

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Simone Letícia Severo e Sousa, Pedro Augusto Gravatá Nicoli – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-130-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

No volume ora apresentado, os artigos produzidos para o Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido em Belo Horizonte em novembro de 2015, constituem um testemunho histórico do atual momento do processo e da jurisdição no Brasil e em escala global. Seja como técnica, campo do saber jurídico, zona de vivências e arena para o entrecruzamento de demandas sociais das mais variadas ordens, o processo foi problematizado à luz de uma premissa que emerge do conjunto dos textos: a ideia de acesso efetivo à justiça. Tal acesso, aqui, é tomado de forma materializada, em seu sentido substancial, reconectando a dimensão jurídico-processual com seus fins últimos e com os caminhos (e descaminhos) de seu alcance. Como instrumento de realização de direitos e garantias fundamentais, resulta da leitura dos textos uma reinvenção necessária dos sentidos últimos do processo.

Para tanto, a dimensão principiológica do processo é compreendida como repositório dos valores mais caros à realização da justiça, não apenas como idealidade, mas como concretude no e pelo processo. A ocasião da edição do novo Código de Processo Civil brasileiro torna ainda mais oportuno o momento reflexivo e convida a situar o processo numa crise estabelecida na função jurisdicional. O alto índice de litigiosidade, o congestionamento processual e os entraves materiais e formais a uma prestação de mérito e exequível tornam tal retomada de fundamentos uma necessidade premente. E, diante dessas condições, a criatividade das análises produzidas sinaliza possíveis rotas de avanços.

É o caso do conjunto de reflexões em torno da ideia de cooperação processual. Concebida como medida de racionalização sistêmica do processo (e não como quimera a sublimar os conflitos e desconsiderar a posicionalidade das partes), a cooperação desenha seus conteúdos concretos, em deveres das partes, de seus representantes e do juiz. O imperativo constitucional da razoável duração do processo, consectário processual da ideia de justiça em si, torna as análises das formas jurídicas de cooperação, mais uma vez, uma necessidade. Talvez se desenhe ali um efetivo princípio jurídico, a contar das proposições de alguns dos trabalhos deste volume, em reconhecimento a uma densidade normativa própria, um dever de cooperar. O caráter adversarial do processo, contudo, não é pura e simplesmente mascarado, mas se faz acompanhar de um dever de lealdade processual que se engaje, em suas dimensões sistêmicas, com a própria realização da justiça.

É o mesmo cenário a alimentar a rica reflexão em torno das demandas repetitivas, da coletivização do processo e da expansão das possibilidades de precedentes judiciais. Aqui, a jurisdição é instada a um exercício de autoanálise que exponha cruamente as arestas da idealização de um livre convencimento motivado em isolamento, como espaço mítico de redenção jurídico-processual. A percepção de que as decisões judiciais interagem de maneira permanente e dão corpo à jurisdição como exercício, invariavelmente supera a imagem de um julgador isolado na prática de função meramente técnica.

A figura do juiz, aliás, merece espaço destacado nos textos produzidos. Submetida ao conjunto das análises constitucionais e políticas que as últimas décadas legaram, a função jurisdicional é posicionada de maneira crítica nas matrizes do Estado Democrático de Direito. Poderes e prerrogativas na condução do processo são recolocados em interação com seus sentidos materiais. As complexidades de um itinerário simplificador que move o juiz de um autômato técnico a um ativista processual são desnudadas, instando o processo a compreender melhor a posição de um de seus atores determinantes. E compreendê-la de forma mais democrática, sensível a impactos sistêmicos, ciente de limitações e propositiva.

O quadro se completa com análises concretas de momentos processuais chave. A execução e o alcance patrimonial ganham uma centralidade na reflexão que se compatibiliza com a importância concreta que têm.

A conclusão, em resumo, não poderia ser outra. O vigor do processualismo brasileiro mesmo diante de um quadro aterrador de crise na entrega da prestação jurisdicional (ou até mesmo por ele) se renova. O conjunto dos artigos aqui apresentados é prova da necessidade de difusão do engajamento da reflexão jurídico processual para que, como propôs Amartya Sen, se possam remover injustiças concretas e diárias. Para que se chegue a um processo que contribua para a superação dos privilégios, da desigualdade, que se compreenda criticamente e se alimente, quase que de maneira obcecada, sua razão de ser: o acesso material, integralizado, maximizado à justiça.

