



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

SILVIO ULYSSES SOUSA LIMA

**O PAPEL DO ADVOGADO NA FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL
NA ERA DOS PRECEDENTES: DESAFIOS DA HERMENÊUTICA E
DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

Fortaleza
2019



SILVIO ULYSSES SOUSA LIMA

**O PAPEL DO ADVOGADO NA FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL
NA ERA DOS PRECEDENTES: DESAFIOS DA HERMENÊUTICA E
DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, do Centro Universitário Christus, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre. Área de Concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento. Linha de pesquisa: Direito e Acesso à Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho.

Fortaleza
2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Centro Universitário Christus - Unichristus
Gerada automaticamente pelo Sistema de Elaboração de Ficha Catalográfica do
Centro Universitário Christus - Unichristus, com dados fornecidos pelo(a) autor(a)

L732p Lima, Silvio Ulysses Sousa.
 O Papel do Advogado na Formação da Decisão Judicial na Era
 dos Precedentes: : Desafios da Hermenêutica e da Argumentação
 Jurídica / Silvio Ulysses Sousa Lima. - 2019.
 105 f.

 Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário Christus -
 Unichristus, Mestrado em Direito, Fortaleza, 2019.
 Orientação: Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho.
 Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao
 Desenvolvimento.

 1. Hermenêutica. 2. Advogado. 3. Argumentação. 4.
 Fundamentação. 5. Precedentes Judiciais. I. Título.

CDD 340

A Deus, pois sem a fé que tenho Nele nada se concretizaria. Aos meus pais, Cildo e Gorete, que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor doutor Juraci Mourão, pela humildade, pela paciência e por partilhar de seu conhecimento proveniente do desmensurado rigor intelectual oriundo de suas aulas.

Ao professor doutor Marden Coutinho, pela excelência em suas aulas, bem como pelas críticas e apontamentos que foram de substancial importância na concretização deste trabalho.

À professora doutora Renata Albuquerque, pelas elucidações que serviram de guia para a desenvoltura desta dissertação.

Ao professor doutor Daniel Gutierrez, pelas ideias que serviram para o aprimoramento deste trabalho acadêmico.

À Professora Dra. Raquel Machado, por sua disponibilidade em participar da composição da banca de avaliação desta dissertação, bem como pelas pertinentes críticas proferidas no desiderato de aprimoramento do presente estudo acadêmico.

Aos colegas do mestrado acadêmico em Direito do Centro Universitário Christus que direta ou indiretamente fizeram parte do meu amadurecimento acadêmico, o meu muito obrigado.

“O horizonte vai crescendo na medida em
que damos mais um passo.”

Lenio Luiz Streck

RESUMO

Assumir a função de protagonista no momento de elaborar a decisão judicial, na era dos precedentes, é medida que se impõe ao advogado contemporâneo, propondo-se uma atitude processual proativa e pragmática na interpretação e identificação da razão jurídica efetiva da decisão judicial, de modo a fornecer meios hábeis a contribuir com a racionalidade do julgamento. O controle racional da decisão constitui um dos grandes problemas vivenciados pelos advogados na seara processual brasileira, quer pela conjunção de pontos advinda do subjetivismo judicial quer pelo elevado número de processos em trâmite no Judiciário, situações que influenciam diretamente na qualidade da decisão, de modo a causar o descontrole da fundamentação judicial. Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 institui o sistema de precedentes, de observância obrigatória, no desiderato de promover as tão almejadas celeridade e segurança jurídicas, onde as concepções de coerência e integridade sistêmica despontam como subsídios indispensáveis ao controle racional do julgamento. Portanto, o problema que aqui se propõe é investigar a atuação processual do advogado no controle racional da decisão no momento da sua formatação, ao exercer o controle epistemológico do caso. Ocasão em que o causídico deverá assumir o protagonismo na formatação da decisão judicial ao fornecer meios hábeis ao controle epistemológico do julgamento, se sobrepondo ao subjetivismo da fundamentação judicial. Para tanto, será feita uma abordagem bibliográfica e legislativa sobre o tema.

Palavras-chave: Hermenêutica. Advogado. Argumentação. Fundamentação. Precedentes judiciais.

ABSTRACT

To assume the role of protagonist at the time of drawing up the judicial decision, in the era of precedents, is a measure that is imposed on the contemporary lawyer, proposing a proactive and pragmatic procedural attitude in the interpretation and identification of the effective legal reason for the judicial decision, so to provide judicious means to contribute to the rationality of judgment. The rational control of the decision is one of the great problems experienced by lawyers in the Brazilian judicial process, both due to the conjunction of points of judicial subjectivism and the high number of lawsuits in the Judiciary, situations that directly influence the quality of the decision, in order to cause the lack of control of the judicial grounds. In turn, the Code of Civil Procedure of 2015 establishes the system of precedents, of mandatory observance, in the desiderato to promote the longed for legal speed and security, where the conceptions of coherence and systemic integrity appear as indispensable subsidies for the rational control of the judgment. Therefore, the problem that is proposed here is to investigate the lawyer's procedural action in the rational control of the decision at the time of its formation, when exercising the epistemological control of the case. Occasion in which the causician should take the lead in shaping the judicial decision by providing skillful means for the epistemological control of the judgment, overlapping the subjectivism of the judicial foundation. To this end, a bibliographic and legislative approach will be made on the subject.

Keywords: Hermeneutics. Lawyer. Argumentation. Reason. Judicial Precedents.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
HC	<i>Habeas Corpus</i>
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO ..	14
2.1 Interpretação jurídica: o marco inicial da filosofia hermenêutica	20
2.2 A busca do controle racional das mudanças interpretativas.....	30
2.3 Coerência e integridade como critérios norteadores da racionalidade jurídica ...	35
2.4 Como os precedentes vinculam a força dos precedentes e a importância da fundamentação.....	43
3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O IMPACTO NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL	46
3.1 O sistema de precedentes judiciais: a previsibilidade jurídica e as possibilidades alternativas interpretativas	54
3.2 Estabilidade e preservação do tratamento jurídico.....	58
4 O DESAFIO HERMENÊUTICO DO ADVOGADO NA FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NA ERA DOS PRECEDENTES.....	61
4.1 Déficit argumentativo: a necessidade de aprimoramento das técnicas argumentativas do advogado	65
4.2 O conceito de precedentes: o papel do advogado na identificação da razão jurídica efetiva da decisão	71
4.3 O constrangimento epistemológico do julgador: o advogado no controle racional da decisão judicial	81
4.4 O advogado inserido no paradigma argumentativo: as responsabilidades argumentativas correlatas advindas do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil.	85
4.5 A ética deontológica e a boa-fé processual do advogado na sustentação de tese adversa àquela amparada em precedente vinculativo	90
5 CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS.....	98

1 INTRODUÇÃO

Nota-se, cada vez mais, que a lei já não é capaz de abarcar as novas e complexas variáveis introduzidas e compreendidas à luz do constitucionalismo contemporâneo. Neste desiderato, o Código de Processo Civil (CPC), introduzido pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, procura resgatar o papel constitucional do processo como estrutura de formação da decisão judicial concebida democraticamente.

A reaproximação dos conceitos de processo e democracia participativa é essencial para a abordagem do instituto dos precedentes, que se instaura na busca das tão almejadas previsibilidade e segurança jurídica. Decerto, a dispersão jurisprudencial verificada no contexto da processualística brasileira beirava ao colapso, sendo necessária a tomada de medidas capazes de alterar o referido contexto.

A doutrina e a prática jurídicas brasileiras, no entanto, permanecem imersas nas concepções dogmáticas do Direito, típicas do formalismo legalista de tradição continental. A utilização dos precedentes ocorre de modo a desvirtuar sua correta função, e a conotação conferida ao instituto aproxima-se da ideia de norma geral e abstrata que deve ser aplicada aos casos análogos futuros.

Na prática, a revolução paradigmática pretendida mais se aproxima de um rearranjo institucional, em que busca conceder ao Judiciário o poder para ditar o Direito quando se reduzem os precedentes a meros *standards*, representados, na maioria das vezes, pelos resumos de ementários extraídos da sentença, tomando-se o precedente de modo universal, relegando as facticidades do caso concreto.

Por outro lado, a doutrina permanece inerte, caudatária dos tribunais, quiçá, de modo intencional, encobertando o dogmatismo no Direito. Os causídicos, em face da educação jurídica costumeiramente proporcionada pelas universidades no País, encontram-se despreparados para o embate teórico necessário à concretização do controle racional da decisão judicial na era dos precedentes.

A replicação dos precedentes como mero acoplamento de sentido, certamente, demandaria menor esforço argumentativo. Assim, para a comunidade jurídica que se encontra acomodada, o Direito formal e abstrato ditado pelos tribunais e criado no intuito de alcançar a segurança e previsibilidade jurídica por meios formais vem sendo aceito como suficiente para o contorno da crise institucional ora vivenciada.

Apesar disso, a concepção doutrinária dominante, que admite o precedente atrelado ao conceito de norma legislada, não poderá prevalecer. Mencionada convicção ocorre por inúmeros equívocos, dentre eles, destaca-se a irrefletida, ou mesmo intencional, importação acrítica de institutos oriundos da tradição jurídica do *common law*.

No Brasil, a tradição jurídica tradicionalmente arraigada ao *civil law*, que tem no Direito normativo a principal fonte de criação do Direito, induz à utilização do precedente de maneira assemelhada à norma codificada. Enquanto isso, na tradição jurídica do *common law*, a função relevante do precedente consiste em fomentar o sistema, fornecendo subsídios hermenêuticos hábeis ao aprimoramento argumentativo apontando diretrizes aptas a evitar que a interpretação sempre reinicie do grau zero.

Ao revés, a prática jurídica consuetudinária típica do *common law* aponta no sentido de padronização racional do julgamento, em que a segurança e a previsibilidade serão obtidas pela observância a parâmetros de coerência e integridade do Direito. No Brasil, a prática jurídica e doutrinária caminha em sentido divergente. Neste contexto, a hermenêutica contemporânea representa uma evolução, configurando uma verdadeira filosofia, necessária à descoberta da correta compreensão do precedente.

Assim, neste ensaio, chega-se ao entendimento de que a hermenêutica foi e continua sendo importantíssima para a interpretação e aplicação do Direito, pois, desde sua aparição no contexto clássico até os dias atuais, ela fornece elementos, instrumentos, que ajudam o advogado a se contextualizar no mundo do Direito.

É certo que, no cotidiano forense, os juízes se deparam com uma enormidade de casos, os quais devem ser solucionados equanimemente, ou seja, promovendo a igualdade no tratamento jurídico. A tarefa de encontrar um precedente, entretanto,

que se amolde perfeitamente às facticidades do caso, torna-se complexa e improvável. Neste âmbito, a atividade técnica do advogado adquire relevância, pois será este o responsável por fornecer elementos hábeis para edificar a decisão judicial, que, por meio de uma prática argumentativa cuidadosa, oferecerá os precedentes adequados para a conclusão almejada.

Ademais, a correta utilização dos precedentes reclama uma argumentação qualificada, tanto pelas partes quanto pelos juízes. Deter-se-á, todavia, no âmbito deste experimento acadêmico, às funções do advogado quando na representação das partes em juízo diante do embate teórico que envolve o controle racional necessário à formulação democrática da decisão judicial nos moldes introduzidos pela novel codificação processual.

No estudo sob relatório, as perguntas orientadoras foram: de que maneira o advogado deverá contribuir para o controle racional da decisão judicial na era dos precedentes? Qual é o papel do advogado no controle racional da decisão judicial à luz do Código de Processo Civil? Como deverá atuar o advogado na superação de tese firmada em precedente vinculante?

O foco deste esboço universitário de pesquisa *stricto sensu* é o processo de fundamentação das decisões judiciais na sistemática dos precedentes, notadamente, na perspectiva do advogado como contribuinte a perfazer a decisão judicial fundamentada sob a perspectiva da democracia participativa. A problemática aqui envolvida é investigar qual é a atitude causídica perante a utilização dos precedentes na prática jurídica brasileira na formação racional da decisão judicial fundamentada em conformidade com as exigências constitucionais.

Esta busca configura como objetivo geral avaliar a contribuição do advogado para o controle racional da decisão judicial na teoria dos precedentes à luz do constitucionalismo contemporâneo. E os objetivos específicos são:

- a) expor a realidade brasileira no tocante ao controle racional da fundamentação das decisões judiciais no aspecto hermenêutico e argumentativo;

- b) examinar a nova relação entre os critérios de fundamentação no Código de Processo Civil, introduzidos pelo art. 489, § 1º, na perspectiva do advogado;
- c) analisar a ética deontológica e a boa-fé processual do advogado na superação da tese jurídica amparada em precedente vinculativo.

A metodologia empregada neste trabalho é de abordagem dedutiva e limita-se à natureza do objeto de questionamento e aos objetivos perseguidos, buscando alcançar uma compreensão da problemática que se pretende analisar, e, para tanto, fazendo uso de referências bibliográficas que tratem especificamente do assunto.

Para responder aos questionamentos levantados, o estudo está dividido em cinco capítulos, onde o primeiro capítulo consiste nesta introdução, onde se contextualiza o leitor para o aprofundamento da leitura.

No segundo capítulo, abrem-se os debates com apontamentos acerca da utilização dos precedentes na seara jurídica brasileira. Em seguida, explora-se o marco inicial da interpretação jurídica, percorrendo, de modo sucinto, o caminho que perpassa pelos principais expoentes da filosofia hermenêutica do Direito, buscando chegar à concepção de interpretação dialógica, que servirá de premissa teórica para o desenvolvimento interpretativo ora adotado. Analisa-se, também, o conceito de racionalidade da decisão judicial, apresentando os enunciados filosóficos e epistemológicos necessários à coerência e à integridade sistêmica do Direito.

O terceiro capítulo dedica-se às inovações introduzidas pelo CPC/2015 e seus influxos na fundamentação judicial. Nesse contexto, utilizar-se-á o conceito de sistema jurídico multidirecional, onde a ideia de precedente judicial de caráter flexível se encontra vinculada ao constitucionalismo contemporâneo.

Em continuidade, no quarto capítulo, são traçadas críticas ao déficit argumentativo do advogado. Na sequência, cuidar-se-á do conceito de precedente, destacando a incumbência do advogado em desvelar a razão jurídica efetiva da decisão, aprofundando-se a pesquisa de modo a prestigiar a atuação do advogado no controle racional da decisão judicial estruturada sob aspectos hermenêuticos e da argumentação jurídica. Analisam-se, também, a ética deontológica e a boa-fé

processual do causídico na sustentação de tese adversa àquela amparada em precedente vinculativo.

Por fim, no quinto capítulo, expõem-se as considerações acerca dos resultados alcançados com o estudo, onde chega-se à conclusão de que caberá ao advogado o protagonismo na formatação da decisão judicial. Este profissional deve fornecer subsídios interpretativos hábeis a delinear a racionalidade do julgamento, por intermédio da mobilização de um conjunto de recursos cognitivos, centrado na argumentação dialética, em que a hermenêutica é o caminho para a compreensão do Direito. A pretensão, nesse caso, é uma mudança de postura interpretativa sensível às mudanças sociais, aptas a proporcionar uma abertura argumentativa sistêmica que possa contemplar o caráter flexivo do precedente judicial e, deste modo, combater velhas ortodoxias exegéticas ainda vigentes.

2 A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Neste seguimento, retrata-se ao modo de utilização dos precedentes pelos advogados na sistemática brasileira, ao mesmo tempo em que serão apresentadas algumas distinções relevantes na prática jurídica do *common law* e *civil law*.

Atualmente, a excessiva tramitação de processos deturba o Direito brasileiro, ocasionando o descontrole da fundamentação decisional, fato reconhecido na realidade jurídica como “jurisprudência lotérica”¹, ou seja, observa-se no conjunto de decisões um aumento na incoerência dos julgados, de larga escala, contradições desarrazoadas, mudanças de posicionamento, tudo no âmbito da mesma linha jurisprudencial, sem que se demonstre qualquer preocupação com a coerência e a integridade do Direito.

Situação em que sentenças são produzidas de modo a encobrir razões voluntaristas, onde teses desprezam as singularidades e individualidades do caso concreto, diante da falta de responsividade² e ausência de plena motivação das decisões que, de maneira corriqueira, ignoram os argumentos deduzidos pelos advogados.

Em razão ao alheamento jurisprudencial ora apontado, conjugado a uma tendência de julgados cada vez mais abstraídos à situação fática do caso, o CPC de 2015 implanta, de modo inovador, a sistemática de precedentes judiciais de observância obrigatória, no intuito de perseguir as tão almejadas estabilidade e segurança jurídica, ao mesmo tempo em que proporciona meio hábil ao controle racional da decisão judicial por intermédio da coerência e integridade sistêmica.

A regra do sistema jurídico do *stare decisis* que ora se introduz à novel codificação processual brasileira consiste no destaque para o Direito jurisprudencial, que constitui a principal característica do *common law*, ao passo que no *civil law* tradicionalmente orientador da práxis jurídica local prevalece o Direito escrito. Neste

¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, v. 3, p. 18.

² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 138.

novo panorama jurídico ganha ênfase a utilização do precedente judicial, que, com suporte numa cuidadosa leitura do inteiro teor da decisão poderá ser extraído uma *holdin* ou *ratio decidendi*, que corresponde ao seu núcleo vinculante capaz de irradiar efeitos para todo sistema³.

Há de se ponderar acerca do debate, que no Brasil, a utilização de precedentes não chega a ser novidade, haja vista que no País já se trata do assunto principalmente quando se considera a importância dos entendimentos consubstanciados nos julgados pretorianos orientadores das mais diversas teses jurídicas e balizadoras da doutrina. Portanto, a utilização de precedentes como padrão de julgamento não constitui mais característica específica do ordenamento jurídico do *common law*, onde residia a distinção tradicional em que estes seriam fundados nos precedentes, enquanto o *civil law* seria consolidado na lei escrita, característica que perdeu seu valor descritivo⁴.

Deve-se destacar, ainda, a noção de que, na tradição jurídica do *common law*, em que a utilização dos precedentes se destaca perante o Direito legislado⁵, ocorre uma obediência aos referidos institutos não por imposição legislativa, mas por constituir tradição⁶, uma prática jurídica permanente, baseada no costume forense de observação dos precedentes. Por sua vez, no atual panorama da praxis processual brasileira, a sua observação decorre diretamente da lei. Não obstante, o estudo dos precedentes em terras brasileiras, na maioria das vezes, ocorre de maneira irreflexiva, com importação acrítica⁷ de instituídos do *common law*, utilizando-se de um referencial teórico proeminentemente normativista, portanto, não apropriado, confundindo conceitos e teoria de outras tradições jurídicas no intuito de conferir legitimidade à utilização dos precedentes com aporte irreflexivo.

³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, v. 3, p. 34.

⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução de Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, p. 1-15, 2014, p. 1. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2019.

⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, v. 3, p. 31.

⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 31.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b, p. 35.

Outrossim, é válido destacar o fato de que o sentido de colegiabilidade proveniente dos julgamentos proferidos em ambos os sistemas ocorre de maneira adversa. Enquanto nos sistemas jurídicos tradicionalmente associados ao *common law*, os juízes possuem um respeito intrínseco⁸ pela deliberação colegiada, com aberta contraposição de argumentações e debate mormente alinhados pela história jurídica do precedente. Por sua vez, nos países de tradição jurídica pertencentes ao *civil law*, especificamente no Brasil, o sentido de colegiabilidade é lançado ao ostracismo, com a recorrente ideia de ilhas⁹ decisórias, que, por vezes, transformam o julgamento em mera adesão ao voto relator previamente elaborado, resultando, não raras vezes, em decisões que sequer conversam entre si, prejudicando o propósito de uma corte colegiada, colaborando, assim, para o diálogo de “surdos”.

Ademais, cumpre destacar que as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) vêm alcançando cada vez mais o *status* de ditaduras¹⁰ individuais e isoladas, onde, por meio de decisões fracionárias ou monocráticas, aviltam os precedentes judiciais anteriormente consolidados, cada um a seu tempo e de acordo com a conveniência necessária.

Outra singularidade que distingue os sistemas *civil law* e *common law* está no modo de eleição de seus magistrados: quando, por exemplo, no sistema de tradição legislativa é comum que homens e mulheres jovens e altamente qualificados sejam empossados diretamente, mediante aprovação em concurso público, para o cargo de juízes de Direito, tendo não raras as vezes apenas a formação básica em Direito. Na tradição jurídica atrelada ao Direito consuetudinário, é comum que os juízes sejam recrutados entre aqueles que se estabeleceram com sucesso no exercício da profissão de advogado¹¹, o que denota a existência de um quadro de magistrados mais maduros e experientes.

⁸ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 20.

⁹ MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 1º fev. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

¹⁰ HARTMANN, Ivar Alberto; CHADA, Daniel. A razão sem condições de qualidade. **SSRN**, Nova Iorque, 11 nov. 2015, p. 20. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2689294>. Acesso em: 21 mar. 2019.

¹¹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 15.

Já no âmbito hierárquico, o contexto jurídico brasileiro de utilização dos precedentes evidencia o aumento da força dos julgamentos dos tribunais superiores, especialmente do Superior Tribunal Justiça (STJ) e STF, onde cada vez mais são realizadas modificações legislativas no intuito de conferir força aos entendimentos dos pretórios superiores, sob uma perspectiva de hierarquia normativa.

É possível destacar, no entanto, na doutrina, algumas possibilidades ensejadoras do crescimento da força dos precedentes na realidade jurídica brasileira, onde são apontadas aqui duas razões gerais¹².

A primeira é de natureza teórica, pois a doutrina passa a dirigir seus esforços no combate ao uso indiscriminado dos enunciados legislativos como sendo insuficientes para o deslinde dos julgamentos, tratando-se de mera prescrição jurídica, que passam a ser apenas o referencial teórico no processo hermenêutico de formalização dos precedentes. Por último, apontam-se as razões de ordem prática, decorrentes do fácil acesso ao conteúdo dos julgados oriundos dos mais diversos tribunais, em decorrência dos avanços tecnológicos implementados, principalmente, pelo acesso à rede mundial de computadores, corroborada pela obrigação constitucional da fundamentação da decisão judicial.

Somando-se a estas razões, tem-se a implementação, pelo CPC/2015, da positivação do instituto do precedente judicial, que disciplina a matéria de modo inédito no ordenamento jurídico brasileiro, mediante uma modalidade de vinculação da decisão. Não obstante trate da normatização dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, a novel codificação processual não trata da matéria de modo completo; ou seja, inexiste em seu contexto a teoria, a ideologia ou referencial filosófico adequados à sua interpretação, incumbindo à doutrina a eminente tarefa¹³.

No Brasil, no âmbito da Ciência do Direito, que é tradicionalmente ligada à tradição romano-germânica, tem-se o costume de rotular tudo o que é estudado. Raramente se aprofunda no conhecimento daquilo que se estuda, mas apenas se

¹² LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 31.

