa. – Niterói, 2016.

1. Segurança jurídica. 2. Motivação de sentença. 3. Hermenêutica. 4. Decisão judicial. 5. Filosofia do direito.

**Indexação – Artigo Científico**