Coordenadores do GT:

Prof. Dr. Pedro Augusto Gravatá Nicoli

Professor Adjunto da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFMG. Concluiu Pós-Doutorado (2015) junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com bolsa

CAPES/PNPD. Esteve em temporada de pesquisas junto ao Collège de France, como parte de um programa de Doutorado-Sanduiche no Exterior, com bolsa da CAPES. Foi pesquisador visitante na Organização Internacional do Trabalho, no Instituto de Estudos Avançados de Nantes e na Universidade de Estrasburgo.

Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Pós-Doutora em Direito pela UFSC; Doutora em Direito pela UFPR; Advogada e Professora Universitária; Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande RS; Professora da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público POA-RS.

Profa. Dra. Simone Letícia Severo e Sousa

Possui graduação em Letras pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (1997), graduação em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (2000). Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil (2001). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca (2003). Foi professora no curso de Direito FADIPA-UNIPAM (2001-2008). Doutora em Direito Público. Foi professora substituta do curso de Direito da UFMG (2008). Atualmente é coordenadora do curso de Direito da Unifenas/BH Universidade José do Rosário Vellano. Coordenadora do Curso de pós-graduação (lato sensu) Novas tendências do Direito Civil e do Direito Processual Civil (Unifenas BH).

A DIFÍCIL TAREFA DE INTERPRETAR O PRECEDENTE NO BRASIL
THE HARD TASK OF INTERPRET A JUDICIAL PRECEDENT IN BRAZIL

Bruna Medeiros Valente de Lima

Resumo

A interpretação do precedente judicial é um tema complexo que suscita dúvidas e controvérsias, necessitando, assim, ser analisado e debatido a fim de que sua aplicação busque alcançar a uniformidade e segurança jurídica. Em tese, a defesa do presente artigo é no sentido da impossibilidade de interpretação única do precedente, apesar da existência de métodos e princípios que orientam o intérprete, o que dificulta a utilização deste como fonte vinculante jurisprudencial, por seu caráter aberto, pela complexidade na construção da *ratio decidendi*, fundamento principal do precedente, que serve como modelo para as decisões posteriores análogas e, pelo abismo gnoseológico e, ainda, pela pré-compreensão existente e inerente à atividade interpretativa.

Palavras-chave: Precedente, Interpretação, *Ratio decidendi*

Abstract/Resumen/Résumé

The judicial precedent interpretation is a complex subject which brings doubts and controversies, requiring being analyzed e debated in way to reach uniformity and juridical security. The theory of this article is based on the impossibility of a single precedent interpretation, despite the existence of methods and principles that guide the interpretative activity, what make harder the status of binding judicial precedent , for it´s open character, for it´s complexity on the *ratio decidendi* construction, which is the main fundament of a precedent, used as a model to future similar cases, for it´s gnoseological abyss e, at least, for it´s inherent pre-understanding.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedent, Interpretation, *Ratio decidendi*

INTRODUÇÃO

A interpretação, seja formal ou informal, sempre suscita controvérsias. Quem nunca se envolveu em uma discussão por uma interpretação equivocada na fala de alguém? Assim também ocorre no direito, com a agravante de não ser possível a resolução do mal entendido de forma simples e prática, haja vista, dentre outros, a formalidade normativa, que exige uma interpretação, em regra, linear.

Tal dificuldade tem início pelo abismo gnoseológico, pela incompatibilidade recíproca entre o evento, a ideia e a expressão linguística, isto é, tem-se pacificado a existência de uma distância entre o evento ocorrido, a ideia de tal evento e, ainda, o discurso sobre o que ocorreu, corroborando no sentido da dificuldade de colocação em palavras de determinado fato ou norma, sendo, portanto, ainda mais árdua a missão de interpretá-los, devendo o ser humano, conforme Adeodato, “construir pontes (entre tais abismos), estabelecer sentidos linguísticos generalizantes diante de casos concretos únicos”.¹

É sobre tal tema que o presente artigo ousa analisar, aplicando a dificuldade de interpretação na seara dos precedentes judiciais vinculantes, que vem ganhando importância considerável no cenário jurídico brasileiro, inclusive por ter um capítulo exclusivo no novo código de processo civil.