¹³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 31.

categoriza sua natureza, atribui-se rotulo de uma determinada natureza jurídica, com tanta segurança, que, ao contrário, simplesmente se conhece, interage e pronto¹⁴. Demais disso, cumpre enfatizar que na prática judiciária nacional prevalece a abordagem quantitativa no lugar da qualitativa, pois o pensamento jurídico de justificação tende ao fato de que quanto mais decisões houver a favor de certa solução, mais será acertada a sua imposição, valorizando, com efeito, as decisões dos tribunais superiores, sem que para isso se considere que, na maioria das vezes, os julgados representam mera reprodução mecânica¹⁵ da mesma máxima sem reflexão sobre a matéria fática, abordada pelas partes por intermédio de seus advogados, apta a persuadir o julgamento e capaz de proporcionar um ganho hermenêutico.

Isto é, no atual contexto jurídico local, as velhas concepções do Direito continuam a ofuscar as novas concepções; a novidade não consegue prevalecer, muito menos se impor; os velhos paradigmas são de tal modo enraizados que minam as possibilidades de o novo despontar, fazendo prevalecer o senso comum¹⁶ no Direito, onde o advogado não consegue sobrepor as obviedades do óbvio. Esta situação denota o despreparo do advogado para lidar com o sistema de precedentes judiciais em que a sua invocação obedece a uma lógica aleatória, vigorando um ecletismo¹⁷ improvisado entre as tradições jurídicas diversas, sem que haja um real diálogo entre elas.

A cultura jurídica pátria se alicerça em casuísmos didáticos, no âmbito dos quais o próprio ensino jurídico é encarado como módico. Trata-se o professor como um estranho ao sistema, mero propagador das ideias caudatárias dos tribunais; a jurisprudência é pacífica, prevalecendo o seguimento às meras citações padronizadas; os precedentes são reduzidos a meros ementários, como se fossem

¹⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; WYKROTA, Leonardo Martins. Nos corredores do direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, v. 1, p. 27.

¹⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução de Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, p. 1-15, 2014, p. 8-9. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2019.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 9.

¹⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31.

uma coleção de *prêt-à-porters*¹⁸, em que raramente a ementa citada se faz acompanhar pelo contexto histórico onde se desenvolveu o processo original.

O Judiciário, por sua vez, se torna cada vez mais refém dos órgãos de cúpula, o magistrado de primeiro grau se comporta como órfão científico¹⁹, realizando a função jurisdicional pautada em mera repetição de argumentos já assentados pelos tribunais superiores; então, dotados de autoridade, esperam que o processo hermenêutico desenvolvido no contexto do julgamento pelo órgão superior lhe aponte o caminho. Trata-se de mecanismo em que os precedentes judiciais se transformam em meros discursos prévios de fundamentação para apontar a solução aos casos jurídicos por simplórios acoplamentos de significado. No mesmo compasso, em um contexto geral, o advogado se demonstra cada vez mais despreparado para o embate teórico na aplicação dos precedentes judiciais.

Na seara jurídica brasileira, contudo, o senso comum teórico prevalece com a reprodução de uma ideologia dos conceitos com pretensões de aprisionar os fatos de antemão, onde texto e norma se confundem. A dogmática inserta nesse âmbito pretende dar respostas antes dos questionamentos, de maneira atemporal, consagrando uma pretensão de viés tipicamente anti-hermenêutico²⁰. Por conseguinte, conforme observa Streck, é necessário ficar alerta para posturas típicas de um pós-positivismo à brasileira²¹, que pretende rotular como algo novo velhas posturas, já bastante desgastadas nesse patamar histórico, principalmente quando se vivenciam tempos de um processualismo democrático.

Nesse âmbito, o presente estudo pretende edificar suas considerações mediante uma análise crítica que percebe o sistema de precedentes à luz do constitucionalismo contemporâneo, onde a hermenêutica jurídica será o expediente apto a resgatar o seu caráter de autoridade, tradição e historicidade, na tentativa de superar o paradigma normativista utilizado amplamente, tanto pela doutrina como

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, v. 3, p. 87.

¹⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, v. 3, p. 35.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b, p. 38.

pela práxis jurídica no Brasil, que, de maneira irrefletida, se encontram arraigadas à filosofia da consciência; quando, no âmbito de uma necessária reformulação argumentativa imposta pela novel codificação processual, o advogado surgirá como protagonista, procurando conciliar a interpretação e aplicação dos precedentes em tempos de subserviência intelectual.

2.1 Interpretação jurídica: o marco inicial da filosofia hermenêutica

Sobre a ideia inicial do raciocínio hermenêutico aqui utilizado, cabe a análise de algumas reflexões. O estudo ora desenvolvido, contudo, não possui o desiderato de apontar uma síntese histórica da filosofia hermenêutica, porquanto não se presta necessário ao deslinde do estudo, pois apenas tem por objetivo indicar o manancial hermenêutico a ser utilizado.

A gênese²² da palavra hermenêutica é relacionada ao verbo grego *hermeneuein*, comumente traduzido como “interpretar”, e ao substantivo *hermenia* que significa “interpretação”. Sua primeira orientação fundamental é no sentido de exprimir, afirmar ou dizer, relação reiteradamente vinculada à figura do deus Hermes, que, na mitologia grega, possuía a função de mediador²³.

Para a tradição da hermenêutica jurídica, é interessante destacar quatro modalidades de definição que, segundo Palmer, são: a) como ciência de toda compreensão linguística; b) como base geral para as ciências do espírito; c) como fenomenologia da existência e da compreensão existencial; e d) como sistema de interpretação utilizados pelo homem para alcançar os significados de mitos e símbolos²⁴. As definições remetem, respectiva e cronologicamente, a Friedrich Schleiermacher, Wilhelm Dilthey, Martin Heidegger e Hasn Georg Gadamer, autores

²² PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 23.

²³ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014, p. 43.

²⁴ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 43.

tomados quase por unanimidade como os principais representante da hermenêutica filosófica²⁵.

Neste experimento, no entanto, não se abordará pormenorizadamente o pensamento de cada um, sendo suficiente mostrar sua concepção geral de hermenêutica, para melhor compreender o pensamento de Gadamer, que servirá de alicerce filosófico de destaque desta abordagem universitária *strictu sensu*.

Tem-se que a hermenêutica atingiu pela primeira vez o *status*²⁶ de filosofia somente na modernidade, precisamente, no romantismo alemão com Friedrich Schleiermacher. Desse pensador, perpassa o desígnio do desenvolvimento de uma hermenêutica com arte na interpretação²⁷. Seu método de interpretação consubstancia uma verdadeira doutrina de arte no compreender que visa a afastar o mal-entendido, significando reconstruir a compreensão do modo mais satisfatório à reprodução originária do compositor escritor. Importa destacar neste momento, o fato de que em Schleiermacher se desenvolveu uma tematização do elemento prévio²⁸ da compreensão, delineado na noção de pré-juízos ou pré-conceitos, o que conduz o intérprete no desenrolar do círculo hermenêutico, onde a compreensão representa uma comunhão de subjetividades, a do intérprete com a do autor do texto.

No escopo do deste estudo, é importante destacar a ideia de relação recíproca entre parte e todo²⁹, atributo edificante do círculo hermenêutico defendido por Schleiermacher.

²⁵ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014, p. 45.

²⁶ OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

²⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 255.

²⁸ OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47.

²⁹ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014, p. 51.

Dando continuidade à abordagem, esse caráter fundante elaborado pela subjetividade que fez com que a hermenêutica schleiermacheriana fosse denominada por psicologicista³⁰, que continua atuante em Dilthey, sucessor das ideias de Schleiermacher, em que a preocupação se volta para a elaboração de outros métodos de interpretação capazes de abarcar os fenômenos humanos. De fato, a filosofia em Dilthey se aprofunda na distinção metodológica entre Ciências da Natureza e Ciências do Espírito, enraizado no que o pensador denomina de “método hermenêutico”³¹ e o método crítico a ele associado, seguindo a tradição incorporada de seu antecessor, no sentido da busca “pelas condições de possibilidade” da compreensão, sem o qual nenhuma ciência desse tipo poderia existir, contribuindo, assim, como uma ciência subsidiária da fundamentação jurídica.

Sem desprestigar, contudo, as grandes contribuições exercidas pelos nomes alhures mencionados, a guinada filosófica na constituição de uma proposta hermenêutica surgiu Heidegger e, posteriormente, com seu sucessor, Hans-Georg Gadamer³².

A respeito de Heidegger, cumpre ressaltar que esta exposição se deterá, na medida do possível, apenas às contribuições heideggerianas que tenham relevância do ponto de vista hermenêutico, que, diante da enormidade e complexidade de sua obra filosófica, é o desiderato deste estudo.

A sua principal contribuição para a hermenêutica jurídica consiste na ideia de que a compreensão assume um papel de centralidade no seu pensamento, onde *Dasein* “é” compreendendo o “ser”³³. Heidegger, no que se refere ao papel da hermenêutica, concebe uma elaboração ontológica da historicidade abordando

³⁰ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 20.

³¹ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014, p. 57.

³² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 229.

³³ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014, p. 68.

questões relacionadas ao ser, onde o ser só poderá ser determinado desde seu sentido com ele mesmo³⁴.

Além disso, em Heidegger a interpretação se funda existencialmente no compreender e não o contrário³⁵, assumindo formato de desenvolvimento da compreensão, ou seja, “[...] a interpretação não institui campos de sentido, ela apropria-se do compreendido, compreendendo e atualizando o espaço de compartilhamento prático de sentido aberto pelo fenômeno”³⁶. É nesse sentido que surge a noção de estrutura prévia da compreensão, onde a interpretação sempre se move em uma estrutura de prioridade, assumindo a ideia de circularidade da compreensão³⁷; ou seja, na esteira do pensamento de Heidegger, não se interpreta porque se compreende, mas se interpreta porque já se possui compreensão prévia³⁸.

Por sua vez, a ideia de círculo hermenêutico, que assume papel de grande importância na compreensão do instituto dos precedentes judiciais, pressupõe uma pré-compreensão, em que intérprete e interpretando formam um círculo, do qual não se escapa, dada a estrutura originária do compreender. Nesse contexto, o importante não está em sair do círculo, mas em estar dentro dele de maneira devida³⁹.

A hermenêutica, será basicamente um adjetivo, descerra um âmbito antes não explorado e com alguns de seus conceitos mais conhecidos “[...] como compreensão, interpretação, círculo hermenêutico, antepredicativo e pré-compreensão, abrirá um novo espaço para a Filosofia”⁴⁰, ou seja, outra modalidade

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 21.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, v. 1.

³⁶ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 948.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 21.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, v. 1.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 21.

⁴⁰ STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. 2. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2015, p. 10.

de expor certos pressupostos do conhecimento. Com isso, a hermenêutica deixa de representar um ataque à razão, passando a configurar uma dimensão da historicidade do compreender⁴¹. É o momento em que surge a descoberta de um campo de exploração do problema do conhecimento, e, logo, uma epistemologia hermenêutica, o que significa uma virada hermenêutica⁴² na questão do conhecimento, pondo em xeque a objetividade pregada pela Filosofia de um modo geral que se referia à ideia da existência de um sujeito “puro”, independentemente de sua historicidade⁴³. A principal implicação da reviravolta hermenêutica constitui na invasão da Filosofia pela linguagem que passa a ser o meio de intermediação dos sentidos, onde os sentidos se dão na e pela linguagem⁴⁴.

Para Gadamer, o conceito pleno de hermenêutica só poderá ser apreendido à proporção que se pense associadamente, isto é, sobre o que une hermenêutica filosófica, teleológica e jurídica⁴⁵. Segundo o referido autor, o sujeito não pode se situar perante a história e, objetivamente, compreendê-la, porque antes de ser um sujeito histórico já se tornou um objeto pertencente à própria história⁴⁶, constituindo uma maneira de ser do *eis-aí-ser*⁴⁷. Isto é, ao compreender um texto a pessoa já se coloca em um contexto histórico determinado pelo meio cultural em que se situa, que acabará por influenciar no seu processo de conhecimento.

Assim, o conhecimento prévio que o intérprete possui sobre algo será inevitavelmente influenciado pelo contexto no qual está inserido, que determinará seu modo de acessar o objeto interpretado, sendo que, sem esse conhecimento pré-

⁴¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 230.

⁴² MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014, p. 73.

⁴³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 231.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 396.

⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 407.

⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 396.

⁴⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 225.

determinado, este acesso será impedido⁴⁸. Quer dizer, a pré-compreensão é a chave que leva ao conhecimento do objetivo interpretado. Compreender, no entanto, significa apreender um sentido com o próprio objeto interpretado, uma vez que esse também estará inserido no âmbito histórico onde o sentido que se extrai do objeto é marcado pelo sentido que historicamente lhe foi emprestado⁴⁹. Para Gadamer, racionalmente, toda sentença é uma resposta a uma pergunta⁵⁰, será por meio da pergunta que o intérprete obterá o significado do texto, onde a resposta revelará o horizonte da interpretação.

Logo, o próprio horizonte do intérprete é determinante, mas não como um ponto de vista que se submete ou se impõe, mas sim como uma opinião que se aciona e põe no jogo hermenêutico, que ajuda a se apropriar da verdade que diz o texto. Em Gadamer, “[...] a linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação”⁵¹. Por esse motivo, o problema hermenêutico se revela como um caso único da relação entre pensamento e linguagem⁵². À vista disso, Gadamer indica:

A compreensão portanto é um jogo, não no sentido de que aquele que compreende se coloque como jogador na reserva, abstendo-se de tomar uma posição que o ligue às pretensões que lhe são colocadas. Isso porque, aqui, de modo algum se dá a liberdade de possuir a si mesmo, inerente ao poder colocar-se na reserva, e é isso o que pretende expressar a aplicação do conceito do jogo à compreensão. Aquele que compreende já está sempre incluído num acontecimento, em virtude do qual aquilo que possui sentido acaba se impondo.⁵³

A interpretação implica a existência de um acordo entre os interlocutores, que, dispostos, abrem espaço para acolher o estranho e o adverso. Quando isso ocorre e cada interlocutor absorve os contra-argumentos, mantendo suas razões, sucede

⁴⁸ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014, p. 74.

⁴⁹ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014, p. 74.

⁵⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 235.

⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 503.

⁵² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 233.

⁵³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 631.

uma recíproca e involuntária transferência dos pontos de vista, o que se denomina intercâmbio de opiniões⁵⁴, onde se chega a uma decisão comum. A tradição, no contexto gadameriano, quer dizer entrega, transmissão⁵⁵, não exerce apenas a referida função negativa, mas abriga ainda várias possibilidades positivas do compreender, em virtude da impossibilidade de acessibilidade de seu conteúdo em sua totalidade. Assim, o constante perguntar⁵⁶ pela possibilidades de sentido, constitui papel de importância para a hermenêutica filosófica, por permitir a constante evolução do compreender, em que o intérprete participa do ato de compreender com suas prévias concepções acerca do objeto, constituindo uma pré-compreensão que desempenha papel por demais valioso na aplicação dos precedentes, vez que somente a partir dela se poderá acessar o objeto, realizando uma postura de respeito, sob a qual “[...] todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no médium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do interprete”⁵⁷.

Gadamer, ainda, afirma que a união entre tomada de consciência do intérprete acerca do horizonte de sentido proporcionado por seus pré-conceitos e do horizonte de sentido que representa a historicidade do objeto, formula a ideia de “fusão de horizontes”. Significa que “[...] antes, compreender é sempre um processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos”⁵⁸. Nesse contexto interpretativo, é possível tratar de uma conversação hermenêutica⁵⁹, onde será elaborada uma linguagem comum entre os interlocutores que mediante um acordo na conversação incidirá na própria realização do compreender, onde a tarefa da interpretação consistirá em “[...] engajar o horizonte do passado com o do presente, fazendo surgir um novo horizonte, uma nova possibilidade”⁶⁰. Por este motivo, dá-se

⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 501.

⁵⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 233.

⁵⁶ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014, p. 76.

⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 503.

⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 404.

⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 502.

⁶⁰ LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 93.

o significado apropriado ao uso do precedente judicial como ganho hermenêutico no jogo da interpretação, apto a enriquecer o sistema que não poderá ser comparado com um ponto de vista estático, rígido e inflexível; realidade na qual, a viabilidade de uma compreensão consiste na ideia de que a opinião não poderá ser imposta de maneira arbitrária, exigindo-se a abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto objeto da interpretação. Desse modo, uma consciência formada hermeneuticamente deve se mostrar receptiva à alteridade do texto⁶¹. Essa postura, em termos jurídicos, representa a relação entre o texto normativo com os fatos em questão, sob a mútua influência⁶² exercida pelos argumentos trazidos pelos advogados.

Retomando-se o que foi expresso há pouco acerca do conceito de hermenêutica, tem-se em Gadamer o reconhecimento da *applicatio*⁶³ (aplicação) como momento integrante de toda compreensão; quando compreensão, interpretação e aplicação acontecem em um processo unitário⁶⁴, a aplicação passa a ser considerada um elemento tão importante quanto a interpretação e a compreensão. Assim, Gadamer promove verdadeira virada ontológica, na qual teoria e prática não poderão ser cindidas, devendo ser pensadas em conjunto no acontecer da compreensão⁶⁵.

Muito embora pareça ser uma obviedade, principalmente nos dias de hoje, é possível encontrar decisões que desconsideram esse aspecto hermenêutico no momento da interpretação jurídica.

Para fins explicativos, destaca-se a decisão do STF que tratou acerca da constitucionalidade e da razoabilidade do início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, quando, no julgamento do

⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 358.

⁶² MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014, p. 78.

⁶³ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014, p. 80.

⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 407.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 397.

Habeas Corpus (HC) 126.292⁶⁶, por exemplo, tal postura ocorreu, o que redundou na desconsideração completa do dispositivo do Texto Constitucional, que afirma claramente a impossibilidade do cumprimento de sentença condenatória antes do trânsito em julgado da decisão, sendo este o posicionamento anteriormente adotado pela Corte Suprema.

De efeito, o referido julgado realizou uma guinada em sua jurisprudência, passando de agora em diante a admitir o cumprimento da sentença condenatória após julgamento por órgão colegiado. Portanto, o Tribunal Excelso realizou uma mudança brusca de posicionamento sob o argumento de uma suposta interpretação correta, relativizando o princípio constitucional da presunção de inocência claramente estampado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal (CF) de 1988, dispondo que “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Pelas razões aludidas no referido julgamento, é possível perceber que não houve uma interpretação baseada na relação entre parte e todo, mas sim uma construção interpretativa com leitura da parte com abstração do todo, onde a questão não estava preestabelecida, relegando o Texto Constitucional, gerando consequências jurídicas das mais diversas. Observe-se que são doutrinas que, supostamente preocupadas com o constitucionalismo contemporâneo, implementam tais práticas, pretensa obviedade, que irrefletidamente demonstram serem guiadas e justificadas pela filosofia da consciência, há muito superada.

Repensando-se no caso do julgamento do citado HC 126.292, julgado pelo STF, é de se ponderar se a postura dos ministros foi de respeito ao objeto interpretado? Ou se está pautada por uma abertura de sentido no próprio texto? Ou se referiu a uma concepção prévia, construindo um sentido sem a necessária aproximação com objeto interpretado?

Vislumbra-se, pelo menos em dois dos votos de seus ministros, que, sumariamente se analisará, a desconexão do texto interpretado em relação à historicidade do objeto, tendo como resultado uma decisão amparada em um pré-

⁶⁶ STF, HC 126292/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17.02.2016, DJe de 17.05.2016, p. 5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 21 mar. 2019.

conceito alheio ao sentido do texto, respaldada em argumentos desconexos relativamente com o contexto do julgamento.

Não obstante, destaca-se o embasamento teórico apontado nas razões do voto da lavra do ministro Luiz Fux, que, por sua vez, apresentou argumentos com supedâneo na doutrina de autoria da eminente jurista Patrícia Perrone Campos, que trata sobre precedentes judiciais, conduzindo seu relatório jurídico afirmando se fazer necessária e justificável a mudança do precedente, passando a entender por admissível o cumprimento da pena mesmo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, para tanto, respaldando suas razões de voto na argumentação de uma suposta incongruência sistêmica ou social⁶⁷.

A esse despeito, o voto elaborado pelo ministro Gilmar Mendes, que anteriormente seguiu orientação contrária, no sentido de entender por inadmissível o cumprimento da pena condenatória antes da ocorrência do trânsito em julgado, passou a rever e mudar sua orientação, admitindo a possibilidade de cumprimento de pena após condenação por órgão colegiado, apresentando, assim, argumentos que tratam precipuamente da celeridade processual necessária a responder aos anseios da crítica social e jornalística⁶⁸.

Após sucinta análise, percebe-se que as interpretações apontadas no citado julgamento incorreram em discursos preconceituosos, partindo de uma pressuposição que desconsiderou o texto normativo, sendo resultado de uma discussão política em que o preconceito saiu vencedor, onde não houve diálogo com o objeto interpretado, mas sim uma imposição de sentido previamente estabelecido, principalmente, por força da crítica social.

Nesse atual contexto de subserviência intelectual, no entanto, quando as decisões passam a ser cada vez mais admitidas de modo passivo e incontestável, momento em que o debate jurídico está cada vez mais raso, faz-se necessário um despertar hermenêutico do advogado. Isto porque, o causídico, acima de tudo é um

⁶⁷ STF, HC 126292/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17.02.2016, DJe de 17.05.2016, p. 60. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 21 mar. 2019.

⁶⁸ STF, HC 126292/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17.02.2016, DJe de 17.05.2016, p. 91. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 21 mar. 2019.

hermeneuta, por sua vez, condicionado à compreensão, ao passo que, ao interpretar se transforma em aplicador, apreendendo o sentido do objeto interpretado desde sua historicidade⁶⁹, visando a um contexto, emergindo, deste modo, o aspecto prático da Ciência Jurídica. Portanto, a tarefa da hermenêutica jurídica é pensar as condições de possibilidade do processo de compreensão/interpretação/aplicação⁷⁰ do Direito, integrando todos os sujeitos que dele participam, fomentando o arsenal imprescindível ao advogado no embate teórico introduzido pela era dos precedentes.

Embora ainda hoje, na realidade brasileira, o pensamento jurídico encontre-se substancialmente vinculado ao modelo clássico axiomático que encara a hermenêutica jurídica como disciplina acessória, meramente auxiliar, adversamente, a hermenêutica contemporânea representa uma evolução, pois conforma uma verdadeira filosofia, necessária à descoberta da compreensão e correta utilização do precedente judicial. Sendo assim, chega-se ao entendimento de que a hermenêutica foi e continua sendo valorosa para a interpretação e aplicação do Direito, desde seu surgimento no contexto clássico até a atualidade, pois ela fornece subsídios, instrumentos hábeis a contextualizar o causídico na sistemática precedentalista.

No módulo imediatamente seguinte, faz-se uma análise acerca do controle racional da decisão jurídica, com vistas ao controle e fiscalização da sua fundamentação.