Entende-se que, ainda que se utilize métodos para a construção da *ratio decidendi*, com o escopo de unificar entendimentos e pacificar a interpretação, o precedente é um instrumento frágil para ser utilizado como fonte vinculante, pois ele, dentre outros motivos, é de fácil modificação, na medida em que a Suprema Corte tem a possibilidade de realizar o *overruling*, a fim de alterar o entendimento acerca de determinado tema, como o magistrado pode efetuar o *distinguishing*, alegando que o caso em questão não se adequa ao precedente-modelo.

Além do que, o uso do precedente, teoricamente, retira a capacidade criativa dos magistrados de primeira instância, que terão que seguir, obrigatoriamente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, surge a necessidade de avaliação e discussão acerca do tema proposto, pela sua relevância, que traz consigo grandes polêmicas e opiniões divergentes a respeito da sua aplicação.

¹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 221.

No presente artigo, utilizar-se-á primordialmente da pesquisa bibliográfica (livros, teses, artigos, dissertações, entre outros), a fim de descobrir e avaliar tais opiniões complementares e divergentes, junto à observância da legislação nacional e alienígena no que se refere ao tema, por óbvio.

1. Aspectos importantes sobre a interpretação

1.1. O que é interpretar?

Não é mérito moderno a polêmica que circunda a interpretação entre os estudiosos. Dizia Platão que “deviam ainda aplicar a justiça com moderação sobre aqueles que são regidos por eles e que por natureza são seus amigos, e de tratar com aspereza os inimigos a defrontar no campo de batalha”.²

Isto é, Platão filosofava acerca da possibilidade de se interpretar determinada lei de forma a beneficiar alguém que lhe seja próximo e seguir o caminho contrário com quem não se tenha afinidade.

Também corroborou para o sentido controverso do termo o desconhecimento das técnicas interpretativas na antiguidade, quando intérprete eram os oráculos, magos e sacerdotes, o que acarretava na convicção de que somente tais figuras eram aptas a extrair um significado pré-existente das coisas.³

Hoje a questão continua suscitando intensas discussões. Richard Rorty se posiciona afirmando que:

A noção de que há algo sobre o que um determinado texto *realmente* é, algo que a aplicação rigorosa de um método irá revelar, é tão errada quanto a ideia aristotélica de que há algo que uma substância é realmente, intrinsecamente, em contraposição ao que ela é apenas aparentemente, acidentalmente ou relacionalmente.⁴

Ou seja, para o autor pragmatista, a ambição de pensar ser um “decifrador de códigos⁵” é uma ideia inalcançável, um desperdício, não sendo possível concluir que algum método é capaz de descobrir a essência verdadeira de um texto.

Depreende-se, portanto, que desde a sua origem até o os dias atuais a interpretação causa árdus debates, buscando alguns autores uma maneira de organizar os caminhos interpretativos a fim de uniformizar os entendimentos, ao passo que outros afirmam ser isso impossível.

Em que pese na prática vê-se a possibilidade de indefinições e desalinhos na construção interpretativa, é exequível a definição conceitual de interpretação. Assim, Carlos

² PLATÃO. **Timeu-Crítias**. Tradução: Rodolfo Lopes. Coimbra: Editora Cech, 2011, p. 73.

³ SILVA, Beclate Oliveira. **A Garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 54.

⁴ RORTY, Richard. **Interpretação e Superinterpretação**. Tradução: MF. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 121.

⁵ RORTY, Richard. **Interpretação e Superinterpretação**. Tradução: MF. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 109.

Maximiliano aduz que interpretar é explicar o sentido verdadeiro de uma expressão, é extrair de frases, sentenças ou normas tudo o que nelas contém.⁶

A fim de delimitar o tema, analisar-se-á somente os aspectos da interpretação jurídica que, segundo Barroso “consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos, notadamente para o fim de solucionar problemas”.⁷

Ainda acerca do conceito de interpretação jurídica, importante se faz citar Kelsen, que faz uma ligação entre a interpretação jurídica e a moldura de um quadro, explicando que essa interpretação deve se ater às molduras desse quadro, ou seja, não pode ultrapassar os limites da razoabilidade do texto. Ele afirma que “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem”.⁸

No que se refere à clareza da norma, Perelman explica que a tradicional ideia de que *clara non sunt interpretanda*, ou melhor, o que é claro não deve ser interpretado, é uma concepção defeituosa, na medida em que tal clareza só pode ser observada após a interpretação normativa, agregando em sua tese o ponto de vista de Locke, quando afirma que tal pretensa clareza ocorre apenas pela falta de imaginação que limita as inúmeras situações de ambigüidade ou obscuridade de determinada norma.⁹ Isto é, somente é possível determinar a clareza ou obscuridade de um texto após interpretá-lo.