2.2 A busca do controle racional das mudanças interpretativas

A ideia ocidental de razão como pensamento⁷¹ que segue princípios e regras universais surgiu inicialmente com os gregos, sendo traço distintivo da condição humana, principalmente pela capacidade de acumular conhecimento e transmiti-lo pela linguagem.

⁶⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 240.

⁷⁰ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014, p. 85.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 309.

É por intermédio da racionalidade que se busca abolir as barreiras, as classes, os paradoxos, o sentido totalitário das classificações, almejando uma coerência lógica e unitária⁷² da interpretação e aplicação do Direito, idealmente, “[...] a razão é o caminho da justiça, o domínio da inteligência sobre instintos, interesses e paixões”⁷³.

Na prática, essa racionalidade se dá por meio do processo judicial, uma tecnologia que submete a resolução do conflito a um terceiro, imparcial, personificado, em regra, pelo Estado-juiz⁷⁴. Obviamente, essa relação processual se arvora na ideia de valoração racional da prova produzida, onde a decisão se legitimará por meio de sua fundamentação⁷⁵. Não obstante, as reflexões acerca da racionalidade incidem diretamente sobre dois conceitos: a neutralidade e a objetividade⁷⁶. Decerto, no campo específico das Ciências Humanas, especialmente na seara do Direito, a sua realização plena será impossível⁷⁷, no entanto, nem por isso, a racionalidade se tornará menos importante.

Para a melhor abordagem do estudo, todavia, é preciso ter estabelecido a obrigatoriedade da fundamentação judicial, entendida nos parâmetros do constitucionalismo contemporâneo, ou seja, na sua dimensão de fiscalização contra o arbítrio e discricionariedade do magistrado, muito embora a ideia de fundamentação judicial pareça uma existência óbvia, nem sempre essa exigência se fez presente nos sistemas jurídicos ao longo da história⁷⁸.

⁷² STIGERT, Bruno. Racionalidade de quem? Por uma teoria da interpretação honesta e adequada. **Revista Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, v. 2, n. 11, p. 1-24, 2009, p. 2. Disponível em: http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/11/11_2_bruno1.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 309.

⁷⁴ MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo**: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 117.

⁷⁵ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 309.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 311.

⁷⁷ KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 295-320, jan. 2014, p. 308. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/43579/42292>. Acesso em: 29 mar. 2019.

⁷⁸ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 35.

No Direito Romano, por exemplo, a fundamentação da decisão foi um instituto estranho aos julgamentos que eram baseados nas *ordálias*⁷⁹, que, na época em que se sucedeu ao Império Romano, foi amplamente difundido no ocidente, momento em que os meios de prova e julgamento eram vulgarmente chamados de juízos divinos⁸⁰, ou seja, guiados por Deus, não havendo racionalidade na decisão. A proibição das *ordálias* deve a principal contribuição pelo Concílio Laterano⁸¹, onde os eventos que caracterizavam o Renascimento do século XII já haviam verificado as transformações sociais, representando um momento de grandes evoluções sociais e culturais, sobretudo no curso dos séculos XI e XII. Nas monarquias absolutistas instauradas na Europa a partir do século XIV⁸², no entanto, as decisões judiciais permaneciam, em regra, destituídas de fundamentação, ainda orientadas pela noção divina das *ordálias*.

Na seara legislativa, a obrigação da fundamentação judicial teve início com a publicação do *Codex Friedercianus Marchicus*⁸³, em 1748, pelo rei Frederico II, quando a fundamentação da decisão passou a ser obrigatória pela primeira vez em um sistema jurídico, além de se destinar às partes, quando o próprio texto legal informava a finalidade de suas regras de fundamentação de modo a evitar divergências na interpretação e permitir respeito à decisão, possibilitando melhor conhecimento da matéria em caso de necessidade de julgar os recursos⁸⁴.

Com efeito, com o fortalecimento do Estado, impulsionado pelos ideais iluministas, fez-se permear a ideia de fundamentação da sentença com alicerces nas concepções pelo zelo e observância da lei, limitando o arbítrio do juiz e reafirmando a supremacia do Legislativo⁸⁵. Foi somente no tardio pós-guerra do século XX,

⁷⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 29.

⁸⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 30.

⁸¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 34.

⁸² RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 36.

⁸³ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37.

⁸⁴ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 38.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico lições de filosofia do direito**. Tradução de Marcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 29.

contudo, que se institucionalizou o “neoconstitucionalismo”⁸⁶, considerado pela doutrina como marco inicial para o surgimento do ideal de processo concebido como legitimação da democracia.

No Brasil, mais contemporaneamente, é o art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, que estipula: “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Atualmente, a normatividade sistêmica que proporciona funcionalidade ao Direito, em que a interpretação e a aplicação ocorrem de modo racional, encontra-se defasada, necessitando de uma nova roupagem capaz de adequar o processo ao Estado constitucional contemporâneo. Apesar disso, esse desarranjo não significa o necessário abandono desse meio, pois a evolução social decorre profundamente da organização sistêmica do Direito⁸⁷.

Hodiernamente, a atividade do juiz é examinada em uma pluralidade de perspectivas, principalmente ante a valorização da jurisprudência em virtude da normatização dos precedentes judiciais, momento em que o juiz deixa de ser uma máquina neutra e se apresenta como portador de valores éticos e políticos, como protagonista na resolução de conflitos sociais, “[...] em que a decisão deve constituir o resultado de um processo racional, que se desenvolva segundo regras e princípios”⁸⁸. Nesse cenário, a atividade jurídica do advogado ganha relevância, pois será no contexto argumentativo de aplicação dos precedentes que o causídico deverá fornecer elementos hábeis ao controle racional da decisão judicial.

Essa pluralidade de perspectivas torna difícil a tarefa de delimitar a natureza da motivação da fundamentação judicial. Ante tal complexidade de fatores, o que se pode de fato concluir, empiricamente, é que essa motivação é um discurso, entendendo-se como um conjunto de proposições ligadas entre si e insertas no

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 340.

⁸⁷ MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 49-64, ago. 2018, p. 59. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5307>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5307>. Acesso em: 29 mar. 2019.

⁸⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 224.

mesmo âmbito⁸⁹. Por sua vez, a sentença deve ser entendida como o ordenado dessas proposições argumentativas, estruturadas de acordo com a função da motivação, que justificam a decisão.

A função de maior importância da fundamentação da decisão é o da justificação que esta destina a realizar racionalmente. A fundamentação convalida, racionaliza e torna aceitável a decisão⁹⁰, que, por meio dos cânones interpretativos adequados aplicados no contexto do círculo hermenêutico, rejeita leituras desviantes e, ao mesmo tempo se utiliza da retórica argumentativa para elevar a legitimação da decisão para o *status* democrático, ao conferir ampla possibilidade de interação das partes capazes de influir no acerto decisório. Logo, destaca-se a possibilidade do controle democrático da função jurisdicional exercida pela obrigatoriedade da fundamentação, sendo necessário compreender a referida obrigação como “[...] garantia política e democrática, freio ao arbítrio, que evidencia não como mero ato de arbitrariedade, mas sim como fruto de um trabalho de conhecimento; iteração social e reflexão”⁹¹.

Assim, no plano da motivação, o problema a ser enfrentado pelo advogado será o da racionalidade do juízo, fornecendo elementos hábeis a controlar a sua justificação. O problema está, pois, em estabelecer como o juiz dará essa concepção de valores e como adotar instrumentos capazes de realizar o controle externo, diferenciando uma fundamentação válida de suas simulações. Será impossível, no entanto, exigir do magistrado que dialogue com todos os precedentes anteriores de modo a proporcionar a coerência e a consistência no Direito. Surge assim, um dever do diálogo, não de submissão, uma espécie de responsabilidade condicionada dentro do paradigma argumentativo no qual o advogado está inserido.

Nessa ocasião, passa-se à abordagem dos aspectos de coerência e integridade sistêmica, qualificadas a contribuir para o controle racional do julgamento.

⁸⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 225.

⁹⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 233.

⁹¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 40.

2.3 Coerência e integridade como critérios norteadores da racionalidade jurídica

A busca pela racionalidade da decisão judicial, por compreender os problemas relativos à interpretação e aplicação do Direito, constitui o principal ponto de convergência entre hermenêutica e jurisprudência na constatação do processo legitimamente democrático⁹². Essa preocupação gira em torno do controle da intersubjetividade do julgador no momento da fundamentação judicial.

Neste desiderato, o CPC/2015, após sofrer forte pressão doutrinária quando de sua elaboração, críticas encabeçadas principalmente por Streck⁹³, contribuiu para que o legislador incorporasse as noções de coerência e integridade como parâmetros a serem observados pela jurisprudência. Em consequência, as referidas exigências, aliadas à estabilidade, aumentaram sobremaneira a responsabilidade dos juízes, no intuito de frear as atitudes solipsistas, com vistas à concretização da democracia processual e o respeito aos precedentes anteriormente firmados, de modo a promover a racionalidade da decisão judicial.

Ocorre que, com a normatização dos precedentes, apareceu o fortalecimento das decisões oriundas das cortes de vértice, que passam a ser referência obrigatória para os juízes de instância inferior. Deste modo, o legislador ordinário buscou implantar no ordenamento jurídico pátrio a tão sonhada segurança jurídica, que visa à pacificação dos julgados, a fim de promover a almejada previsão baseada na confiança jurídica aos jurisdicionados.

Nessa contextura, o constitucionalismo contemporâneo exerce demanda por uma nova sistematização, que tem na doutrina de Dworkin uma teoria jurídica mais adequada à hermenêutica filosófica, erigida com origem no paradigma contextualista⁹⁴, constituindo parâmetro hermenêutico indispensável para análise do

⁹² TRINDADE, André Karam. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 17.

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 out. 2013c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁹⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 250.

precedente judicial. A obra de Dworkin situa o Direito em uma concepção “pós-positivista”⁹⁵, em sua obra existe um nítido deslocamento da preocupação justeorética⁹⁶ para o momento da *applicatio*, em que o Direito, por sua vez, passa a ser visto como um conceito interpretativo que visa a justificar as práticas sociais com vistas à moralidade. Esta é uma realidade em que, sua teoria muito se aproxima do interpretativismo, que condiciona a validade jurídica a considerações de cunho moral extraída de um contexto comunitário⁹⁷. A doutrina de Dworkin está mais bem situada no âmbito da Filosofia e da teoria do Direito inserida na virada hermenêutica – influenciada principalmente pelas obra de Gadamer e Heidegger – cuja conclusão importa em relevante referencial teórico apto a iluminar os problemas do controle racional da decisão judicial⁹⁸.

De acordo com a abordagem de Dworkin, para determinar o sentido da lei é necessário buscar a melhor interpretação de acordo com os dados jurídicos pertinentes: atos legislativos, decisões judiciais, no caso os precedentes, textos constitucionais e assim por diante. Além disso, conforme sua concepção, a teoria interpretativa deve adequar-se aos dados relevantes, e também deve se pautar na escala da validade moral, sendo uma abordagem tão apropriada para os teóricos jurídicos que discutem a natureza da lei como para os legisladores, juízes e advogados argumentarem o que a lei e os precedentes exigem sobre um assunto específico⁹⁹.

Ainda em consonância com a doutrina de Dworkin, a interpretação judicial terá que se submeter a um mecanismo de remodelagem e melhoramento apropriado ao estudo do Direito como prática social, em que deverão ser observadas três distintas etapas de interpretação. A primeira delas é a fase pré-interpretativa na qual “[...] são identificadas as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo

⁹⁵ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 93.

⁹⁶ TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 164.

⁹⁷ TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 27.

⁹⁸ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 94.

⁹⁹ LEITER, Brian. Beyond the hart/dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. **The American Journal of Jurisprudence**, Notre Dame, v. 48, n. 1, p. 17-51, 2003, p. 27. DOI: <https://doi.org/10.1093/ajj/48.1.17>. Disponível em: <https://academic.oup.com/ajj/article-abstract/48/1/17/204137?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 29 mar. 2019.

experimental da prática”¹⁰⁰. Posteriormente, já na etapa interpretativa, o advogado deverá buscar “[...] uma justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa”¹⁰¹. Ao término, na etapa pós-interpretativa, deverá haver um ajuste de “[...] sua ideia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa”¹⁰². Dworkin enfatiza que o Direito não poderá ser visto apenas como um modelo de regras, mas como um conjunto de padrões normativos que compreendem princípios:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, e neste caso em nada contribui para a decisão.¹⁰³

Advirta-se, ainda, para uma diferença, também relevante, entre argumentos de princípio e argumentos de política¹⁰⁴, os quais possibilitam uma compreensão do panorama apreendido na realidade da correta decisão jurídica. Com relação aos argumentos de princípio, assim aponta Dworkin:

O direito como integridade pede que juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.¹⁰⁵

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 81.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 81.

¹⁰² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 81-82.

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39.

¹⁰⁴ TRINDADE, André Karam. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21.

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 291.

Argumento de política, por sua vez, deve ser tido como “[...] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”¹⁰⁶. Isto é, são os elementos que constituem a integridade sistêmica, servindo de balizamento ante a livre criação do Direito nos casos difíceis¹⁰⁷. É neste contexto que aufer relevância a doutrina de Dworkin, cuja resposta correta para os casos difíceis surge na necessidade de observar a coerência e integridade da aplicação do Direito, conforme a ideia insculpida na metáfora da *chain novel* (romance literário em cadeia).

Dworkin representa melhor a sua ideia de coerência, baseada no Direito como integridade, aliando a figura do juiz Hercules à metáfora do romance em cadeia, passagem cuja transcrição se torna oportuna:

O direito como integridade, num caso de direito consuetudinário como o McLoughlin, pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. (Sem dúvida, para ele a melhor história será a melhor do ponto de vista da moral política, e não da estética.) Uma vez mais, podemos fazer uma distinção rudimentar entre duas dimensões principais desse juízo interpretativo. O veredito do juiz – suas conclusões pós-interpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível. No direito, porém, a exemplo do que houve na literatura, a interação entre adequação e justificação é complexa. Assim como, num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos; [...].¹⁰⁸

Constitui o argumento central da tese exposta a ideia de que cada juiz deverá assumir o dever de dar continuidade à tradição jurídica com observância ao que os outros juízes decidiram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

¹⁰⁷ TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 165.

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 286.

para se chegar a uma opinião do que fizeram coletivamente¹⁰⁹, ou seja, como cada um deles formou sua opinião, para, assim, dar prosseguimento ao decidir o novo julgamento, sempre coerente com as razões anteriores. De acordo com a teoria de Dworkin, o intérprete movimenta-se em um espaço intermediário do genuíno tradutor àquele que dará início a uma nova abordagem, sem relação de obediência formal com o que já foi escrito. Possui maior liberdade do que o primeiro intérprete, contudo, será mais limitado que o segundo, o que demonstra o fato de lidar com duas dimensões nesta tarefa: o ajuste e o valor¹¹⁰.

A ideia de princípios legais exposta na teoria de Dworkin, fez dela uma pedra angular na sua concepção de “integridade” no Direito. De acordo com Dworkin, um juiz ideal emprega moral e razão no julgamento para desenvolver os melhores princípios decisórios que podem satisfazer uma exigência de encaixe com decisões anteriores para então decidir o caso diante dele¹¹¹. Em outras palavras, o juiz de Dworkin busca coerência com precedentes, mas também se envolve em raciocínio moral para alcançar o melhor resultado possível dentro da restrição que essa coerência fornece; ou seja, o modelo de princípios é projetado para atingir um compromisso entre o raciocínio moral e as regras extraídas dos precedentes.

Isto porque, diferentemente do que acontece na tradição jurídica positivista, o autor refuta a ideia de discricionariedade judicial. É nesta realidade que surge a figura do juiz Hércules, metáfora adotada pelo autor para representar o quadro jurídico interpretativo ideal, onde o julgador será capaz de desvendar a resposta correta, no contexto do Direito como integridade¹¹².

¹⁰⁹ MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 104.

¹¹⁰ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 96.

¹¹¹ ALEXANDER, Larry A.; SHERWIN, Emily. Judges as Rulemakers. **University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, San Diego, n. 15 p. 1-35, 2004, p. 16. Disponível em: https://digital.sandiego.edu/lwps_public/art15. Acesso em: 20 mar. 2019.

¹¹² MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 95.

Sendo assim, não é possível defender a tese de uma noção ingênua e simples de que a resposta correta encontra-se pronta e disponível ao julgador, ao modo de verdades absolutas, da mesma forma que as Ciências Metafísicas¹¹³. Em vez disso, a resposta correta deverá ser compreendida como o esforço do julgador em descobrir os direitos relativos às partes, em oposição à ideia de inventá-los¹¹⁴, no mesmo momento em que proporciona o contraditório efetivo com atenção aos argumentos oferecidos pelos advogados.

Em face, porém, da difícil tarefa do magistrado em se deter a análise dos inúmeros casos anteriormente firmados, para, assim, dar continuidade ao desenvolvimento coerente do Direito, caberá ao advogado a importante tarefa de fomentar o processo com os precedentes judiciais destinados a fornecer autoridade no julgamento. Deste modo, a metáfora do romance em cadeia consubstancia o valor hermenêutico do precedente, em que se constata a ideia de que não existe grau zero na interpretação¹¹⁵, ou seja, a resposta jurídica a um caso concreto não é a primeira palavra que surge no vazio¹¹⁶, pois, cada interpretação já se encontra inserida no mundo jurídico.

Segundo os preceitos estatuídos pelo CPC, a interpretação jurídica deverá ser norteada por coerência e integridade, o que significa, retomando a ideia do romance em cadeia, primeiramente, que o intérprete não poderá desconhecer as práticas jurídicas anteriores, ou seja, negar conhecimento à obra coletiva anteriormente firmada. A segunda observação é a de que o intérprete não poderá seguir mecanicamente os precedentes anteriores, o que também significa uma quebra de continuidade¹¹⁷. No contexto interpretativo a coerência surge como necessidade social, consistente, em grande parte, portanto, de regras, princípios, padrões e instituições estabelecidos em atenção e respeito a decisões passadas,

¹¹³ TRINDADE, André Karam. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 23.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 280.

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b, p. 61.

¹¹⁶ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95.

¹¹⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104.

as quais passam a ser tratadas como vinculantes em razão de seu valor hermenêutico¹¹⁸.

Destarte, não será suficiente que a decisão esteja correta no seu resultado, mais deverá, ainda, se legitimar democraticamente a partir de uma fundamentação amparada nos argumentos oferecidos pelos advogados, desde uma leitura moral das cláusulas constitucionais que tratam o processo, fazendo a decisão judicial ser constituída em conformidade com a moral coletiva. Assim, a ideia de que o intérprete é o responsável por atribuir sentido inicial ao texto consiste em um erro leviano, pois, nem a sua consciência é dona do que chega a ele¹¹⁹. Para compreender, no entanto, será necessário estar inserido na ambiência histórica¹²⁰, para, assim, ser possível compreender o conflito entre o texto e os preconceitos que o intérprete traz consigo, o que significa alcançar um novo horizonte, onde o objeto interpretado está inserido.

Por sua vez, o precedente fornece subsídios ao intérprete para que se torne capaz de descobrir o horizonte do presente, que está inserido num processo de constante formação. Na mesma medida o intérprete possui a necessidade de confrontar os próprios preconceitos, pois, o horizonte do presente não se forma alheio ao passado, será resultado do encontro com o passado e o entendimento da tradição¹²¹. O horizonte não se forma por si mesmo¹²², será resultado dessa fusão de horizontes que encontra subsídios nos precedentes. Nessa circunstância, pode-se identificar o fato de que a principal função do precedente consiste em fornecer subsídios aptos a conferir um ganho hermenêutico ao sistema, evitando que a interpretação inicie do grau zero. A doutrina de Dworkin ratifica a referida ideia, que pode ser traduzida em termos hermenêuticos como força gravitacional; ideia que deve ser concebida como uma força hermenêutica, isto é, uma vinculação que tem

¹¹⁸ FINNIS, John. Philosophy of law: Introduction. **University of Oxford Legal Research Paper Series**, Oxford, n. 30, p. 1-19, 2011, p. 2. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1850674>. Acesso em: 21 mar. 2019.

¹¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 595.

¹²⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 404.

¹²¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 404.

¹²² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 228.

no jogo de-e-para¹²³ próprio do círculo hermenêutico que determina o grau de relevância do precedente em relação aos casos similares.

Da experiência hermenêutica, proveniente dos precedentes, depreende-se que não se está subordinado a algo já acontecido, mas sim ao que se encontra na tradição, onde esta deve ser entendida no seu sentido de transmissão¹²⁴. Por sua vez, o precedente é o elemento que permite uma medição da tradição com realidade. O exemplo que melhor se aproxima da ideia de coerência e integridade será o do contexto da produção literária em cadeia, onde cada capítulo traz consigo um acréscimo hermenêutico à interpretação, mas nunca como instâncias estáticas meramente reprodutoras do capítulo anterior; pelo contrário, traduz-se em um ônus argumentativo adicional, em que a atividade interpretativa surge da fusão desses horizontes; “[...] a compreensão se dá [...] no momento em que há uma interação entre o mundo daquilo que se conhece [...] e o mundo daquele que se propõe a conhecer”¹²⁵. Tal concepção situa a matéria em uma dimensão dialética, demonstrando que cada ponto passa pelo crivo das partes e do magistrado¹²⁶.

Neste viés, a atividade do advogado se torna essencial, pois será no momento da decisão que o juiz, remetido para sua intuição valorativa e sua capacidade de julgar, sedimentará o exercício da sua atividade com base em valores e critérios legais ou extralegais apresentados pelos causídicos, em que possa ou deva amparar-se. Ocasão em que a fundamentação judicial deve ocorrer de maneira racional, cabendo ao Judiciário garantir a estabilidade e a coerência das decisões de modo a resguardar os valores essenciais e os procedimentos democráticos¹²⁷.

¹²³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 256.

¹²⁴ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 96.

¹²⁵ FARENZENA, Suélen. A busca por uma decisão judicial constitucionalmente adequada e a necessidade de subjugação da jurisprudência dos valores aviltadora dos (pré)compromissos. **Nomos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 32, n. 1, p. 141-176, 2012, p. 162. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/378>. Acesso em: 28 mar. 2019.

¹²⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 113.

¹²⁷ FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; CADEMARTONI, Luiz Henrique Urquhart; LIMA, Renata Albuquerque. Nova hermenêutica constitucional e a aplicação dos princípios interpretativos à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: em busca de limites para a atividade jurisdicional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 22, n. 1, p. 218-260, 2017, p. 255. DOI: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v22n1.p218-260>. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10647>. Acesso em: 28 mar. 2019.

Neste panorama interpretativo, destaque-se a necessidade de remodelação argumentativa, que constitui desafio hermenêutico do advogado na busca do controle da intersubjetividade judicial no desiderato de confrontar a utilização dos precedentes judiciais de modo crítico, almejando o respeito à coerência e à integridade do raciocínio jurídico à luz do processo democrático e, utilizando-se da racionalidade argumentativa, buscando legitimar a atividade cognitiva do juiz na busca pela correta decisão ao lume da Constituição Federal.

2.4 Como os precedentes vinculam a força dos precedentes e a importância da fundamentação

A aptidão para que uma decisão adquira *status* de precedente dependerá de que ela efetivamente seja seguida na resolução de casos análogos. Não havendo uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais que lhe devem “obediência hermenêutica”¹²⁸, haverá uma valorização qualitativa, que sempre surgirá a partir da aplicação; à proporção que a função dos precedentes consiste em dar continuidade às decisões tomadas no passado pelos tribunais, exercendo um importante papel na continuidade e na integridade do Direito, devendo ser levados em consideração no momento do julgamento. Conforme expresso anteriormente, a função precípua do precedente compõe-se em trazer um ganho hermenêutico ao sistema, com vistas a evitar que a interpretação inicie do grau zero.

A função do precedente surge, então, no desiderato de frear o subjetivismo judicial ao estabelecer uma extensão de autoridade de cada precedente em sua aplicação para casos futuros. Então, a força do precedente eflui do princípio de justiça¹²⁹ em que se deve observar os parâmetros jurídicos firmados anteriormente de modo a tratar com similaridade os casos análogos, sendo esperado que o juízo sucessivo preserve o mesmo alinhamento principiológico¹³⁰ do raciocínio utilizado no

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, v. 3, p. 46.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 291.

¹³⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução de Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, p. 1-15, 2014, p. 9. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2019.

precedente paradigma. Essa extensão de influência exercida pelo precedente foi denominada por Dworkin como “força gravitacional”¹³¹, que deve ser traduzida para a realidade jurídica intelectual como “força hermenêutica”¹³², isto é, a força variável em função do jogo de perguntas e respostas típicos da interpretação inserida no círculo hermenêutico, que determinam o grau de influência de um precedente para o novo caso.

Atente-se para o fato de que, as prioridades do julgador podem legitimamente estar no presente, mas isso seria insuficiente para justificar uma desobrigação de vinculação com o passado¹³³. Ademais, a observação descompromissada dos precedentes torna a fundamentação inadequada, tratando-se de mera autorreferência¹³⁴ que constitui recurso retórico produzido sob as tantas capas de sentido¹³⁵ que se difundem por aí para legitimar interesses outros. Logo, um precedente é um texto que necessita ser interpretado em face de suas peculiaridades. Tratá-lo diferente seria o mesmo que o igualar à lei. O precedente é um produto de um conjunto de outros textos que, na sua pré-compreensão, traz algo a mais que qualquer outro texto legal¹³⁶. A tarefa que se impõe ao advogado, no entanto, será a de verificar em cada caso presente a sua adequabilidade a uma decisão anterior, e sua inserção no “campo gravitacional” de um precedente¹³⁷.

O Brasil, todavia, que de tradição jurídica inserida no *civil law*, encontra na fundamentação jurídica a legitimação da decisão judicial nos moldes estabelecidos pelo art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988. Ademais, a observância à necessidade de fundamentação decorre diretamente do princípio constitucional da legalidade estatuído no art. 5º, II, da CF/88. Desse modo, a fundamentação judicial

¹³¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74.

¹³² LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 256.

¹³³ DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 5.

¹³⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e norma: usam-se precedentes judiciais como se aplicam normas legislativas? **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 231-252, jan./dez. 2012, p. 238. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v10i14.p231-252.2012>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/814>. Acesso em: 20 mar. 2019.

¹³⁵ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 73.

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, v. 3, p. 65.

¹³⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74.

será essencial por permitir o maior conhecimento hermenêutico em que foi estabelecido o julgamento, esclarecendo o uso do raciocínio dialético¹³⁸.

Nesse contexto, evidencia-se a nulidade da decisão judicial fundamentada exclusivamente em precedente judicial, porquanto faltaria legitimidade constitucional¹³⁹ ao Poder Judiciário decidir questões jurídicas com fundamento em institutos originários exclusivamente do Judiciário.

Portanto, é na fundamentação detalhada que será exercido o controle racional da decisão judicial. Detalhada no sentido de ater-se com seriedade aos argumentados apresentados pelas partes; respaldada no respeito ao encadeamento lógico e coerente dos precedentes firmados no passado e na opinião doutrinária acerca da especificidade do caso. Então, é no momento da fundamentação judicial que surge o que a doutrina denomina de *accountability*¹⁴⁰ (controle) hermenêutico, no desiderato de frear o caos representado pela desordem ideológica, econômica, política e também legal, na utilização dos precedentes.

Logo, é correta a afirmação de que o precedente judicial é dotado de força vinculante. Sua vinculação, porém, não pode ocorrer nos mesmos moldes da norma legislada. Entender o precedente sob a perspectiva dogmatista axiológica significa relegar as circunstâncias fáticas que trazem as peculiaridades do caso.

¹³⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 108.

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, v. 3, p. 67.

¹⁴⁰ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 60.

3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O IMPACTO NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Com vistas ao constitucionalismo contemporâneo, bem como na tentativa de superação de deficiências, o legislador ordinário, por meio da Lei n. 13.105/2015, promulgou o CPC vigente, que, no Brasil, corresponde ao primeiro Código processual estatuído sob a égide de um regime totalmente democrático.

Mesmo, porém, que alguns erros ainda persistam, deve-se reconhecer que a nova roupagem inaugura uma fase no Direito Processual brasileiro que visa a redemocratizar o processo judicial, principalmente pela inédita normatividade dos precedentes judiciais e, sobretudo, exigindo dos tribunais que mantenham sua jurisprudência estável, coerente e íntegra, que nos dizeres do art. 926 do CPC, “[...] os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Edificando, assim, que em casos análogos deverá se garantir a aplicação isonômica principiológica¹⁴¹.

Vale, no entanto, destacar que a definição de precedente corresponde a uma resposta institucional a um determinado caso por meio da *applicatio*¹⁴², haja vista que no Brasil a doutrina e a prática jurídica vêm adotando o conceito de precedente judicial sob uma nova roupagem, no desiderato de garantir segurança e previsibilidade jurídica em termos formais, utilizando-se de métodos de aplicação típicos da norma legislativa.

Hodiernamente, percebe-se que o entusiasmo por mudanças capazes de aproximar a prática jurídica ao Estado constitucional democrático acaba, por vezes, dificultando o desvelamento da real característica do precedente, que consiste em conferir um ganho hermenêutico ao sistema de molde a representar uma economia argumentativa.

No Brasil, os precedentes são utilizados como meio de concentrar o poder de interpretar o Direito nos tribunais de cúpula, afastando o juiz de primeiro

¹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, v. 3, p. 19.

¹⁴² LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 323.

grau, que, por estar mais próximo do contexto social ou da realidade dos fatos, possuiria as melhores condições de identificar as particularidades do caso concreto.

Por sua vez, o art. 927 do CPC elenca diversos provimentos que passaram a ter caráter vinculante, no entanto, não será possível conceber uma leitura equivocada do referido dispositivo, merecendo certa cautela interpretativa, ao passo que a vinculação obtida por imposição legal não retrata a natureza de precedente judicial. Veja-se:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Por sua vez, o citado art. 927 preocupa-se com a padronização de procedimentos formalistas, algo distinto daquilo que se deve entender por precedente judicial. Desta maneira, a jurisprudência dotada de efeito vinculante instituída pelo art. 927 do CPC, não poderá ser concebida como precedente judicial,

na acepção do termo, vez que sua imposição decorre diretamente da lei, deixando de lado a historicidade do Direito¹⁴³.

Portanto, a noção de precedente adotada por parte considerável da doutrina consagra a autoridade das cortes superiores como aptas à função criadora dos precedentes, sob pretexto de autopromoverem a isonomia e eficiência¹⁴⁴, surgindo, então, os precedentes à brasileira com ordens ditadas de “cima pra baixo”¹⁴⁵, aproximando seu conceito ao de norma legislativa. Neste panorama, a práxis jurídica local concretiza a ideia de obediência hierárquica formal, padronizando os precedentes judiciais como respostas por comandos gerais e abstratos que desprezam as particularidades do caso concreto¹⁴⁶. Evidencia-se o fato de que o pensamento jurídico dominante não consegue alcançar o patamar da virada linguístico-hermenêutica¹⁴⁷.

Na prática, um sistema jurídico que prima pela obediência aos julgados pretéritos por meio de uma razão ditada, não confere aos precedentes sua característica primordial, e dificilmente poderá ser capaz de incrementar a segurança, igualdade e economia almejadas¹⁴⁸. É preciso ter em mente que o ato de interpretar não poderá consistir numa tradução arbitrária daquilo que os tribunais dizem o que é o Direito. Expresso de outro modo, é necessário destacar que o texto não carrega um sentido unívoco que o intérprete possa desvelar com base num ato de conhecimento. É necessário compreender que o precedente é também um texto, ao qual deve ser atribuído um sentido a arrimado no caso concreto sob análise. Por sua vez, a norma será o resultado da interpretação judicial, consubstanciada na sentença, ou seja, a norma somente surgirá no caso concreto.

¹⁴³ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 947.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 65.

¹⁴⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Os tribunais superiores são órgãos transcendentais? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 dez. 2016. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-dez-03/eduardo-costa-tribunaissuperiores-sao-orgaos-transcendentais. Acesso em: 12 mar. 2019.

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, v. 3, p. 71.

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 402.

¹⁴⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 324.

Streck aponta relevante consideração acerca da interpretação jurídica que se faz oportuna quando da necessária distinção entre texto e norma:

Entretanto, deve-se alertar para a relevante circunstância de que a afirmação “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrárias aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). Ou seja, a norma – assim entendida – não pode superar o texto; ela não é superior ao texto.¹⁴⁹

Isto é, não existe norma, senão norma jurídica interpretada, se reconhecer que a norma não é uma decisão prévia simples e acabada¹⁵⁰, mas que depende necessariamente da participação das partes no seu desenvolvimento interpretativo. Conclui-se que a vontade e o conhecimento do intérprete não podem levar à possibilidade de imposição arbitrária de sentido ao texto. Porquanto, a interpretação do texto dentro do contexto fático é que fará surgir a norma.

Estabelecer uma reprodução mecânica do sentido do texto constitui o que a doutrina denomina de “fetichismo da lei”, “[...] pretender reproduzir o sentido de um texto é sequestrar a ação do tempo e da história”¹⁵¹, pois “[...] esse texto transforma-se sempre em uma norma, que no momento seguinte, será um texto, do qual sairá uma nova norma, e assim sucessivamente”¹⁵². Muito embora se possa extrair uma norma do precedente, este não poderá ser reduzido àquela; da mesma forma não poderá se predeterminar o modo de sua utilização¹⁵³, no momento em que já se pode inferir a diferença do precedente para a norma legislada no que diz respeito ao

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 404.

¹⁵⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 9.

¹⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 405.

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 405.

¹⁵³ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 78.

modo de aplicação, à vista disso, o precedente constitui em um critério jurídico que serve como problematização e fundamentação para situações fáticas semelhantes¹⁵⁴.

Cabe esclarecer que o estabelecimento de hierarquia entre os tribunais não pode ser descartado. Não obstante, este não poderá ser o critério utilizado para o estabelecimento de precedentes no ordenamento jurídico¹⁵⁵. Ao contrário, a segurança jurídica nasce do respeito às decisões formadas em bases culturais e consuetudinárias; isto é, uma segurança capaz de promover concordâncias com as coisas de modo que se possa experimentá-las e para que se possa mobilizar argumentos e constatações¹⁵⁶.

À vista disso, o art. 489 do CPC traz consigo a disciplina estrutural para que se obtenha uma fundamentação jurídica válida. *In verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

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

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

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

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

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, v. 3, p. 71.

¹⁵⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 106.

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 399.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Em seus incisos, o art. 489 essencialmente reitera a disposição contida na codificação anterior, definindo qual a estrutura básica dos provimentos que serão formados pelo relatório, os fundamentos e o dispositivo. Considerando-se a ausência de inovação, não se faz oportuno o detalhamento destes pontos.

Nessa perspectiva, as modificações introduzidas pelo § 1º correspondem às principais inovações instituídas, no desiderato de frear o subjetivismo e concretizar a dialeticidade do provimento decisório, uma vez que, considera desprovida de fundamentação a sentença que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar suas razões de justificação para acolhimento e afastamento das teses apresentadas pelas partes; ou seja, a novel codificação é clara ao rejeitar a utilização de verbetes ou ementários de súmulas como hábeis a justificar uma tese ou julgamento.

Peixoto esclarece sobre os aspectos da obrigação da fundamentação analítica estatuída pela novel codificação processual:

Deve o julgador demonstrar que a situação fática se assemelha à anterior para que se verifique se o caso está inserido no âmbito de incidência da *ratio decidendi* gerada pelo precedente anterior, do contrário, a decisão não está fundamentada, justificada, mas apenas explicada. Não se aplica o precedente “porque sim”, mas porque há a demonstração de que aquele entendimento jurisprudencial é atual e de que a situação fática é semelhante, consoante exige o art. 489, § 1º, V, do CPC/2015.¹⁵⁷

No mesmo diapasão, o § 1º, em seu inciso VI, faz menção à necessidade de justificação no caso de distinção ou superação do entendimento contido no precedente. Esta configura a técnica denominada *distinguishing*, ou desafio, quando o magistrado, ao decidir pelo não acolhimento do precedente paradigma,

¹⁵⁷ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 169.

necessitará justificar suas razões de modo claro e consistente, apontando as razões de fato e de direito aptas a justificar sua decisão.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), ao debater diversos aspectos acerca da fundamentação judicial, em especial, referindo-se à argumentação qualificada estabelecida pelo citado art. 489, elaborou os Enunciados n. 306 e 307, cuja transcrição se torna oportuna:

306. O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.

307. Reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença e, preenchidos os pressupostos do § 3º do art. 1.013, decidirá desde logo o mérito da causa.

Por ser relevante, faz-se oportuno mencionar os enunciados de n. 9 e 13, elaborados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), que abordam acerca da fundamentação analítica e, ainda, da obrigação correlata dos advogados de justificar o porquê da utilização ou superação dos precedentes judiciais:

9. É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

13. O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios.

Dos citados enunciados, é possível extrair que a decisão judicial será apresentada como resultado de um processo argumentativo, em que participam, autor e réu, representados por seus advogados e o juiz, que recebe influxos¹⁵⁸ dos argumentos apresentados pelas partes, bem como de outras decisões judiciais, onde as mesmas questões foram anteriormente decididas, no caso, os precedentes.

¹⁵⁸ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 19.

Ademais, esta limitação resulta, por uma vinculação lógica, em mais uma garantia processual: a vedação das “decisões-surpresa” preconizada no art. 10 do CPC, ai dispor que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

A decisão, portanto, jamais poderá tangenciar os argumentos oferecidos pelos advogados. À vista disso, fundamentar validamente não significa explicar a decisão, a explicação só confere uma falsa aparência de validade. A fundamentação decisória, mesmo que obedeça aos ditames do art. 489 do CPC, poderia, de modo pretencioso, encobrir enviesamentos cognitivos, aptos a legitimar pré-compreensões destituídas de validade; ou melhor, uma livre escolha de sentidos não serve para fundamentar a decisão, a não ser para aqueles imersos no paradigma normativista que acreditam que a lei possui um sentido inequívoco e pressuposto¹⁵⁹.

Isso quer dizer que, para o deslinde do julgamento, a mera opção do julgador não será suficiente para legitimar a decisão judicial, pois, à luz do preceito constitucional que impõe o dever de fundamentar as decisões judiciais, o juiz deve justificar de modo racional a sua opção de escolha¹⁶⁰ e o porquê da rejeição da tese afastada.

No que lhe diz respeito, a legitimidade do Direito somente será obtida por intermédio de um processo de formação da opinião que se presume racional. Para tal, será imprescindível que todos os participantes que integram o processo judicial respeitem o pluralismo das argumentações¹⁶¹ apresentadas com o devido reconhecimento daquelas merecedoras de consentimento. Logo, o ato de fundamentar não configura apenas tomar conhecimento das razões jurídicas apresentadas pelos causídicos, mas também envolve o dever de considerar, séria e

¹⁵⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 42.

¹⁶⁰ GUERRA, Marcelo Lima. Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XIX., 2010, Fortaleza. **Anais** [...]. Fortaleza: CONPEDI, 2010. p. 7745. Disponível em: <http://150.162.138.7/documents/463;jsessionid=38D5AE0A69E4F6AF19D2F1B09CE46BB3>. Acesso em: 28 mar. 2019.

¹⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 62.

detidamente¹⁶², as razões oferecidas, sob pena de banalizar os predicamentos da advocacia¹⁶³.

3.1 O sistema de precedentes judiciais: a previsibilidade jurídica e as possibilidades alternativas interpretativas

A proposta aqui expressa será a de traçar algumas considerações sobre o sistema jurídico em que está situado o precedente judicial. Tem-se como ponto de partida a compreensão do precedente não pela dogmática exegética, mas sim como um conjunto de regras que formam um determinado ordenamento possuindo a característica de fornecer relevante ganho hermenêutico ao sistema jurídico.

A realidade jurídica brasileira, no entanto, está imersa em uma sistemática fundacionalista com raízes firmadas no positivismo exegético. Sua estrutura é exemplificada de modo mais claro como uma pirâmide axiomática inspirada na teoria kelseniana, que serve de guia metódico de modo persuasivo¹⁶⁴, em que a imagem matemática e mecanicista prevalece na estruturação do sistema jurídico.

O sistema fundacionalista possui características de onde se sobressai a hierarquia vertical e formal mediante uma interpretação normativa lógica e linear, em que as normas produzidas no ápice da pirâmide possuem relevância sobre as demais. Expresso de outro modo, constitui um sistema jurídico dotado de completude racional, cujos axiomas exercem as funções de peças incorrigíveis, inamovíveis, não podendo ser questionadas ou revisadas, com movimentos lógicos unidirecionais ao ápice da pirâmide assim como fonte de origem de todas as inferências¹⁶⁵.

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b, p. 557.

¹⁶³ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 944.

¹⁶⁴ PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 38.

¹⁶⁵ PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 36.

Ocorre que o referido disciplinamento formal e estático, de cariz típico legislativo, com abordagem estrutural exclusivamente interna, desconsidera as relações do sistema jurídico com o restante do sistema social. Não obstante, o sistema jurídico é marcado por sua incompletude e provisoriedade do conhecimento exprimindo aberturas que proporcionam a troca de informações com os demais subsistemas, considerando os aspectos internos e externos, bem como permitindo uma relação entre uns e outros¹⁶⁶.

Um sistema jurídico fechado de caráter estritamente exegético não é mais conciliável com a realidade em que se vive. Na atual conjuntura, em que se pretende consolidar a democracia participativa no Direito, será essencial se pensar em um sistema jurídico aberto aos influxos sociais, proporcionando dinamismo ao ordenamento jurídico¹⁶⁷. A propósito, é válida a lição de Larenz:

O sistema interno não é, como se depreende do que foi dito, um sistema fechado, mas um sistema aberto, no sentido de que são possíveis, tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência. [...] Mas, se é assim, então todos os enunciados da Jurisprudência sobre este sistema estão sujeitos a uma dupla reserva: em primeiro lugar, estão, como os de toda a ciência, subordinados à reserva de conhecimentos futuros melhores; mas, por outro lado, estão também subordinados à salvaguarda da constância das pautas de valoração determinantes, que surgem sucessivamente na evolução histórica da cultura jurídica e que se podem modificar.¹⁶⁸

Portanto, o ordenamento jurídico deve ser compreendido como um sistema aberto e adaptável, cabendo ao advogado o dever de interpretá-lo no intuito de dar efetividade aos seus objetivos fundamentais. Neste desiderato, cumpre enfatizar que a decisão judicial deve ser entendida como um processo argumentativo que permite a troca de informações entre os vários subsistemas do ordenamento jurídico, entre

¹⁶⁶ GRECO, Rodrigo Azevedo. **Direito e entropia**. Charleston: Createspace Independent Publishing Platform, 2015, p. 35.

¹⁶⁷ COSTA, Eder Dion de Paula. Considerações sobre o sistema jurídico. **Revista da Faculdade de Direito do Estado do Paraná**, Curitiba, v. 37, p. 79-93, 2002, p. 84. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v37i0.1772>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1772>. Acesso em: 28 mar. 2019.

¹⁶⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 693.

os quais os sistemas de precedentes, que, por meio de suas aberturas, os *inputs* e *outputs* realizam o enriquecimento do sistema¹⁶⁹.

À vista disso, o precedente integra o sistema jurídico, formando um subsistema próprio, não um sistema fundacionalista legislativo, mas uma unidade interligada de maneira coerente, em que o formato geométrico apto a sua representação é o de um sistema em rede¹⁷⁰, cujo sentido integra multidirecionalmente sistema. Neste âmbito, vale ressaltar a explicação de Juraci Mourão acerca da função sistêmica realizada pelos precedentes:

Acontece que o precedente tem como substrato um texto que retrata uma *applicatio* real, efetiva, verificada em um processo dialético, em que ocorreram – ou deveriam ter ocorrido – o confronto e a análise de argumentos e contra-argumentos. Portanto, ele já entra no sistema como um ganho, enriquecendo-o, pois ele é, por assim dizer, “sentido de sentido”.¹⁷¹

A ideia de “sentido de sentido” oferecida pelo autor consiste na concepção de círculo hermenêutico, onde um texto se volta a atribuir o sentido para outro texto ou um conjunto deles, podendo resultar em novas significações posteriores. Diversamente do ocorrente com a lei, porém, com sua exposição de um raciocínio já desenvolvido que denota ao advogado as possibilidades surgidas naquele contexto fático.

A sistematização desenvolvida pelos precedentes estabelece uma abertura do sistema para a realidade, que, pela jurisdição, realiza a mediação com o Direito¹⁷². Ademais, insere o sentido jurídico em um círculo virtuoso potencialmente formador de um significado diverso ante o aparecimento de novas circunstâncias, a depender do contexto social em qual esteja inserido. A utilização do precedente judicial, todavia, como norma de Direito positivo, não parece ser a mais acertada, pois sua utilização deve ser observada como regra de razão que integra a argumentação

¹⁶⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 43.

¹⁷⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 339.

¹⁷¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 339.

¹⁷² LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 341.

jurídica apta a fundamentar as pretensões discursivas expendidas pelas partes em favor de suas pretensões e interpretação do Direito positivo¹⁷³.

Reduzir precedentes à lei, no entanto, é o pretexto que permite o descompromisso do juiz em relação à realidade do caso, de modo a permitir decisões desprovidas de fundamentação, ignorando a sistematicidade do Direito, deste modo, respaldar uma atuatorreferência da jurisdição.¹⁷⁴

A utilização dos precedentes, porquanto, não poderá estar atrelada à ideia de única interpretação jurídica válida, porque, ante a sistematicidade dos precedentes, não é possível uma estagnação do conhecimento, ou seja, não é factível encerrar o significado de qualquer interpretação¹⁷⁵. Neste momento, as atribuições técnicas do advogado assumem papel de destaque na sistematização de precedentes, cabendo ao causídico estar sempre instruído para da melhor maneira confrontar o sistema até então inquestionável para expandir ou remodelar, com fundamento em uma melhor argumentação.