Ainda no que se refere à pretensa clareza normativa, Perelman continua explicando que:

Daí resulta que um texto é claro enquanto todas as interpretações que dele se poderiam tirar conduzem à mesma solução. Mas vê-se, de imediato, que um texto claro em grande número de situações pode deixar de sê-lo em circunstâncias que saem do comum [...] Toda vez que o sentido claro de um texto contradiz a finalidade da instituição, à qual se supõe que ele serve, ou colide com a equidade, ou conduz a conseqüências socialmente inadmissíveis, procurar-se-á interpretá-lo.¹⁰

Além do embaraço perceptível na ideia de clareza normativa presente na atividade de interpretação, é imprescindível considerar o intérprete no processo de interpretação, haja vista este ter essencialmente uma pré-compreensão acerca do tema objeto de interpretação, o que

⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 7.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 292.

⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 390.

⁹ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 547.

¹⁰ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 623.

influenciará no resultado interpretativo, ao passo que levará para o processo seus preconceitos, cultura, criação, valores, enfim. Assim afirma Heidegger:

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições. (...) Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já "põe", ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.¹¹

Também Adeodato analisa o tema, afirmando que “ao decidir, o Judiciário lança mão de critérios, fornecidos não apenas pelas fontes do direito, mas também pelas inclinações pessoais de cada juiz”,¹² ratificando a ideia de que o intérprete influi involuntariamente no processo interpretativo, de acordo com sua pré-compreensão acerca do tema debatido.

Deduz-se, portanto, que interpretar é construir significados, tendo como referência um texto e levando em consideração o intérprete. Porém, como construir esses significados? Para tanto, métodos interpretativos foram desenvolvidos, a fim de orientar o intérprete e garantir o mínimo de objetividade na interpretação.

1.2. Métodos clássicos de interpretação jurídica

Importante destacar que, para o presente artigo, explorar-se-á os métodos clássicos de interpretação, também conhecido como métodos jurídicos ou hermenêutico-clássicos, que utiliza os elementos tradicionais da hermenêutica na tarefa interpretativa, quais sejam, o gramatical, sistemático, histórico e teleológico, haja vista a vastidão do tema “interpretação jurídica”, que compreende diversos métodos, como tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, normativo-estruturante e científico-espiritual, que, pelas suas particularidades e nuances histórico-jurídicas, demandam a feitura de estudo exclusivo voltado a cada um.

Diversas críticas são dirigidas aos métodos, como, por exemplo, a que se refere à nomenclatura. Barroso defende não se estar diante de métodos, e sim elementos interpretativos¹³, na medida em que são sempre considerados, podendo receber um peso diferenciado, de acordo com o caso concreto, não se tratando, portanto, de métodos alternativos e hierarquizados.

¹¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 207.

¹² ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 311.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 313.

Porém, realizando-se uma pesquisa doutrinária, percebe-se que a crítica reiterada é no sentido de a utilização dos métodos/elementos interpretativos não serem suficientes para um resultado único possível no processo interpretativo.

Sobre a discussão, Kelsen defende que todos os métodos conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado único correto, sendo objetivo principal dos métodos apenas reduzir a subjetividade do intérprete, possibilitar seu autocontrole e direcionar seu agir para caminhos previsíveis.¹⁴

Isto é, apesar de não serem suficientes para o alcance de um resultado único possível, os métodos são imprescindíveis para o controle da decisão, ao passo que a fundamentação do intérprete vincula a sua conclusão interpretativa, reduzindo, assim, a subjetividade no processo interpretativo.