Na utilização do precedente, o raciocínio jurídico deve ser edificado de modo analógico, caso a caso, em observância ao desenvolvimento argumentativo mostrado pelos advogados¹⁷⁶ que servem de influxo para formular a decisão judicial e não originado por uma interpretação autorreferente alheia ao caráter flexível dos precedentes judiciais. Nesse contexto, a segurança jurídica será abalada, não por deixar de seguir um enunciado jurisprudencial expedido de acordo com a conveniência da Corte Superior¹⁷⁷, mas sim pela não observação da previsibilidade

¹⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Lady, 2005, p. 19.

¹⁷⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e norma: usam-se precedentes judiciais como se aplicam normas legislativas? **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 231-252, jan./dez. 2012, p. 238. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v10i14.p231-252.2012>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/814>. Acesso em: 20 mar. 2019.

¹⁷⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências federativas na Constituição e nos precedentes do STF**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 17.

¹⁷⁶ DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 2.

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009, p. 80. DOI: <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2009.12.07>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>. Acesso em: 20 mar. 2019.

como critério de coerência e integridade, respeito a um encadeamento lógico anteriormente proposto e estabelecido¹⁷⁸. A previsibilidade e a segurança almejadas devem ser concebidas como norma contra arbitrariedades na elaboração democrática da decisão judicial em atenção à razoabilidade, garantindo ao jurisdicionado previsibilidade e estabilidade consoante a coerência sistêmica e a integridade do Direito¹⁷⁹.

Muito embora seja tarefa árdua, a tentativa de estabelecer no País uma cultura em que as decisões judiciais sejam alvo de crítica racional, submetida ao constrangimento epistemológico¹⁸⁰, constitui dever funcional do advogado realizar a crítica racional da decisão, buscando a correção dos constantes equívocos decisórios emanados do Poder Judiciário, no intuito de garantir a coerência, segurança jurídica e integridade sistêmica tão almejadas na aplicação do instituto dos precedentes judiciais no Direito brasileiro.

3.2 Estabilidade e preservação do tratamento jurídico

Muito embora parte considerável da doutrina e da prática jurídica brasileira insista que a função precípua do precedente consista em garantir a previsibilidade e segurança jurídica, é necessário destacar que estas não constituem a função primordial do precedente judicial. Por ser resultado de uma *applicatio* (aplicação) real¹⁸¹, o precedente está submetido a modificações futuras, considerando-se que previsibilidade e certeza não podem ser obtidas por meios formais típicos da interpretação normativista do Direito.

Na prática, a segurança e a previsibilidade almejadas serão resultados de uma utilização coerente e íntegra do referido instituto; entretanto, não há que se falar em

¹⁷⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 107 e 362.

¹⁷⁹ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 98.

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 nov. 2011a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>. Acesso em: 22 mar. 2019.

¹⁸¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 352.

previsibilidade formal no sentido de estagnação do Direito que seja capaz de moldar com traços de obrigatoriedade o comportamento do Judiciário. De fato, o que se pode esperar e exigir é que o advogado sempre considere no momento da elaboração da tese jurídica, o precedente, justificando, de modo detalhado, os motivos de seguir ou rejeita-lo, de modo a demonstrar a racionalidade na argumentação. Nessa mesma linha de pensamento, na concepção de uma ordem judicial, infere-se que uma sentença não surja de arbitrariedades repentinas, mas de uma circunspeção neutra do conjunto, em que o julgador que se tenha aprofundado da plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa¹⁸². É nesse sentido que surge a segurança jurídica.

Ao seu tempo, não é possível conceber como tarefa do sistema dos precedentes judiciais o fixar do sistema ou o desenvolvimento do Direito, mas antes apresentar o quadro geral do conhecimento ao seu tempo, garantir o encadeamento lógico, sistemático e coerente, para determinar a fixação de elementos e reflexos que eventuais modificações do conhecimento possam trazer¹⁸³. Essas necessidades incluem, para o bem da flexibilidade e clareza na mudança das circunstâncias, uma estabilidade suficiente para merecer expectativas necessárias a fim de encerrar investidas aventureiras¹⁸⁴.

Sublinha-se a ideia de que a decisão judicial não será o produto final de um processo argumentativo, mas apenas o ato introdutório apto a criar o precedente judicial, que, no que lhe concerne, aumentará sua força gravitacional à medida que sua utilização ocorrer em outros processos semelhantes. Sob essa óptica, Marcelo Neves preceitua que “[...] os textos em si ainda não constituem Direito, cuja formação depende das normas vinculantes que lhes são atribuídas na relação entre instância de produção institucional e instância de produção hermenêutica”¹⁸⁵.

¹⁸² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 433.

¹⁸³ FARENZENA, Suélen. A busca por uma decisão judicial constitucionalmente adequada e a necessidade de subjugação da jurisprudência dos valores aviltadora dos (pré)compromissos. **Nomos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 32, n. 1, p. 141-176, 2012, p. 150. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/378>. Acesso em: 28 mar. 2019.

¹⁸⁴ FINNIS, John. Philosophy of law: Introduction. **University of Oxford Legal Research Paper Series**, Oxford, n. 30, p. 1-19, 2011, p. 3. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1850674>. Acesso em: 21 mar. 2019.

¹⁸⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 178.

Portanto, será a prática argumentativa que construirá o Direito e o modificará, continuamente, renovando seus fundamentos e, conseqüentemente, estabelecendo as próprias condições de verdade ou de correção da prática argumentativa¹⁸⁶.

Logo, ao se empregar um precedente para respaldar uma tese jurídica, o advogado deverá realizar uma reconstituição histórica da formação do precedente, com a perquirição do DNA¹⁸⁷ dos casos anteriormente mencionados, os quais devem ser corretamente comparados e contrastados com o caso em julgamento. Neste viés, resta claro o erro de os precedentes judiciais serem adotados sob uma perspectiva formalista da dogmática positivista, constituídos por conceitos formais capazes de aprisionar os fatos. Por isso, inevitavelmente, em sendo textos, são interpretáveis, podendo ser superados, porque, como qualquer texto jurídico, estará sujeito à ação hermenêutica interpretativa¹⁸⁸.

De efeito, a segurança jurídica¹⁸⁹ que se busca com a utilização dos precedentes judiciais somente poderá ser aquela referente à coerência e a integridade sistêmica, com observação ao encadeamento lógico anteriormente proposto e conhecido, e nunca pela mera reprodução acrítica de enunciados assertivos das cortes de vértice provenientes de mera deferência hierárquica, “[...] o que se impõe é apenas uma mudança de perspectiva. Da estabilidade absoluta à dinamicidade. De um conceito absoluto a um relativo”¹⁹⁰, de modo a evitar uma ideologia rígida, onde deve prevalecer o compromisso democrático e pragmático na interpretação jurídica em face de ideologias exegéticas típicas do positivismo normativista.

¹⁸⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 99.

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do Direito. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun. 2017, p. 170. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i20.p160-179.2017>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1400>. Acesso em: 20 mar. 2019.

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 405.

¹⁸⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 362.

¹⁹⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 45.

4 O DESAFIO HERMENÊUTICO DO ADVOGADO NA FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NA ERA DOS PRECEDENTES

Hodiernamente, vive-se um momento de intensas modificações sociais, culturais e econômicas, típicas da modernidade. Juntamente com seus avanços, no entanto, surge a crise contemporânea, que influi em todos os ramos do direito, sobretudo, no processual, seus efeitos tem repercutido sobre os advogados, que, após a edição do CPC/2015 que instituiu os precedentes judiciais de observância obrigatória, tem encontrado dificuldades na adaptação ao novo modelo de raciocinar, “[...] onde a lógica material e o silogismo dialético devem prevalecer sobre a lógica formal e o silogismo analítico”¹⁹¹, ou seja, a crise da modernidade teve como principal consequência a quebra do paradigma exegético.

O abandono do método interpretativo canônico, contudo, é medida que se impõe, pois, a nova concepção argumentativa exige do causídico adaptação ao método hermenêutico da concreção¹⁹², vez que, na era dos precedentes, prepondera a argumentação jurídica racional, em que se faz imprescindível a diferenciação entre texto e norma, quer dizer, “[...] que não existe norma, senão norma jurídica interpretada, [...] se reconhece que a norma não é uma decisão prévia simples e acabada”¹⁹³, mas que depende necessariamente da participação dos advogados no seu desenvolvimento interpretativo.

Nesse ambiente de oscilações, parte considerável da doutrina e a prática jurídica tentam implementar técnicas de padronização decisória por meio dos precedentes judiciais, prognosticando a otimização do sistema jurídico. A referida prática, no entanto, constitui equívoco, que será capaz de acarretar um empobrecimento do sistema processual, diante da adoção de um critério positivista normativista em que se instala por meio de um rígido modelo de obrigatoriedade,

¹⁹¹ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCP. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 697.

¹⁹² ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCP. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 698.

¹⁹³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 9-10.

em que toma o precedente judicial como meio capaz de aprisionar os fatos, em que as argumentações apresentadas pelos advogados corriqueiramente são negligenciadas¹⁹⁴. A função da jurisdição, advirta-se, consiste:

[...] no relevante papel de enriquecer o sistema jurídico com ganhos hermenêuticos obtidos por via da mediação entre realidade e Direito, tarefa impossível de ser eficazmente exercida por cogitações ou interpretações meramente abstratas.¹⁹⁵

A utilização dos precedentes, todavia, nos moldes que vem sendo instituída no Direito brasileiro, tende a reduzir o espaço dialógico e tornar a sua aplicação de modo mecânico e automático¹⁹⁶. Essa utilização mecanicista se tornou o rótulo odioso¹⁹⁷ em que o advogado brasileiro tem dificuldades em se sobrepor, demonstrando a necessidade de um acultramento¹⁹⁸ jurídico que o torne capaz de se inserir, de modo efetivo, no paradigma argumentativo típico da era dos precedentes.

É evidente que a obrigação de observação dos precedentes vinculantes no controle da fundamentação judicial não pode ser tomada pela comunidade jurídica como modo de aprisionamento dos fatos, simplificações ou atalho hermenêutico consagrador do hábito dogmático, representa, sim, uma guinada¹⁹⁹ no ônus argumentativo, em que as partes, representadas por seus advogados, adquirem destaque na formação da resposta mais adequada ao caso.

Na sistemática brasileira, em que se utiliza o precedente de modo assemelhado a norma legislada, faz necessário a adoção de elementos do Direito

¹⁹⁴ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 303.

¹⁹⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências federativas na Constituição e nos precedentes do STF**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 16.

¹⁹⁶ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 304.

¹⁹⁷ SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**: em 38 estratégias: dialética erística. Introdução, notas e comentários de Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 174.

¹⁹⁸ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 138.

¹⁹⁹ MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 103.

como coerência e integridade, que podem ser encontrados na teoria de Ronald Dworkin, que foram anteriormente expressos neste ensaio, para, que, por meios racionais, seja possível o balizamento na formação da decisão judicial.

A coerência, segundo a teoria dworkiniana, significa dar continuidade ao Direito dentro dos padrões estabelecidos até o momento, ou seja, desenvolver o raciocínio jurídico no mesmo âmbito, melhorando-o, mas sem o desvirtuar, mantendo atenção aos julgamentos pretéritos que formam o pano de fundo de toda a prática jurídica²⁰⁰. A integridade, no entanto, deve ser entendida como a necessidade de que as decisões estejam em conformidade com o ordenamento jurídico como um todo²⁰¹, mas não apenas isso, a integridade, é uma das virtudes que caracterizam uma sociedade democrática, não admitindo que as decisões judiciais sejam resultado de concepções de justiça subjetiva ou contraditória, mas que se mostrem coerentes, respeitando um padrão moral coletivo, voltado à solução dos casos concretos, tomando a Constituição Federal como parâmetro²⁰².

A teoria dworkiniana, todavia, institucionaliza a concepção do processo democrático, caracterizado pela ampla participação das partes, de modo a permitir a rediscussão de conteúdos jurídicos, com atenção aos julgados pretéritos, compreendendo o Direito como uma prática social interpretativa, em que a subjetividade cede em favor da hermenêutica e argumentação jurídica²⁰³, rompendo-se, assim, com a perspectiva exegética, sem deixar que a decisão judicial recaia no subjetivismo do julgador, trata-se, portanto, de medida útil ao combate das ideologias solipsistas²⁰⁴.

²⁰⁰ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 314.

²⁰¹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 168.

²⁰² TRINDADE, André Karam. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26.

²⁰³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Revista Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009, p. 92. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/235/216>. Acesso em: 29 mar. 2019.

²⁰⁴ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 322.

Ademais, nesse novo panorama jurídico em que se institucionalizaram os precedentes judiciais, urge ressaltar que é necessária uma reformulação de caráter hermenêutico a partir dos sujeitos processuais, visando ao afastamento de propostas teóricas que ainda orientam a prática processual brasileira, inspiradas no protagonismo judicial, que refletem o caráter solipsista da decisão judicial²⁰⁵. Pois a utilização dos precedentes nos moldes que vem sendo empregado no Brasil, apenas são compatíveis com um modelo instrumentalista de processo, em que o processo é um instrumento de aplicação da jurisdição. No entanto, “[...] o processo não pode ser percebido como instrumento da jurisdição, mas deve ser percebido a partir de uma perspectiva constitucional e democrática”²⁰⁶, noções que não foram devidamente apreendidas pela doutrina processual brasileira.

A noção instrumentalista de processo predominante na prática jurídica local, ainda assim, mesmo que de forma irrefletida, permanece atrelada às vetustas concepções que remontam a Oskar von Bülow, que estruturaram o processo de modo a concentrar no magistrado os poderes instrutórios²⁰⁷.

Para uma melhor compreensão da sistemática adotada pelo CPC/2015, no entanto, imperiosa será a necessidade de superação do modelo processual vocacionado ao protagonismo do magistrado. Torna-se necessária a implementação de uma compreensão geral do modelo constitucional de processo, que pode ser acolhida a partir das concepções de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, que incutiram na doutrina a ideia de que o exercício da jurisdição encontra-se conformado pelas normas e princípios constitucionais, formando uma base principiológica uníssona aplicável a todo e qualquer processo²⁰⁸, enxergando essa evolução como consequência lógica da pós-modernidade e do fortalecimento do Estado constitucional. Essa concepção será a que mais se aproxima das exigências

²⁰⁵ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 316.

²⁰⁶ COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do Estado democrático de direito. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 24-41, jan./dez. 2012, p. 32. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v10i14.p24-41.2012>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/804>. Acesso em: 20 mar. 2019.

²⁰⁷ MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo**: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 117.

²⁰⁸ COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do Estado democrático de direito. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 24-41, jan./dez. 2012, p. 30. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v10i14.p24-41.2012>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/804>. Acesso em: 20 mar. 2019.

constitucionais, pois, será necessário assegurar não apenas o direito ao processo, mas, similarmente, assegurar um procedimento “[...] em compatibilidade com o modelo constitucional de processo e que permita que os interessados sejam não somente destinatários, mas também coautores da decisão judicial”²⁰⁹.

Essa nova concepção de processo exige maior aprimoramento argumentativo por parte dos advogados, em que se torna necessário o desenvolvimento das garantias constitucionais do processo, de modo a garantir a efetiva participação das partes. A respeito disto, Viana e Nunes traçam pertinente comentário:

[...] o modelo constitucional de processo ao qual se adere não possui conteúdo axiológico-instrumental. Ao contrário, parte-se de um ambiente comunicacional e da percepção da inexistência de um consenso sobre aquilo que se possa compreender como bem comum, com o decorrente afastamento da ideia da existência de um sujeito com acesso privilegiado aos ideais de justiça. Em suma, não se trata de mera metodologia para obtenção de direitos fundamentais, dada a equivocidade do conteúdo jurídico, mas sem descuidar dos aspectos técnicos em prol do rompimento com o protagonismo decisório. O modelo constitucional de processo visa à implementação da comparticipação, permitindo-se a visualização de um sistema processual capaz de “transformar o espaço onde todos os temas e contribuições devam ser intersubjetivamente discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos, assegurando técnicas de fomento ao debate que não descurem o fator tempo-espacial de seu desenvolvimento”.²¹⁰

Não restam dúvidas, portanto, de que a formação dos precedentes, no âmbito da decisão judicial, deve se submeter ao balizamento constitucional, delineado, principalmente, pela efetiva participação dos advogados enquanto representante legal das partes em juízo, conforme examinar-se-á nos tópicos seguintes.

4.1 Défice argumentativo: a necessidade de aprimoramento das técnicas argumentativas do advogado

Segundo o relatório do Conselho Nacional de Justiça referente ao ano de 2018, existem hoje mais de 80 milhões de processos tramitando no Judiciário brasileiro,

²⁰⁹ MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo**: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 163.

²¹⁰ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 329-330.

em uma realidade que conta com um total estimado de um milhão de advogados, tendo 18.168 magistrados em atuação, números representativos do fato de que a magistratura brasileira julga em torno de 30 milhões de ações ao ano. Em média, cada juiz sentencia cinco processos por dia, mas a cada cinco segundos surge outra demanda na Justiça brasileira²¹¹, de modo que os números estão a demonstrar a operacional complexidade na qual está imerso o Poder Judiciário brasileiro.

Ademais disso, consistência e previsibilidade sempre foram ideais do Direito, no entanto, por maiores que sejam os esforços de seus estudiosos e operadores, as incertezas nunca são eliminadas, momento em que o Judiciário brasileiro encontrava-se mergulhado na “jurisprudência lotérica”, em que a lei sucumbe diante da percepção subjetiva do julgador, resultando, não raras vezes, em decisões díspares para casos análogos²¹².

Estudo realizado pela Universidade Federal do Paraná, que retrata a referida situação, afirmou-se que a ideologia pessoal dos magistrados define o resultado das decisões, apontando que os juízes primeiro decidem com base em critérios de justiça individual, pouco importando o encadeamento lógico anteriormente estabelecido pelos julgados anteriores, para, somente após a tomada da decisão, buscarem as justificativas de fundamentação²¹³.

Em outra pesquisa, desta feita realizada pela Universidade de Columbia, em Nova Iorque, em parceria com a Universidade Ben Gurion, em Tel Aviv, foram analisadas 1.112 decisões proferidas por oito juízes em Israel, proferidas para detentos com pleito sobre liberdade condicional, durante um período de dez meses²¹⁴. Para realização da busca, os dias dos juízes foram divididos em três sessões interrompidas por duas pausas para as refeições – um lanche da manhã e almoço. Os juízes decidiram quando conceder intervalo, mas não tinham controle

²¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

²¹² NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 84.

²¹³ IDEOLOGIA pessoal define decisões de juízes, diz estudo. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jul. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-06/ideologia-pessoal-define-decisoes-juizes-estudo-ufpr>. Acesso em: 28 mar. 2019.

²¹⁴ CORBYN, Zoë. Hungry judges dispense rough justice. **Nature News**, [s. l.], 11 abr. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.1038/news.2011.227>. Disponível em: <https://www.nature.com/news/2011/110411/full/news.2011.227.html>. Acesso em: 28 mar. 2019.

sobre a ordenação dos casos. Os resultados indicaram que logo após os intervalos os juízes concediam 65% dos pleitos, percentual que caía para aproximadamente zero, à medida que o juiz ficava muito tempo sem comer, retornando aos 65% quando após a concessão de novo intervalo para descanso e alimentação. O estudo chegou à conclusão de que os tomadores de decisão gravitam ao redor de opção mais fácil e padrão, quando se encontram cansados. No caso da pesquisa, isso seria negar a liberdade condicional. A gravidade do crime, no entanto, o tempo cumprido na prisão, quaisquer encarceramentos anteriores e a disponibilidade de programas de reabilitação não foram suficientes para explicar o efeito sobre a probabilidade de liberdade condicional, ou seja, a situação processual dos acusados não fez diferença²¹⁵.

Esses fatores, atrelados à avalanche de processos que afogam o Judiciário, retratam a situação processual vivenciada pelos advogados no dia a dia forense, onde os detalhamentos são capazes de alterar o resultado da sentença judicial. Com efeito, o CPC/2015 surge como consolidador de reformas instituídas, sem embargo de proporcionar melhoria na sistemática processual com vistas à celeridade e à segurança jurídica ao promover a coerência e integridade no Direito brasileiro.

Sob o pretexto de uma almejada efetividade processual, entretanto, parte considerável da doutrina foi envolvida pelo canto da sereia²¹⁶ dos precedentes, em que o direito é ditado de acordo com a conveniência das cortes, isto é, coerência e integridade serão obtidas conforme o talante dos tribunais, sendo instituída uma verdadeira “judiciariocracia”²¹⁷ das casas de justiça superiores, resultando em um amestramento intelectual dos advogados.

²¹⁵ DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **PNAS**, Washington, DC, v. 108, n. 17, p. 6889-6892, 2011, p. 6889. DOI: <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/108/17/6889>. Acesso em: 28 mar. 2019.

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009, p. 76. DOI: <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2009.12.07>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>. Acesso em: 20 mar. 2019.

²¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o *common law*! **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 set. 2013b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em: 12 mar. 2019.

A grande dificuldade que se constata na utilização dos precedentes pelos causídicos no Brasil está na sua maneira de aplicação, porquanto, no *common law* se utiliza o precedente como um instrumento de contextualização interpretativa, com a devida comparação de eventos com as circunstâncias fáticas específicas do caso concreto e ainda das normas jurídicas a ele aplicáveis²¹⁸. Na sistemática brasileira de cultura jurídica, tradicionalmente arraigada ao *civil law*, o advogado costuma fazer uso do precedente judicial no mesmo contexto da norma legislada, com abstração e generalidade, sem grandes reflexões teóricas e abandonando as especificidades da situação concreta²¹⁹. A incorreta utilização dos precedentes, contudo, resulta neste empobrecimento teórico do embate argumentativo em que o causídico está inserido.

Por serem corriqueiras as situações em que os magistrados simplesmente ignoram suas argumentações, os causídicos, na maioria das vezes, não conseguem se sobrepôr, redundando em uma subserviência intelectual que torna os advogados incapazes de contribuir com elementos hábeis a racionalizar a decisão judicial, fenômeno comum no Direito pátrio, que já nasce imerso em uma tradição bacharelesca centrada em argumentos de autoridade²²⁰, tornando-se fator preponderante para o baixo desenvolvimento intelectual do advogado. Quando se menciona o despreparo técnico, não significa fazer alusão a métodos exaustivamente disciplinados por critérios prévios e abstratos, mas algo próximo à arte ou mesmo uma habilidade argumentativa decantada pela prática²²¹.

Não há dúvidas de que a prática do Direito consista, precipuamente, em argumentar, sendo comum a ideia de que o bom advogado é aquele que detém a capacidade de constituir bons argumentos e manejá-los com habilidade²²².

²¹⁸ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 138.

²¹⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 293.

²²⁰ LOPES, Ziel Ferreira. É preciso enfrentar as dificuldades no debate jurídico. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-24/diario-classe-preciso-enfrentar-dificuldades-debate-juridico>. Acesso em: 22 mar. 2019.

²²¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 246.

²²² ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 1.

Atualmente, o Brasil possui mais de 1.500 cursos superiores de Direito²²³. Com esse quantitativo, o País se consagra como a nação que tem mais cursos de Direito do mundo, ultrapassando o somatório dos outros países que é inferior a 1.200 cursos²²⁴. No entanto, na sexta edição do “Selo OAB Recomenda”, publicada em 2019, dentre os 1.212 cursos que estavam aptos a participar da pesquisa, apenas 161 receberam o “selo de qualidade” da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)²²⁵.

À vista disso, observa-se a queda na qualidade do ensino jurídico no País, onde o Direito é transformado em uma mera instrumentalidade formal, em que o saber jurídico que se ensina nos seus programas de graduação abnega a reflexão, deixando de representar uma modalidade de transformação da realidade. A perda desse substrato social implica equivocadas recepções de paradigmas constitucionais consequenciais do dogmatismo ensinado nas academias. No atual panorama jurídico patril, entretanto, casuismo didático²²⁶ tornou-se regra nas salas de Direito, resultando na baixa qualidade da formação profissional do advogado, enquanto o paradigma positivista fez-se a referência para as decisões judiciais.

Assim, a obrigação formal de observância dos precedentes constitui apenas o primeiro passo, pois somente com a aculturação do advogado brasileiro que deverá passar a utilizar o precedente judicial com uma cuidadosa análise das circunstâncias fáticas do caso, aliada à correta reflexão teórica da legislação pertinente, é que haverá efetivamente um contributo para o controle racional na formatação da sentença judicial em conformidade com os parâmetros do constitucionalismo contemporâneo. É bem verdade que a cultura do operador jurídico brasileiro ainda necessita de um largo caminho de adaptação na maneira de raciocinar com

²²³ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **OAB Recomenda**: instrumento em defesa da educação jurídica brasileira. 6. ed. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019, p. 20. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/oabrecomendasextaedicao.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2019.

²²⁴ BORNELL, Júnior. 1406. Esse é o número de faculdades de Direito no Brasil. **StartSe**, São Paulo, 25 mar. 2019. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/mercado/62518/1406-esse-e-o-numero-de-faculdades-de-direito-no-brasil-lawtech>. Acesso em: 18 abr. 2019.

²²⁵ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **OAB Recomenda**: instrumento em defesa da educação jurídica brasileira. 6. ed. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019, p. 3. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/oabrecomendasextaedicao.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2019.

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a, p. 62.

precedentes, em que ao advogado será imprescindível argumentar dialeticamente de modo a contribuir para a universalidade da decisão judicial.

Esse conhecimento codificado, pois, em sua apreensão, não é mais conhecimento. Ante o avanço tecnológico e acesso rápido às informações, houve seu desprestígio, sem lhe menosprezar a importância. Em decorrência das inovações tecnológicas típicas da Modernidade do século XXI, evidencia-se que a função de catalogar o Direito virou coisa do passado, porquanto o advogado não poderá mais ser reduzido a um mero catalogador de leis e precedentes. Exemplo disso é o “Ross”, advogado virtual desenvolvido por pesquisadores da Universidade de Toronto, Canadá, que, quando conectado a um banco de dados virtual, o referido computador é capaz de consultar milhões de arquivos, leis e precedentes, podendo catalogar com rápida velocidade quais teses e normas jurídicas são relevantes para o deslinde do caso, reduzindo sobremaneira o tempo de pesquisa realizado por humanos²²⁷.

A vista de tais circunstâncias, questiona-se: – poderá o advogado permanecer atrelado às vetustas concepções dogmatistas do Direito e continuar a fazer uso de meros ementários jurisprudenciais, catalogados, como meio de demonstrar a efetiva razão jurídica do precedente judicial? A resposta, certamente, é negativa, pois a advocacia contemporânea reclama uma posição proativa e pragmática, em que o conhecimento deve ser concebido como dinâmica desconstrutiva e reconstrutiva²²⁸, que persiste como dinâmica, não feito formalismo tecnicista. O advogado deve estar apto para a reflexão acerca da conjuntura social que faz surgir a norma jurídica, encontrar-se aberto ao conhecimento da base filosófica e sociológica, relacionada à capacidade de interpretação constitucional que torna o causídico eficiente para fazer evoluir a norma, traspasar e desvelar a sua razão subjacente²²⁹, onde o desenvolvimento do conhecimento está intimamente relacionado à atividade crítica, que permite reflexionar o pensamento, a qual inclui o bom uso da lógica, da dedução

²²⁷ LOPES, André. Advogados são o próximo alvo da inteligência artificial. **Revista Veja**, [s. l.], 28 out. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/advogados-sao-o-proximo-alvo-da-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 29 mar. 2019.

²²⁸ DEMO, Pedro. **O bom docente**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008, p. 26.

²²⁹ MARCON, Denise Teresinha Almeida; MARCON, Gabriela Almeida. Reflexões sobre o ensino jurídico no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3027, 15 out. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20258>. Acesso em: 6 mar. 2019.

e da indução, a arte da argumentação²³⁰, tarefas que ainda hoje não podem ser realizadas com eficiência por meio de inteligência artificial, pois o computador poderá ser capaz de identificar a injustiça, mas jamais será apto a senti-la no âmago²³¹.

Por ser a racionalidade da decisão fruto de uma atividade argumentativa, faz-se necessária uma remodelagem na atuação do causídico, que busque uma valorização do estudo da argumentação jurídica, conjugada ao aprofundamento das bases filosóficas.

Nesse enquadramento, nos próximos segmentos, examinar-se-á detidamente o paradigma argumentativo no qual o advogado está inserido, que, em processos estruturados pelo sistema de precedentes judiciais, passa a ter uma função de protagonista no controle racional do ato de formatar a decisão judicial.

4.2 O conceito de precedentes: o papel do advogado na identificação da razão jurídica efetiva da decisão

No segundo capítulo, foi traçado o panorama teórico acerca da busca da racionalidade da decisão judicial com vistas à integridade e à coerência do Direito, demonstrando na doutrina de Dworkin relevante aporte teórico capaz de orientar o advogado na contribuição para aportar à decisão judicial correta nos moldes do constitucionalismo contemporâneo, proporcionando uma aplicação dialética, fundamentada e consciente, dos precedentes judiciais. A doutrina e a práxis judiciária brasileira, todavia, muito embora vivenciadas à luz de um panorama democrático constitucional, permanecem inertes, ou seja, continuam arraigadas à Filosofia da consciência, calcadas em bases positivistas exegéticas, mesmo que de modo inconsciente²³².

²³⁰ MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita**: repensar a reformar, reformar o pensamento. Tradução de Eloá Jacobina. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, p. 22.

²³¹ NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018, p. 293.

²³² LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e norma: usam-se precedentes judiciais como se aplicam normas legislativas? **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 231-252, jan./dez. 2012, p. 232. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v10i14.p231-252.2012>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/814>. Acesso em: 20 mar. 2019.

Tornou-se comum na prática doutrinária local, no entanto, a recepção pouco ponderada das teorias desenvolvidas, muitas vezes ocasionada pela necessidade de emancipação e um certo anseio de modernidade. Portanto, o considerável problema da conceituação de precedentes que se faz resulta de um sincretismo²³³ improvisado, ocasionando uma mistura de conceitos, tratando o precedente como mecanismo de resolução de conflitos em massa, concebidos com intento de abstração e generalidade, visando à resolução de casos futuros, ou seja, em terras brasileiras, o conceito de precedente é resumido a uma norma geral e abstrata obtida pela relativização da norma individual e concreta contida no julgamento, como resultado do ato de interpretação do julgador, e em que a aplicação ocorre nos moldes do positivismo normativista, mediante uma subsunção de todos os casos particulares com esquecimento das especificidades fáticas do ocorrente em concreto²³⁴.

Como consequência desse comportamento interpretativo, tipicamente dogmático, decorre a hiperintegração do Direito, em que se recorre ao precedente como norma legislada que ultrapassa os limites dos fatos e extrapola as lindes de seu campo gravitacional²³⁵. Isto é, no positivismo exegético típico da realidade brasileira, o que se propicia é um simulacro de fundamentação jurídica com base em simples consultas a ementas e verbetes tidos por universais, cuja amarração²³⁶ do resultado é obtida pelo intérprete por meio de um dos métodos de interpretação dentre os vários apontados pela dogmática de cariz clássico, dentre eles, os mais conhecidos – teleológico e gramatical²³⁷. Um modo, entretanto, de se pensar assim é congelar o sentido do Direito de tal maneira que seus termos gerais nunca serão modificados, possuindo sempre o mesmo sentido, independentemente da situação fática – circunstância em que, realmente, se conseguiria resolver antecipadamente

²³³ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 120.

²³⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 155.

²³⁵ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 130.

²³⁶ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44.

²³⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44.

as exigências do caso concreto, mas, no escuro, problemas que só podem ser enfrentados ante as peculiaridades fáticas.

O resultado dessa sistemática interpretativa resulta no “paraíso dos conceitos”²³⁸ do jurista, em que nenhum esforço seria então exigido, ou realizado, bastando apenas ao advogado acoplar o sentido do precedente de acordo com a conformidade e conveniência da tese jurídica oferecida. Assim, o precedente judicial, tomado abstrata e universalmente, na maioria das vezes, se resumindo a meros ementários de jurisprudência, então supostamente detentora da completa racionalidade, mais se aproxima de uma coleção de *prêt-à-porter*²³⁹ posto à disposição do advogado, que, por uma simples consulta, se torna capaz de solucionar simploriamente os casos mais emblemáticos. Assim, basta amarrar a ocorrência particular a um dos verbetes universais para que se possa extrair uma conclusão científica habilitada a legitimar a tese jurídica sustentada.

Consequentemente, a prática irreflexiva da arte da advocacia resulta no problema da arbitrariedade judicial, em que se admite o uso dos precedentes sob dois aspectos. Primeiramente, em realizar a elevação do julgado ao *status* de lei geral. Posteriormente, na possibilidade de emprego e adaptação de precedentes contraditórios, de modo a encobertar a subjetividade do intérprete²⁴⁰. Com efeito, o amestramento dos causídicos abre espaço para o surgimento do perigo da legitimação da *confirmation bias*²⁴¹, que constitui o viés confirmatório da subjetividade judicial capaz de destorcer as razões do julgado em que se individualiza uma versão dos fatos, tendendo-se a confirmar apenas aquilo que se quer justificar, de modo a negligenciar tudo o que vier em sentido contrário.

Neste comenos, é preciso ter a concepção de que as decisões judiciais não podem ser elaboradas de modo a negligenciar as particularidades do caso concreto,

²³⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 166.

²³⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, v. 3, p. 87.

²⁴⁰ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

²⁴¹ MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016, 103.

com vistas à resolução de eventos futuros, mas sim com foco no caso presente, com atenção aos argumentos oferecidos pelos advogados. Interpretar precedentes e estabelecer seu alcance para resolução dos casos similares futuros é, entretanto, reconhecidamente um problema que enfrentam os advogados brasileiros²⁴².

Leve-se em boa conta o fato de que o precedente judicial não poderá ser criado para resolução de sucessos genéricos e futuros, pois, conforme ressalta Gadamer, as experiências jamais se repetem identicamente. É o que se observa nas palavras do próprio autor:

Já vimos que a experiência que fazemos transforma todo nosso saber. Em sentido estrito, não é possível “fazer” duas vezes a mesma experiência. É verdade que a experiência implica o fato de ter de se confirmar continuamente, que só pode ser adquirida pela repetição. Mas, enquanto uma experiência repetida e confirmada, já não se “faz” a experiência de novo. Quando se faz a experiência, isso significa que já a possuímos. A partir desse momento, o que antes era inesperado passa a ser previsto. Uma mesma coisa não volta a converte-se pra nós numa experiência nova.²⁴³

É nesse sentido que o precedente judicial deve ser compreendido, ou seja, não como um aprisionamento dos fatos reduzidos a meros verbetes ou ementários, mas sim como um ganho hermenêutico disposto a proporcionar a orientação inicial ao intérprete, para que, sempre quando iniciado o raciocínio jurídico, não seja necessário aferir a compreensão desde o grau zero.

Logo, é preciso compreender que o precedente judicial exerce força hermenêutica sobre os casos futuros, não como imposição, mas feito critério orientador capaz de proporcionar coerência e integridade, cadenciado com os julgamentos pretéritos, no intuito de evitar uma guinada de julgamento, combatendo, assim, o subjetivismo interpretativo. Isto porque, somente na aferição de conflitos reais e problemas tangíveis é que se tornará possível obter resultados hermenêuticos inovadores e aptos a regular a realidade que se propõe²⁴⁴.

²⁴² RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

²⁴³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 462.

²⁴⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências federativas na Constituição e nos precedentes do STF**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 16.

À vista disso, é necessário observar que o Direito obriga quando seus preceitos são capazes de realizar, em cada época e de acordo com sua específica mundividência, aquilo que se entende por justiça²⁴⁵.

De tal maneira, os precedentes judiciais constituem-se pelos argumentos desenvolvidos em conformidade com as particularidades do caso concreto, com as provas e alegações trazidas pelas partes²⁴⁶. É possível identificar o conceito de precedentes formulados como sínteses de um conjunto de decisões anteriores, que possuem peso normativo, uma vez que suas formulações se tornam enraizadas na prática jurídica e seu sentido influencia a decisão dos casos subsequentes, levando ao desenvolvimento de um conjunto de prescrições gerais que aparecem como conceituação de regras e, assim, são tratadas pelos juristas²⁴⁷. Tais regras se definem como aquelas que fornecem razões prescritivas ou descritivas, exercendo pressão normativa nas situações similares subsequentes.

Na ambiência divergente onde o Direito é estabelecido, aflora também a ideia de precedente como analogia, na qual a sua tarefa central consiste em oferecer parâmetros de interpretação que sejam capazes de identificar quais as diferenças e semelhanças relevantes nas condições sob análise²⁴⁸. Quando o precedente se aplica a casos em que, embora haja diferenças, seu princípio é relevante para solucioná-los.

A fim de os advogados, no entanto, poderem recorrer ao raciocínio analógico para a obtenção de acordos teóricos, será oportuno socorrerem-se da ideia de princípios coordenadores da coerência sistêmica, conforme estabelecidos na doutrina de Ronald Dworkin, que operam no plano inferior, o que permite chegar a um acordo teórico sem que para isso seja necessário recorrer a teorias gerais vagas

²⁴⁵ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 176.

²⁴⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e norma: usam-se precedentes judiciais como se aplicam normas legislativas? **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 231-252, jan./dez. 2012, p. 233-234. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v10i14.p231-252.2012>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/814>. Acesso em: 20 mar. 2019.

²⁴⁷ MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 587-624, jul. 2012, p. 596. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23926/22684>. Acesso em: 29 mar. 2019.

²⁴⁸ MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 587-624, jul. 2012, p. 597. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23926/22684>. Acesso em: 29 mar. 2019.

e indeterminadas²⁴⁹. Desse modo, os precedentes são concebidos como justificativas das regras, ao assumirem a concepção de princípios, fornecendo as razões pelas quais elas devem ser aplicadas. Então, o modelo de princípios é projetado para atingir um compromisso entre o raciocínio moral e as regras jurídicas²⁵⁰. Sem dúvida, do precedente, sempre poderá se extrair uma regra ou um princípio, no entanto, o importante será ter consciência de que o precedente não poderá ser reduzido à norma, haja vista o seu caráter flexível de circularidade hermenêutica do conhecimento²⁵¹.

É correto conceituar o precedente, portanto, como decisão judicial munida de força vinculante, que exerce sobre o juízo sucessivo o controle racional mediante a imposição da mesma linha principiológica do raciocínio utilizado no precedente paradigma,²⁵² ou seja, um precedente é um evento passado, o evento será a decisão judicial, que serve como um guia para a ação atual. O raciocínio jurídico descrito no precedente deve ser estabelecido de modo analógico, *iuxta casus*, conforme o desenvolvimento das argumentações oferecidas pelos advogados e não originado por imposição meramente hierárquica da Corte de vértice. Em apropriada ocasião, Abboud traça pertinente conceituação, acentuando que precedente:

[...] é uma concreta decisão jurisprudencial que se encontra vinculada ao caso historicamente concreto que decidiu, e consiste em uma decisão jurisdicional que se impõe como padrão normativo, a ser aplicada, analogicamente, a casos semelhantes. A vinculação restringe-se ao plano do particular ao particular, não alcança o geral ao particular.²⁵³

²⁴⁹ MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 587-624, jul. 2012, p. 600. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23926/22684>. Acesso em: 29 mar. 2019.

²⁵⁰ ALEXANDER, Larry A.; SHERWIN, Emily. Judges as Rulemakers. **University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, San Diego, n. 15 p. 1-35, 2004, p. 7. Disponível em: <https://digital.sandiego.edu/lwps_public/art15>. Acesso em: 20 nov. 2018.

²⁵¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 274.

²⁵² TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução de Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. **Civillistica.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, p. 1-15, 2014, p. 7. Disponível em: <http://civillistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civillistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2019.

²⁵³ ABOUD, Georges. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante**: alcance e limites do efeito vinculante e *erga omnes* na jurisdição constitucional. Orientador: Nelson Nery Junior. 2009. 309 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 96. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8753/1/Georges%20Abboud.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

Essa definição ajuda a estabelecer alguns pontos relativos aos precedentes. Primeiramente, é certo que o precedente será estabelecido após um raciocínio, e este juízo será descoberto por meio da pergunta pelo raciocínio²⁵⁴. Posteriormente, é necessário compreender que o precedente surge sobre um aspecto de direito exposto a um caso. Tal conforma um ponto jurídico que se torna inseparável dos fatos do evento que lhe deu origem. Por último, cabe mencionar que sua força vinculativa não é absoluta, sendo limitada pelos futuros questionamentos, conforme estabelecidos pelas especificidades do caso²⁵⁵.

Então, a doutrina faz a distinção entre a razão jurídica apta a conferir força hermenêutica que será determinada desde a referência direta dos fatos do caso, ou seja, a *ratio decidendi* ou *holding*, que é o núcleo vinculante apto a conferir eficácia de precedente, ao passo que será possível estabelecer o *obiter dictum*, que consiste na parte do julgado tida como meramente circunstancial. Na prática forense, a grande discussão em torno dos precedentes está em definir qual seria a *ratio decidendi*, o núcleo vinculante da decisão que consiste na formulação argumentativa apta a fornecer critérios de coerência e integridade, a parte relevante do julgamento capaz de aportar ganho hermenêutico, o qual será aplicado no futuro.

Ademais, cumpre ressaltar que *ratio decidendi* e *obiter dictum* não são materialmente inconfundíveis, pois um critério anteriormente tido como secundário poderá converter-se em raciocínio fundamental para a resolução de um caso futuro, a depender de uma nova concepção interpretativa obtida do mesmo precedente à luz das peculiaridades fáticas do caso concreto. Além dessa aproximação de convergências interpretativas, a *ratio decidendi* também está passível de ampliação ou restrição do seu objeto, podendo acrescentar ou limitar seu âmbito de incidência proveniente do precedente, do mesmo modo, de acordo com as especificidades do caso.²⁵⁶ Muito embora essa distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* não seja desconhecida no âmbito da jurisprudência brasileira, não há aplicação com o rigor

²⁵⁴ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 130.

²⁵⁵ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 68.

²⁵⁶ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 943.

exigido. Comum é a elaboração de verbetes de súmulas e decisões extraídos sem qualquer rigor técnico²⁵⁷.

À vista disso, uma das principais características da função do precedente é sua individualidade, isto é, sua aptidão de apontar, ou no mínimo, de orientar o sentido conforme a decisão deve seguir nos casos supervenientes.²⁵⁸ A noção de *ratio decidendi*, entretanto, está intimamente relacionada com a ideia de raciocínio linear único²⁵⁹. Sua função, logo, não consiste em apontar o critério fixo da decisão que deve ser seguido no caso subsequente, mas, simplesmente, demonstrar que a norma em foco foi aplicada de determinada maneira em evento posterior semelhante,²⁶⁰ oferecendo, assim, subsídios interpretativos prévios, ou seja, o precedente “[...] abre um horizonte de sentido que só se realiza quando interpretado, vale dizer, atualizado”²⁶¹. Neste instante, faz-se oportuna a conceituação proposta por Juraci Mourão:

Deve-se considerar que precedente é uma decisão jurisdicional, mas não qualquer decisão, pois ela deve trazer um acréscimo de sentido e exercer a função de mediadora entre texto e realidade. Portanto, nem todo julgado pode ser um precedente a ser utilizado no futuro para compreensão do Direito. É preciso que se atente: embora todo precedente seja uma decisão, nem toda decisão é um precedente, pois a definição deste está ligada à ideia de possível utilização no futuro por trazer uma contribuição hermenêutica e facilitar a mediação entre lei (Direito em sentido amplo) ou constituição e a realidade social em que se insere, mediante o fornecimento de experiência.²⁶²

Então, o conceito de precedente, alinhado ao constitucionalismo contemporâneo, deve ser concebido como resposta institucional obtida mediante o

²⁵⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 68.

²⁵⁸ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução de Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. **Civillistica.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, p. 1-15, 2014, p. 11. Disponível em: <http://civillistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civillistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2019.

²⁵⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 172.

²⁶⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução de Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. **Civillistica.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, p. 1-15, 2014, p. 12. Disponível em: <http://civillistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civillistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2019.

²⁶¹ ABBoud, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 948.

²⁶² LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências federativas na Constituição e nos precedentes do STF**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 275.

racional cotejo dos fatos e do Direito, como resultado advindo do corte epistemológico que os advogados fazem do caso, mediante a correta pergunta pelo raciocínio que atuam no jogo “de-e-para”²⁶³, com a finalidade de, consequentemente, proporcionar ganho hermenêutico, seja mediante a obtenção de novo sentido, ou escolha de um sentido em superação a outro ou ainda trilhando raciocínio inovador sobre aspectos relativos ao Direito anteriormente não vislumbradas pela legislação.

De modo exemplificativo, Maurício Ramires cita as seguintes técnicas utilizadas para encontrar a *ratio decidendi* havidas como mais influentes na doutrina: a) Teste de Wambaugh – estabelece a *ratio* como regra geral sem a qual o caso teria sido julgado diferente; b) Teste de Goddard – vaticina que a *ratio decidendi* deve ser encontrada por exclusão do que ela não é, e, posteriormente, determinando os fatos do caso tratado pelo juiz como fundamentais, e sua decisão exclusivamente no que se refere a eles; c) Tese de Oliphant – enfatiza que a decisão resulta de um estímulo e, por sua vez, a *ratio* será tomada como resposta desse estímulo, sendo uma combinação estímulo-resposta; e d) Fórmula Scalia, na qual se procura estabelecer um meio de identificar o nível de neutralidade da *ratio decidendi*, tomando o julgado e generalizando aos poucos, até chegar ao nível mais específico em que o Direito constitucional confirmado pode ser reconhecido²⁶⁴.

De efeito, indaga-se: – poderá o advogado fazer uso do precedente judicial como meio de aprisionamento de fatos e conceitos, fundamentar as teses jurídicas oferecidas, simploriamente, por meras deduções extraídas de ementários jurisprudenciais? Tal manejo, contudo, na prática jurídica local, se tornou comum, contribuindo para que o magistrado se possa utilizar de qualquer trecho da sentença paradigmática para legitimar a decisão judicial, bastando, para isso, lhe emprestar uma simulação de útil para fazer invocação de precedente. O problema aqui expresso, no entanto, retrata a dificuldade vivenciada pelo advogado em se sobrepor, de modo racional, ao mau uso dos precedentes judiciais no momento de formatar a decisão judicial, em razão do costume jurídico brasileiro em abstrair teses, ou seja,

²⁶³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências federativas na Constituição e nos precedentes do STF**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 275.

²⁶⁴ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 69.

dispensa-se a dinâmica²⁶⁵ própria de sua realização e opera-se com meras deduções silogísticas.

Portanto, a identificação da *ratio decidendi* não consiste na descoberta de algo que já se encontra no precedente, a tarefa do advogado se traduz em desvelar a formulação interpretativa feita pelos tribunais²⁶⁶. No Brasil, porém, procura-se usar precedentes sem identificar a *ratio decidendi*, quer dizer, não existe questionamento como o de querer saber o que é necessário e o que é circunstancial em um julgado pretérito.

No uso dos precedentes, a ideia de raciocínio de caso para caso exige uma prática argumentativa cuidadosa, no sentido de se exprimir elementos suficientemente robustos para respaldar a aplicação adequada do precedente judicial na defesa da tese jurídica. Nesse momento, o advogado surge como protagonista na formatação do deciso judicial legitimamente democrático. Conforma-se certo o fato de que, no atual panorama de complexidade vivenciado pelo Poder Judiciário patrial, ante a infinidade de processos aguardando julgamento, torna-se por demais dificultosa a atividade do magistrado de fundamentar a decisão com supedâneo em precedente que corresponda precisamente aos fatos do sucesso sob julgamento.

Caberá, portanto, ao advogado a tarefa hermenêutica de promover o enriquecimento sistêmico, mediante a mostra dos precedentes adequados para a solução almejada. Logo, o causídico deverá encontrar um exemplo análogo e, por meio da argumentação jurídica, desvelar o seu raciocínio apto a emprestar a melhor interpretação. Deve-se, então, buscar resultados análogos, confrontando-os aos problemas análogos²⁶⁷. À medida que a prática de estudar casos anteriores em busca de semelhanças relevantes, pelo menos, garante que eles são expostos a uma variedade de padrões de fatos aos quais suas hipóteses podem se aplicar, bem como a várias linhas de raciocínio traçadas pelos tribunais anteriores.

²⁶⁵ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 945.

²⁶⁶ MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 8, v. 2, p. 587-624, 2012, p. 603.

²⁶⁷ ALEXANDER, Larry A.; SHERWIN, Emily. Judges as Rulemakers. **University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, San Diego, n. 15 p. 1-35, 2004, p. 17. Disponível em: https://digital.sandiego.edu/lwps_public/art15. Acesso em: 20 mar. 2019.

Por esta razão, os advogados podem cometer menos erros na sustentação de teses se entenderem que necessitam e, até mesmo, são obrigados a raciocinar, por analogia, a eventos julgados.

De qualquer maneira, talvez porque a evidência da reflexão judicial não esteja prontamente disponível, uma investigação sobre o contexto deliberativo das regras precedentes não é uma característica comum aos advogados. Este processo de abdução consiste em uma maneira plausível de raciocínio, na qual a argumentação por razão se aproxima da perspectiva do raciocínio analógico, que deverá atuar como instância do modelo de coerência sistêmica do precedente na fundamentação da tese oferecida.

A técnica do precedente, portanto, incentiva o advogado a realizar uma reflexão jurídico-moral²⁶⁸ completa, que exige a plena especificação das razões e dos passos argumentativos necessários para a sustentação da tese jurídica oferecida. Para tanto, constitui-se imprescindível a técnica minuciosa de se tomar em conta todas as circunstâncias do caso, de modo a propiciar uma abertura sistêmica para os argumentos analógicos e com diferenciação assentada em argumentos de princípio, de modo a exercer o *accountability* do julgamento²⁶⁹.

4.3 A constrangimento epistemológico do julgador: o advogado no controle racional da decisão judicial

A utilização dos precedentes como rotineiramente é procedida no Direito brasileiro visa a otimizar o tempo de julgamento, e não como fonte do Direito capaz de proporcionar a estabilidade e a continuidade no Direito²⁷⁰. Em um panorama jurídico inteligível, não obstante, não pode haver precedentes que sejam previamente elaborados e prontos para fundamentar uma pretensão judicial, sem que para isso tenham sido anteriormente submetidos a um controle racional,

²⁶⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 286.

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 nov. 2011a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>. Acesso em: 22 mar. 2019.

²⁷⁰ FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 527.

isto é, não há precedente que possa aprisionar os fatos e também regular o Direito com rigor estático. Por seu turno, os precedentes devem ser constituídos racionalmente por meio de procedimentos argumentativos, por intermédio de um debate intenso de modalidades e concepções. Portanto, será por via da prática argumentativa que nascerá o vínculo social capaz de respaldar o precedente judicial. Isto porque o procedimento argumentativo será “[...] o fundamento transcendental, contemporizador entre um raciocínio normativo e um raciocínio de prudência”, em que “[...] o Estado Constitucional serve como projeto coletivo de realização”²⁷¹.

O discurso racional será, necessariamente, argumentativo, porém, para que uma parte possa aceitar como verdadeira uma proposição controversa estabelecida em um precedente judicial, será preciso que tenha, em condições de igualdade, esgotado²⁷² todas as razões disponíveis a favor e contra essa proposição e, assim, haja estabelecido a aceitabilidade racional da pretensão vencedora. Com efeito, será por meio do discurso argumentativo que se filtra “[...] aquilo que será racionalmente aceitável” para a comunidade jurídica, em que se “[...] separam as crenças questionáveis e desqualificadas daquelas que, por um certo tempo, recebem licença para voltar ao *status* de conhecimento não-problemático”²⁷³.

Aplicar lições do passado para resolver problemas futuros é um elemento básico da racionalidade humana²⁷⁴, em que os precedentes judiciais se enquadram perfeitamente. Em tal caso, as proposições jurídicas são elaboradas, interpretadas e aplicadas, levando-se em consideração as experiências desenvolvidas no passado, mas com olhos para o futuro, atribuindo-se uma justificação racional desenvolvida pelo precedente, permitindo uma reconstituição coletiva permanente do Direito, pois a atividade criativa do precedente não se desenvolve no vazio, ou seja, evoluirá

²⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 26.

²⁷² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Lady, 2005, p. 25.

²⁷³ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 63.

²⁷⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 276.

dentro de um diálogo reconstrutivo permanente²⁷⁵. Neste contexto argumentativo, a coerência será o elemento lógico-interpretativo²⁷⁶ habilitado a proporcionar a igualdade principiológica almejada pela novel codificação processual, dotando-a de integridade sistêmica.

Por sua vez, a racionalidade se funda na razão, que exige do advogado uma reflexão crítica que vai muito além da ideia de que o sistema jurídico seria apenas um conjunto de regras válidas em função de uma autoridade formal. Nestes termos, a prática de se seguir precedentes constitui elemento essencial da racionalidade prática operacionalizada²⁷⁷, visto que o precedente é considerado como jurisprudência testada e já consolidada, ou seja, meio hábil a fornecer elementos indispensáveis ao controle racional da decisão judicial. Ademais, a regra de se observarem os precedentes, que após a promulgação do CPC/2015 passa a ser obrigatória, possui ainda um regramento moral que deve ser intensivamente internalizado pelos causídicos, consistente numa prática jurídica cuidadosa da análise fática do caso. Constitui, no entanto, uma difícil assimilação, por parte dos advogados, de uma vinculação ao precedente e não ao texto que a corte emissora impõe, assimilação difícil pela prática cultural no Direito brasileiro que, vinculado desde o início ao *civil law*, permanece impregnado de um cartesianismo filosófico e aspirações do positivismo exegético em que se utilizam precedentes sob uma roupagem normativista²⁷⁸.

Após, entretanto, a edição do CPC/2015, a função dos advogados alcançou um patamar por demais elevado, pois a maneira de raciocinar passou a ser centrada na racionalidade argumentativa, plenamente diversa da encontrada no *civil law* com fulcro no argumento de autoridade da lei escrita, razão por que a função jurídica do advogado se torna elevada, tornando-se os causídicos verdadeiros agentes construtivos do Direito, porque será pelo recorte epistemológico que fazem dos

²⁷⁵ FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 522.

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, v. 3, p. 19.

²⁷⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER Jr, Fredie et al. (Coords.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, 275-300, p. 276.

²⁷⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 282.

casos e o modo de cotejá-los com a legislação pertinente, diretamente vinculados à sua habilidade argumentativa, destacando os aspectos mais importantes dos precedentes, que assim poderão exercer o controle racional do julgamento²⁷⁹.

Na perspectiva adotada pelo CPC/2015, não obstante, transpondo o controle do resultado da fundamentação judicial, a maneira de raciocinar também guarda relevante correspondência com a segurança jurídica, logo, a importância desse aspecto aumenta exponencialmente à medida que a argumentação é um componente relevante no Direito, em que os argumentos desempenham papel de relevo na imposição de que a “[...] segurança jurídica incorpore um elemento procedimental, no sentido de que a forma de tomada de decisões seja previamente fixada, e também um aspecto de racionalidade”²⁸⁰.

À vista disso, o conhecimento da linha principiológica oferecida pelos precedentes judiciais anteriormente estabelecidos constitui o elemento indispensável para a fusão do horizonte do conhecimento no instante da interação processual. Por sua vez, a argumentação racional formata o processo e estabelece os limites para atuação do magistrado. Tal configura uma análise metacognitiva²⁸¹ dos precedentes e das circunstâncias fáticas, que evidencia a possibilidade da virada argumentativa mediante a descoberta de outro horizonte interpretativo obtido por meio da utilização do precedente adequado e do cotejo analítico dos fatos do caso mediante a racional colocação dos argumentos. Advogados que não conseguem ampliar o âmbito da discussão, recorrentemente, perdem uma oportunidade ímpar, pois, buscar novos horizontes interpretativos ocorre pela possibilidade de desvelar o que está contido nos precedentes. Portanto, é uma estratégia indispensável ao advogado no momento da sustentação da tese jurídica.

Ao fundamentar a tese jurídica oferecida, no entanto, faz-se necessário ampliar o foco da abordagem do precedente judicial. Advogados que não logram alargar o fundamento argumentativo da discussão, e cingem-se aos ementários

²⁷⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 138.

²⁸⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 66.

²⁸¹ ROSA, Alexandre Moraes da. Entender como funciona o jogo processual será decisivo. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 mar. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mar-31/limite-penal-entendercomo-funciona-jogo-processual-decisivo#_ftnref5. Acesso em: 12 mar. 2019.

jurisprudenciais, tendem a não conseguir o controle racional da decisão judicial, por não terem arregimentado argumentos capazes de influenciar o julgador. Uma boa argumentação, todavia, depende da capacidade de desvelar, sugerir ou indicar uma nova possibilidade interpretativa apreendida pelas circunstâncias estabelecidas pela linha principiológica dos precedentes aplicáveis ao caso, pois, [...] o caráter engajador da cadeia de sentidos será o ponto fundamental para capturar o sentido do julgador”²⁸².

Feita essa exposição, surge esta perquisição: – se os advogados não souberem qual argumentação utilizar e por qual motivo deve prevalecer, quem saberá? O julgador? Por consequência, o advogado que não tiver consciência do seu trabalho na profundez necessária para lidar com os precedentes judiciais permanecerá submisso à ditadura proveniente da “judiciariocracia”²⁸³ em virtude de seu amestramento intelectual, em que as novas concepções pragmáticas permaneceram ofuscadas pelas velhas concepções dogmáticas.

Portanto, ao advogado caberá exercer a representação processual de seus clientes na condição de participante que dialoga mediante a reinterpretação construtiva do Direito, com atenção à Constituição e a coerência principiológica consagrada pela tradição histórico-institucional da sociedade na qual está inserido, para, de modo racional, exercer o constrangimento epistemológico necessário ao controle racional da fundamentação judicial. Portanto, a argumentação coerente e coesa será o substrato indispensável na performance processual do advogado.

4.4 O advogado inserido no paradigma argumentativo: as responsabilidades argumentativas correlatas advindas do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil

Certamente, grandes dificuldades surgirão no decurso da implantação da sistemática dos precedentes de observância obrigatória, porquanto as alterações legislativas correspondem apenas ao primeiro passo nessa empreitada. Por sua vez, o advogado, que na práxis jurídica brasileira está culturalmente adaptado ao sistema

²⁸² ROSA, Alexandre Moraes da. Entender como funciona o jogo processual será decisivo. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 mar. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mar-31/limite-penal-entendercomo-funciona-jogo-processual-decisivo#_ftnref5. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁸³ STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o *common law*! **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 set. 2013b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em: 12 mar. 2019.

do *civil law*, onde encontra na lei escrita seu principal arcabouço teórico, deverá passar por um processo de adaptação para tornar-se apto ao raciocínio argumentativo imprescindível na abordagem dos precedentes. Portanto, há como ponto de destaque da inovação introduzida pelo CPC/2015 a modalidade de argumentação, que passa a ter o precedente judicial com maior relevância na fundamentação jurídica. Considerando que, muito embora o trato com os precedentes não constitua novidade na sistemática processual local, será normal uma dificuldade inicial na sua utilização como instrumento de observância obrigatória.

Dentre as inovações introduzidas pelo CPC/2015, destaca-se a inserção da obrigatoriedade da fundamentação analítica instituída pelo art. 489, § 1º, como uma das inovações mais impactantes, que foi capaz de produzir grande desconforto em determinados setores da magistratura pelo receio de que fosse necessário ao julgador fundamentar amiúde todos os pontos das teses oferecidas pelas partes em juízo, sob pena de nulidade da sentença. Referida situação fez surgir comentários acerca da possibilidade de oposição à aplicação do Código de Processo Civil editado em 2015 por parte dos magistrados²⁸⁴.

Ante a mencionada concepção, questiona-se: – a obrigação de fundamentação analítica advinda do art. 489, § 1º, do CPC/2015, se dirige unicamente ao julgador, tornando excessivamente onerosa a atividade de fundamentação judicial?

Já se responde: – pelo contrário, a realidade da prática jurídica brasileira, de modo geral, demonstra que o advogado cada vez mais perde qualidade técnica na sua aptidão argumentativa, pois continua a utilizar equivocadamente o precedente, quando muito, fazendo referência apenas a uma coleção de e mentários, no intuito de sustentar a tese adotada. Então, em virtude do déficit argumentativo costumeiramente expresso pelos causídicos no âmbito da prática jurídica brasileira, transparece a ideia de que a atividade da fundamentação judicial poderá ocorrer de modo substancialmente mais brando.

²⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido>. Acesso em: 12 mar. 2019.

À vista disso, evidencia-se que, na teoria dos precedentes, há efetiva limitação da discricionariedade dos julgadores. É neste momento, todavia, que os advogados, por intermédio de um constrangimento epistemológico, exercem o controle racional da decisão judicial na qual haverá uma imposição de deveres impostos aos magistrados a serem observados em todas as decisões, principalmente na observação da obrigatoriedade da fundamentação analítica instituída pelo citado art. 489, § 1º, do CPC.

Neste instante, chama-se atenção do leitor para uma observação que, nas mais das vezes, passa despercebida por causídicos e magistrados, qual seja: – o dever de fundamentação análogo dos advogados, que, no momento da representação processual de seus clientes, devem explicar suas razões de justificação para seguir o precedente expresso na tese, não sendo suficiente a costumeira transcrição de ementários de jurisprudência para sustentar a almejada pretensão jurídica. Procede-se, agora, à oportuna reflexão de Juraci Mourão:

Essa obrigação do magistrado faz surgir, de um modo correlato, dever similar para as partes, que também não podem apenas arrolar uma série de ementas e exigir que o julgador verse detidamente sobre o porquê de não segui-las. As partes, então, para exigir o comportamento do art. 489, § 1º, VI, do Código de Processo Civil, devem utilizar adequadamente os precedentes, citando seus fundamentos, demonstrando as semelhanças fáticas e jurídicas pertinentes, mediante um cotejo analítico entre os casos. Em não fazendo essa devida invocação do precedente em suas peças e arrazoados, a parte não poderá exigir do magistrado a realização da distinção, superação ou desafio.²⁸⁵

Conforme expresso há pouco, o art. 489, § 1º, VI, do CPC, traz consigo uma responsabilidade argumentativa correlata aos advogados que deverão utilizar adequadamente os precedentes, citando seus fundamentos, demonstrando as semelhanças fáticas e jurídicas pertinentes, bem como justificando o porquê da não utilização do precedente em sentido adverso, desonerando-se do ônus argumentativo mediante um cotejo analítico entre os casos – tudo sob pena de desobrigar o magistrado da análise minuciosa das razões expressas, em virtude do déficit argumentativo costumeiramente mostrado pelos causídicos no âmbito processual.

²⁸⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 107.

Evidencia-se, pois, que a novel codificação processual faz surgir no ordenamento jurídico brasileiro uma importante regra deontológica de observância obrigatória por parte dos advogados, que torna o debate argumentativo obrigatório do ponto de vista jurídico e também moral²⁸⁶. Isto posto, para o advogado bem instruído, não poderá ser suficiente para encerrar uma argumentação jurídica eficiente se referir unicamente a uma mera declaração corroborada apenas na menção à lei ou ementário do precedente.

Diversamente, será necessário ao causídico uma minuciosa atenção aos aspectos fáticos e teóricos do caso. Por conseguinte, as razões pelas quais se demonstram os precedentes também terão que ser justificadas, citando os julgados relevantes para o caso concreto, até mesmo aqueles contrários ao interesse da parte representada, com a devida demonstração de por que não os utilizar.

Neste panorama, o debate jurídico será restringido à aplicabilidade do precedente, quando o advogado terá o dever de sustentar suas argumentações por meio de extensão analógica estabelecida entre os precedentes anteriores e as especificidades do caso, ou realizando a criação de exceções prontas para respaldar a regra da distinção. Surge, então, o que a doutrina denomina de princípio da inércia argumentativa²⁸⁷, que significa o estabelecimento da necessidade de uma carga argumentativa qualificada para aquele advogado que pretender uma superação ou distinção do precedente diante do caso que ensejou sua formação, utilizado como parâmetro de sustentação da tese jurídica.

Na era dos precedentes, no entanto, não há espaço para o advogado deixar sem afirmação as razões pelas quais se deve seguir ou deixar de seguir os precedentes vinculantes para a sustentação da tese jurídica. Para tanto, deverá cumprir a regra da saturação argumentativa²⁸⁸, que exige a plena justificação das proposições e dos passos argumentativos necessários para a justificação judicial.

²⁸⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 287.

²⁸⁷ DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 385.

²⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Lady, 2005, p. 261.

Consequentemente, o advogado inserido no paradigma argumentativo típico da era dos precedentes deve estar apto a romper com as possibilidades interpretativas, articulando novas possibilidades compreensivas, porque somente por via do entendimento será possível abrir outro horizonte interpretativo que só ocorrerá quando interpretado, ou seja, remodelado²⁸⁹.

Simões, ao comentar o inciso V, § 1º, do famigerado art. 489 do CPC, retrata com perfeição a necessidade de argumentação qualificada:

Enquanto rechaça “decisões genéricas”, o inciso V manifesta compreensão muito importante para nós. Dele se extrai que nenhum dos provimentos vinculantes pode ser interpretado como norma, mas sempre como texto programa normativo. Verifiquem que só invocar a norma que decidiu um caso passado não basta à fundamentação decisória relativa ao caso presente, mas é preciso de “algo mais”, é preciso que se atualize as possibilidades compreensivas do passado com o caso presente. Em uma palavra, para uma “resposta adequada”, é preciso que se interprete os provimentos vinculantes (e não apenas eles, mas também a lei, a jurisprudência, etc.) como um “projeto de sentido” à (outra) norma do (outro) caso sub judice. Isso é fundamental. É a chave de uma interpretação pós-positivista desses provimentos.²⁹⁰

Consequentemente, não pode ser admitida a ideia de que a ementa jurisprudencial no modo como concebida no Brasil, ou seja, obscurecendo informações fáticas ou jurídicas relevantes, se constitua na demonstração do ponto vinculante do precedente. Isto porque os ementários constituem meros verbetes que, na maioria das vezes, servem apenas para catalogar o Direito. Assim, não será suficiente ao advogado a colação de inúmeros ementários jurisprudenciais no intuito de sustentar uma tese jurídica, pois será necessário um correto manuseio do precedente judicial com apreciação das circunstâncias fáticas aliadas a uma correta reflexão teórica acerca da legislação pertinente, para que, por consequência, possa fornecer influxos capazes de contribuir para formatar a decisão judicial corretamente fundamentada à luz do constitucionalismo contemporâneo.

²⁸⁹ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 948.

²⁹⁰ CASTRO BISNETTO, Lauro Simões de. **O precedente no *common law* e os provimentos vinculantes brasileiros**: distinções entre o que se mostra e o que parece ser. Orientador: Nelson Nery Junior. 2016. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 149-150. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7086/1/Lauro%20Simoes%20de%20Castro%20Bisnetto.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

4.5 A ética deontológica e a boa-fé processual do advogado na sustentação de tese adversa àquela amparada em precedente vinculativo

A nova dicção do Código de Processo Civil estabelece uma concepção de validade processual, centrada, principalmente, no uso dos argumentos. Por sua vez, a boa argumentação constitui instrumento relevantíssimo para a descrição e explicação dos elementos jurídicos oferecidos pelos causídicos como justificativa para respaldar as teses jurídicas. As afirmações devem ser justificadas racionalmente, constituindo incumbência do advogado o dever de levantar o problema jurídico, provocando, de efeito, a discussão, pois será no choque de opiniões que serão obtidas as soluções para o caso concreto.

Na superação de tese firmada em precedente judicial vinculante, todavia, em que as causas se sujeitarem a uma técnica de uniformização decisória, ao advogado caberá a tarefa de aferição das particularidades do caso que o tornem distinto daquele precedente judicial tomado como paradigma, fornecendo subsídios argumentativos hábeis a influir no ato decisório pela não vinculação ao precedente, ou seja, ao advogado caberá destacar os aspectos mais importantes na interpretação do precedente, que sejam aptos a respaldar a tese jurídica adotada na superação de tese adversa àquela firmada em precedente vinculativo²⁹¹.

Essas características, típicas da prática argumentativa, inserida pela era dos precedentes, criam um dever ético-profissional para o advogado de adequadamente exprimir suas razões, fundamentando-as e justificando-as dentro de um padrão, com vistas à coerência e à integridade, inclusive, deontológicas, explicando suas razões de justificação, de sorte a abranger as circunstâncias gerais e subjacentes²⁹².

Para o deslinde deste ensaio universitário *stricto sensu*, no entanto, deter-se-á à específica função da ética deontológica, que consiste em “[...] explicar, esclarecer ou investigar uma determinada realidade, elaborando os conceitos correspondentes”²⁹³. A Deontologia, a seu turno, deverá ser considerada como “[...]

²⁹¹ FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 528.

²⁹² LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 255-256.

²⁹³ DIAS, José Manoel de Barros. **Ética e educação**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 25.

o conjunto normativo de imposições que deve nortear uma qualquer atividade profissional”²⁹⁴. Em termos processuais, na utilização dos precedentes, agir em conformidade com a Ética deontológica, portanto, significa traçar uma reflexão racional que resulta, simultaneamente, de uma exigência lógica de coerência com as práticas jurídicas consolidadas no passado em uma íntima relação com a doutrina, de modo a abranger, na medida do possível, as circunstâncias gerais e implícitas do caso concreto.

A tese jurídica será formada por meio de reflexões e argumentações sistemáticas, constituída por distintas visões e perspectivas epistemológicas, em que não basta só perguntar, problematizar, pois será necessário encontrar respostas consistentes para a melhor solução do caso concreto. Em observação ao costume forense seguido pelos causídicos, na prática jurídica do *common law* anglo-saxão, Bustamante oferece pertinente comentário:

Do lado dos advogados, há também regras deontológicas específicas que tornam o debate obrigatório do ponto de vista jurídico e moral. Vigora no Reino Unido uma importante regra segundo a qual os advogados devem “citar todas autoridade [precedentes] relevantes, mesmo quando sejam contrárias ao interesse dos seus clientes”, nesses casos, o debate fica restrito à aplicabilidade dos precedentes judiciais. Estes são escrutinados com grande riqueza de detalhe, sendo frequentes a extensão por analogia ou a criação de exceções por meio da técnica do *distinguishin*, seja por meio de uma exceção direta (*direct exception*) à regra judicial invocada, seja pela via de exceções diretas (*indirect exception*) ou reclassificação dos fatos (*circumvention*).²⁹⁵

O magistrado, por sua vez, caso considere necessário, poderá lançar mão da técnica do *distinguishing*, ou entender pela superação do precedente vinculante. De tal modo, pergunta-se: – será permitido ao advogado sustentar tese adversa àquela estabelecida em precedente vinculante? Obviamente, que, de modo correlato, a resposta deverá ser afirmativa, pois, ao advogado será permitido postular tese adversa àquela assentada em precedente vinculante, desde que o faça de modo a desincumbir-se do ônus argumentativo, uma vez que a dinâmica do ordenamento jurídico é incompatível relativamente a certezas absolutas. De tal

²⁹⁴ DIAS, José Manoel de Barros. **Ética e educação**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 70.

²⁹⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 287.

sorte, portanto, a utilização dos precedentes não poderá estagnar a atividade interpretativa do Poder Judiciário.

No atual panorama jurídico, sem embargo, pode-se afirmar que na prática dos precedentes se exige do causídico uma carga argumentativa qualificada, que é denominada pela doutrina como princípio da inércia argumentativa, sendo considerada “[...] como a norma que impõe um forte ônus argumentativo àquele que litiga defendendo tese em sentido contrário a precedente”, bem como “[...] mitiga o ônus argumentativo àquele que advoga tese em consonância com o precedente”²⁹⁶, visando a desmontar a densidade normativa, o aspecto deontológico e a utilidade prática dos precedentes. Na práxis jurídica brasileira, contudo, não poderá ser admitido ao advogado o uso de meros ementários jurisprudenciais para justificação da superação de tese firmada em precedente vinculante.

O CPC/2015, ademais, em seu art. 6º²⁹⁷, instituiu o princípio da cooperação entre as partes, que significa um direcionamento à instauração de um processo argumentativo amplo, centrado no caráter policêntrico, ou seja, guiado por padrões éticos de argumentação em que as partes participam de modo efetivo e igualitário, no desiderato de buscar a melhor solução para o desfecho do caso concreto. Evidencia-se, portanto, que a velha concepção de advocacia adversarial está prestes a sucumbir, abrindo espaço para a argumentação jurídica dialógica.

Nesse contexto, de caráter policêntrico, em que a argumentação jurídica é guiada pelo princípio da cooperação, no entanto, ao advogado, não é admitido o desrespeito à boa-fé objetiva estampada no art. 5º, do CPC/2015, ao vaticinar: “[...] aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Isto é, no momento da sustentação de tese adversa àquela estabelecida em precedente vinculante, o causídico deverá demonstrar de modo satisfatório os fundamentos, apontando as semelhanças fáticas e jurídicas pertinentes, mediante um cotejo analítico entre os casos, de modo a justificar,

²⁹⁶ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 39, v. 229, p. 377-401, mar. 2014, p. 379. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Artigo-O-principio-da-inercia-argumentativa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

²⁹⁷ Art. 6º do CPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

racionalmente, os motivos de superação ou distinção, em conformidade com o corte epistemológico que faz do caso.

Por sua vez, a boa-fé processual é um elemento que, por suas convicções, se torna justificável para repensar à luz da nova sistemática argumentativa instituída pela era dos precedentes. O instituto da boa-fé, no entanto, se resume a exigir do causídico “[...] a prática do ato jurídico sempre pautado em condutas normativamente corretas e coerentes, identificadas com a ideia de lealdade e lisura”²⁹⁸. Por ser um tema complexo, de conceituação dificultosa, neste experimento se detém apenas na análise da boa-fé processual do advogado no momento do oferecimento das razões jurídicas alicerçadas no uso dos precedentes judiciais.

O CPC/2015 trata dos deveres das partes em juízo em seu art. 77, *caput*²⁹⁹, acentuando que os advogados não possuem um salvo-conduto para desobedecer ao dever de probidade. A obrigação de veracidade estabelecida no citado art. 77, I³⁰⁰, por sua vez, prescreve apenas a visão parcial da realidade, pois, embora a apresentação da veracidade possa corresponder a uma visão socialmente correta, sua exigência plena em termos processuais passaria a ser utópica, no entanto, o dever de veracidade está estritamente relacionado aos fatos narrados na tese jurídica oferecida³⁰¹.

Para o desenlace deste estudo acadêmico, não obstante, será o inciso II do referido art. 77 o mais importante, que preceitua ser incumbência do causídico “[...] não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento”. De tal modo, a nova codificação processual passa a exigir que os advogados se harmonizem a uma atitude processual submetida à lisura, coerência e integridade socialmente exigíveis.

²⁹⁸ ARAUJO, André Luiz Maluf de. A boa fé processual, conceito, deveres de veracidade colaborações e convicções. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Palhoça, SC, v. 7, n. 13, p. 39-67, 2016, p. 40. DOI: <http://dx.doi.org/10.19177/ufd.v7e13201639-67>. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/3987. Acesso em: 20 mar. 2019.

²⁹⁹ Art. 77, *caput*, do CPC: “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo”.

³⁰⁰ Art. 77, inciso I, do CPC: “expor os fatos em juízo conforme a verdade”.

³⁰¹ ARAUJO, André Luiz Maluf de. A boa fé processual, conceito, deveres de veracidade colaborações e convicções. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Palhoça, SC, v. 7, n. 13, p. 39-67, 2016, p. 44. DOI: <http://dx.doi.org/10.19177/ufd.v7e13201639-67>. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/3987. Acesso em: 20 mar. 2019.

Evidencia-se, no entanto, o fato de que os deveres anunciados pelo art. 77 do CPC/2015 são adequados à prática dos precedentes, em que uma posição eticamente correta requer do litigante que [...] introduza ao processo todos os elementos necessários para uma prolação de uma sentença justa, colaborando para pôr fim ao processo de forma correta”³⁰².

O direito processual, por sua vez, não poderá escapar às influências da boa-fé, que irá conformar a atuação das partes em qualquer relação jurídica. De tal maneira, para o causídico, na era dos precedentes, é cabível o dever de conhecimento prévio da linha principiológica a ser seguida na fundamentação da tese oferecida. A propósito, veja-se a explicação de Ataíde Jr.:

Da mesma forma, pode-se incluir no conteúdo da *inércia argumentativa* o ônus da parte de apresentar argumentação qualificada (a) para deduzir pretensão ou defesa em sentido contrário à *ratio decidendi* de precedente vinculante, sob pena de litigância de má fé (art. 17 do CPC). Ou seja, a *inércia argumentativa* intervém em favor do estado de coisas existente, que só deve ser alterado, se houver razões a favor da mudança, se houver prova da oportunidade de mudar de conduta diante de uma situação que se repete. No direito, as razões a favor da mudança funcionam de forma bastante semelhante à força resultante que pode pôr em movimento um corpo em repouso, ou altera a velocidade ou direção de um corpo em movimento.³⁰³

Note-se que a função básica obtida mediante uma aplicação principiológica dos precedentes consiste em rechaçar ações contraditórias resguardadas por uma expectativa legítima de comportamento, que podem ser resumidas pela “[...] existência de uma conduta inicial, que gera confiança legítima e que essa conduta seja contraditada pelo mesmo sujeito que a traga”³⁰⁴.

Por mais que um precedente seja considerado formalmente obrigatório, apesar disso, o dinamismo do Direito sempre fará surgir distinções inconscientes, sendo

³⁰² ARAUJO, André Luiz Maluf de. A boa fé processual, conceito, deveres de veracidade colaborações e convicções. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Palhoça, SC, v. 7, n. 13, p. 39-67, 2016, p. 47. DOI: <http://dx.doi.org/10.19177/ufd.v7e13201639-67>. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/3987. Acesso em: 20 mar. 2019.

³⁰³ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 39, v. 229, p. 377-401, mar. 2014, p. 390. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Artigo-O-principio-da-inercia-argumentativa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

³⁰⁴ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 93.

dever do advogado escrutinar o precedente, por meio de um constrangimento epistemológico racional, de modo a forçar a revisão coerente do referido entendimento, objetivando a evolução social no Direito, pois a qualidade do precedente depende de constante atualização interpretativa.

Não obstante, o bom advogado será aquele que melhor compreender e atuar em conformidade com os valores protegidos pelo ordenamento jurídico. A propósito, eis as palavras de Neves:

A palavra é a principal ferramenta do advogado. Mas a verdadeira força da palavra reside no seu conteúdo, na sua natureza constitutiva. “Direito” – *jus* – tem a mesma origem de “justiça”. Se o Direito se afasta da Justiça, perde sua essência. Se o aplicador do Direito é, como registra o *Digesto*, um sacerdote que deve manter a vigilância na arte do bom e do justo. Seu destino, portanto, é liderar as revoluções – as grandes e as pequenas – quando chamado pela sociedade. E, para tanto, o advogado deve educar-se. Procurar uma educação esmerada, a fim de absorver, pela cultura, a essência da humanidade e dos valores que o Direito visa a proteger. Afinal, o Direito sem valores é como uma arma sem mira. O mais profundo conhecimento jurídico, detido por quem não tem ética, é como óculos nas mãos de um cego.³⁰⁵

Com efeito, o advogado precisará ter em mente a noção de que as ideias de coerência e integridade insculpidas pelo CPC correspondem à chave de leitura³⁰⁶ necessária para que seja possível extrair dos precedentes judiciais um campo de sentido capaz de irradiar seus efeitos para casos similares subsequentes, mediante um novo horizonte interpretativo que se funde com um campo de possibilidades conformadas aos fundamentos fáticos e jurídicos subjacentes ao caso, delimitando, assim, a atuação interpretativa do julgador no momento de formatar a decisão judicial.

³⁰⁵ NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018, p. 294-295.

³⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, v. 3, p. 123.

5 CONCLUSÃO

O grande problema na utilização dos precedentes pelos advogados brasileiros está em acoplar a interpretação do Direito a meros verbetes jurisprudenciais, manuseando a legislação e acostumando-se a realizar uma interpretação jurídica com sentidos previamente elaborados, transformando o problema da aplicação em uma tarefa dedutiva, típica do positivismo exegético. Portanto, a arte da advocacia, sob um ponto de vista hermenêutico, ainda se encontra sob o domínio do método subsuntivo, representante de uma dogmática jurídica acostumada a lidar com muitos conceitos jurídicos pré-elaborados.

Neste ponto, o CPC/2015 surge como consolidador de reformas instituídas na intenção de proporcionar uma teoria da decisão judicial efetivamente democrática, onde o advogado surge como protagonista na formatação da decisão judicial. Na formação do precedente judicial, portanto, será o advogado o responsável por oferecer os primeiros elementos capazes de influir no acerto decisório, por meio da tese jurídica. Do causídico, então, será exigida profunda atenção às razões para sustentação da tese oferecida. A advocacia contemporânea, assim, reivindica uma mudança de atitude interpretativa do Direito, em que a interpretação pragmática adquire força, libertando-se das velhas concepções dogmáticas axiológicas.

O CPC/2015 estabelece uma concepção de validade processual, centrada, principalmente, no uso dos argumentos, onde coerência e integridade surgem como o ponto de convergência que deve coordenar o sistema de precedentes judiciais. Por sua vez, a boa argumentação constitui instrumento relevantíssimo para a descrição e explicação dos elementos jurídicos oferecidos pelos causídicos como justificativa para respaldar as teses jurídicas. Estas são formadas por meio de reflexões e argumentações sistemáticas, constituídas por distintas visões e perspectivas epistemológicas, em que não basta só perguntar e problematizar, pois é necessário encontrar respostas consistentes para a melhor solução do caso concreto.

No concerto processual, a lógica argumentativa se arvora na solidez das argumentações oferecidas pelos advogados, na firmeza do suporte que lhe ofertam,

na escolha do precedente que concedem na defesa da tese jurídica. Uma boa tese, solidamente constituída, bem fundamentada e em consonância com integridade e coerência sistêmicas, resistirá à crítica e será causa que corresponde ao padrão exigido, apta a superar o subjetivismo judicial por intermédio do constrangimento epistemológico, que, conseqüentemente, haverá de obter êxito na demanda judicial.

A advocacia não poderá sucumbir à modernidade que se impõe mediante o sacrifício de direitos constitucionais. O bom advogado não poderá se acomodar na apatia e na inércia, na conveniência de utilizar meros verbetes jurisprudenciais para respaldar teses jurídicas, como se fossem detentores da completa racionalidade, para, simploriamente, solucionarem os casos jurídicos. A advocacia contemporânea se tornou ocupação para os destemidos, que cumprirão a sua missão superando as vetustas concepções dogmáticas em que o Direito encontra dificuldade de se emancipar.

Ex positis, chegou-se à conclusão de que o advogado contemporâneo se tornará o agente construtor e, com base em uma interpretação jurídica delineada à luz da unidade fático-jurídica e por meio do corte epistemológico que faz do caso, será capaz de revelar semelhanças e diferenças entre situações análogas, evidenciando, inclusive, as necessidades de evolução do Direito. Portanto, na era dos precedentes judiciais, o advogado será o protagonista que traçará os delineamentos racionais capazes de influir no acerto decisório, por intermédio de uma argumentação jurídica coerente, íntegra e coesa.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ABBOUD, Georges. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante**: alcance e limites do efeito vinculante e *erga omnes* na jurisdição constitucional. Orientador: Nelson Nery Junior. 2009. 309 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8753/1/Georges%20Abboud.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

ALEXANDER, Larry A.; SHERWIN, Emily. Judges as Rulemakers. **University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, San Diego, n. 15 p. 1-35, 2004. Disponível em: https://digital.sandiego.edu/lwps_public/art15. Acesso em: 20 mar. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Lady, 2005.

ARAUJO, André Luiz Maluf de. A boa fé processual, conceito, deveres de veracidade colaborações e convicções. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Palhoça, SC, v. 7, n. 13, p. 39-67, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.19177/ufd.v7e13201639-67>. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/3987. Acesso em: 20 mar. 2019.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 39, v. 229, p. 377-401, mar. 2014. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Artigo-O-principio-da-inercia-argumentativa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCPC. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 695-722.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico lições de filosofia do direito**. Tradução de Marcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BORNELI, Júnior. 1406. Esse é o número de faculdades de Direito no Brasil. **StartSe**, São Paulo, 25 mar. 2019. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/mercado/62518/1406-esse-e-o-numero-de-faculdades-de-direito-no-brasil-law-tech>. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 275-300.

CASTRO BISNETTO, Lauro Simões de. **O precedente no common law e os provimentos vinculantes brasileiros**: distinções entre o que se mostra e o que parece ser. Orientador: Nelson Nery Junior. 2016. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7086/1/Lauro%20Simoes%20de%20Castro%20Bisnetto.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CORBYN, Zoë. Hungry judges dispense rough justice. **Nature News**, [s. l.], 11 abr. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.1038/news.2011.227>. Disponível em: <http://www.nature.com/news/2011/110411/full/news.2011.227.html>. Acesso em: 28 mar. 2019.

COSTA, Eder Dion de Paula. Considerações sobre o sistema jurídico. **Revista da Faculdade de Direito do Estado do Paraná**, Curitiba, v. 37, p. 79-93, 2002. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v37i0.1772>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1772>. Acesso em: 28 mar. 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Os tribunais superiores são órgãos transcendentais? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 dez. 2016. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-dez-03/eduardo-costa-tribunaissuperiores-sao-orgaos-transcendentais. Acesso em: 12 mar. 2019.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do Estado democrático de direito. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 24-41, jan./dez. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v10i14.p24-41.2012>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/804>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; WYKROTA, Leonardo Martins. Nos corredores do direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. v. 1, p. 1-51.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **PNAS**, Washington, DC, v. 108, n. 17, p. 6889-6892, 2011. DOI: <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/108/17/6889>. Acesso em: 28 mar. 2019.

DEMO, Pedro. **O bom docente**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

DIAS, José Manoel de Barros. **Ética e educação**. Curitiba: Juruá, 2013.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *In*: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 383-397.

DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FARENZENA, Suélen. A busca por uma decisão judicial constitucionalmente adequada e a necessidade de subjugação da jurisprudência dos valores aviltadora dos (pré)compromissos. **Nomos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 32, n. 1, p. 141-176, 2012. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/378>. Acesso em: 28 mar. 2019.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; CADEMARTONI, Luiz Henrique Urquhart; LIMA, Renata Albuquerque. Nova hermenêutica constitucional e a aplicação dos princípios interpretativos à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: em busca de limites para a atividade jurisdicional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 22, n. 1, p. 218-260, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v22n1.p218-260>. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10647>. Acesso em: 28 mar. 2019.

FINNIS, John. Philosophy of law: Introduction. **University of Oxford Legal Research Paper Series**, Oxford, n. 30, p. 1-19, 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1850674>. Acesso em: 21 mar. 2019.

FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo código de processo civil. *In*: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 521-535.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GRECO, Rodrigo Azevedo. **Direito e entropia**. Charleston: Createspace Independent Publishing Platform, 2015.

GUERRA, Marcelo Lima. Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XIX., 2010, Fortaleza. **Anais [...]**. Fortaleza: CONPEDI, 2010. p. 7742-7759. Disponível em: <http://150.162.138.7/documents/463;jsessionid=38D5AE0A69E4F6AF19D2F1B09CE46BB3>. Acesso em: 28 mar. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HARTMANN, Ivar Alberto; CHADA, Daniel. A razão sem condições de qualidade. **SSRN**, Nova Iorque, 11 nov. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2689294>. Acesso em: 21 mar. 2019.

IDEOLOGIA pessoal define decisões de juízes, diz estudo. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jul. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-06/ideologia-pessoal-define-decisoes-juizes-estudo-ufpr>. Acesso em: 28 mar. 2019.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: JusPodivm, 2017.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 295-320, jan. 2014. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rev_direitogv/article/view/43579/42292. Acesso em: 29 mar. 2019.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LEITER, Brian. Beyond the hart/dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. **The American Journal of Jurisprudence**, Notre Dame, v. 48, n. 1, p. 17-51, 2003. DOI: <https://doi.org/10.1093/ajj/48.1.17>. Disponível em: <https://academic.oup.com/ajj/article-abstract/48/1/17/204137?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 29 mar. 2019.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências federativas na Constituição e nos precedentes do STF**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

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

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e norma: usam-se precedentes judiciais como se aplicam normas legislativas? **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 231-252, jan./dez. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v10i14.p231-252.2012>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/814>. Acesso em: 20 mar. 2019.

LOPES, André. Advogados são o próximo alvo da inteligência artificial. **Revista Veja**, [s. l.], 28 out. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/advogados-sao-o-proximo-alvo-da-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 29 mar. 2019.

LOPES, Ziel Ferreira. É preciso enfrentar as dificuldades no debate jurídico. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-24/diario-classe-preciso-enfrentar-dificuldades-debate-juridico>. Acesso em: 22 mar. 2019.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MARCON, Denise Teresinha Almeida; MARCON, Gabriela Almeida. Reflexões sobre o ensino jurídico no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3027, 15 out. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20258>. Acesso em: 6 mar. 2019.

MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo**: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual. Curitiba: Juruá, 2015.

MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 49-64, ago. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5307>. Disponível em: <https://www.publiacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5307>. Acesso em: 29 mar. 2019.

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

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 587-624, jul. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23926/22684>. Acesso em: 29 mar. 2019.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 1º fev. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita**: repensar a reformar, reformar o pensamento. Tradução de Eloá Jacobina. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 85-111.

NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Revista Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/235/216>. Acesso em: 29 mar. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do direito. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 41-67.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **OAB Recomenda**: instrumento em defesa da educação jurídica brasileira. 6. ed. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/oabrecomendasextaedicao.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2019.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006.

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

ROSA, Alexandre Morais da. Entender como funciona o jogo processual será decisivo. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 mar. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mar-31/limite-penal-entendercomo-funciona-jogo-processual-decisivo#_ftnref5. Acesso em: 12 mar. 2019.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**: em 38 estratégias: dialética erística. Introdução, notas e comentários de Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. *In*: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. 2. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2015. p. 9-24.

STIGERT, Bruno. Racionalidade de quem? Por uma teoria da interpretação honesta e adequada. **Revista Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, v. 2, n. 11, p. 1-24, 2009. Disponível em: http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/11/11_2_bruno1.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 nov. 2011a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>. Acesso em: 22 mar. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o *common law*! **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 set. 2013b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em: 12 mar. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. *In*: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 395-434.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. v. 1.

STRECK, Lenio Luiz. O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido>. Acesso em: 12 mar. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 out. 2013c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>. Acesso em: 11 mar. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. v. 3.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2009.12.07>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>. Acesso em: 20 mar. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do Direito. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i20.p160-179.2017>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniojuridica/article/view/1400>. Acesso em: 20 mar. 2019.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução de Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, p. 1-15, 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2019.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TRINDADE, André Karam. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 15-40.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.