Corroborando nesse sentido, Andreas Krell afirma que os métodos funcionam como instrumentos de vinculação entre o intérprete e o texto, o que possibilita o controle decisional, explicando, ainda, que, apesar de não autossuficientes a ponto de possibilitarem um resultado único e verdadeiro, ajudam a estruturar e organizar o processo interpretativo¹⁵. Isto é, apesar de não serem absolutos, os métodos auxiliam no controle de decisões arbitrárias e sistematizam a interpretação jurídica. São eles:

a) Gramatical

Barroso explica que a interpretação gramatical se traduz na identificação das possibilidades semânticas das palavras¹⁶, sendo ela, portanto, uma espécie de limite à interpretações desarrazoadas.

Andreas Krell afirma que “para identificar o sentido da palavra, o intérprete se valerá se sua intuição linguística, adquirida como integrante de uma sociedade em que se pratica um idioma”,¹⁷ demonstrando que, por meio do método gramatical, o intérprete involuntariamente conclui pelo sentido da palavra, de acordo com seu conhecimento linguístico.

Depreende-se, portanto, que a utilização de tal método parte da premissa de que a ordem das palavras e seu sentido literal são imprescindíveis para a compreensão do significado normativo.

¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 392.

¹⁵ KRELL, Andreas J.. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV** 19. São Paulo: ,p. 303.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 314.

¹⁷ KRELL, Andreas J.. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**. São Paulo: ,p. 303.

b) Sistemático

O método sistemático analisa a norma como parte integrante de um sistema jurídico harmônico, com o fito de concluir por uma interpretação integrativa que evite colisão de essências normativas presentes no ordenamento.

Andreas Krell, sobre tal elemento, chama a atenção para o fato de que a afirmação que determinada norma se encontra “de acordo com o sistema” é apenas uma proposição, devendo ser devidamente fundamentada.¹⁸

Isto é, tal método funciona como elemento complementar de interpretação, não servindo a alegação de que determinado resultado interpretativo está conforme o ordenamento como fundamento isolado.

c) Histórico

Barroso explica que tal elemento é utilizado de forma subsidiária, por seu caráter subjetivo, na medida em que leva em consideração a intenção do legislador, em conjunto com o objetivo almejado pela norma, no momento histórico de sua edição.¹⁹

Isto é, por meio do método histórico é possível comparar o momento jurídico-social em que determinada norma foi editada, a fim de analisar se tal disposição continua fazendo sentido no momento presente, isto é, estuda-se o projeto de lei, sua justificativa, o contexto em que a norma foi elaborada, com o objetivo de investigar sua aplicabilidade hodierna, como exemplo da revogação do conceito de mulher honesta, reproduzido pelo Código Civil de 1916, época em que fazia sentido tal distinção, não havendo mais cabimento tal definição nos dias atuais.

d) Teleológico

Barroso explica que tal método tem como escopo interpretar as normas baseado nos fins superiores aspirados pelo ordenamento, dentre os quais é possível citar a justiça, segurança jurídica e dignidade da pessoa humana.²⁰

Isto é, interpreta-se a norma caminhando para o sentido que melhor alcance os fins almejados por ela e os fins superiores almejados pelo ordenamento.

¹⁸ KRELL, Andreas J.. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**. São Paulo: ,p. 305.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 316.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto in Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 91.

1.3.Princípios interpretativos

A fim de facilitar a interpretação, a doutrina estabeleceu alguns princípios, que, segundo Barroso “constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas, que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta”.²¹

Observa-se que existe uma diferenciação doutrinária entre a interpretação infraconstitucional e a interpretação constitucional, isso porque, em suma, a Constituição está em patamar diferenciado, devendo, portanto, ser interpretada de acordo com as particularidades que a singularizam no universo da interpretação jurídica.

Sobre tal teoria, Virgílio Afonso, ao analisar os métodos de interpretação constitucional, afirma que “a tese aqui defendida – a de que os difundidos ‘princípios de interpretação constitucional’ não desempenham papel relevante na interpretação constitucional – [...] alguns deles em nada se diferenciam dos cânones tradicionais de interpretação”.²²

Isto é, o autor conclui que os princípios de interpretação constitucional em muito se parecem com os cânones de interpretação clássicos, que se aplicam ao ordenamento de forma geral, afirmando, ainda, que, em alguns casos, tais princípios são conflitantes e não harmônicos, ao contrário do que tradicionalmente se defende e que têm “pouca importância prática na interpretação constitucional”.²³

Portanto, analisar-se-á alguns dos tais princípios, sem distinção de serem eles de interpretação constitucional ou infraconstitucional, com as devidas ressalvas feitas pelo mencionado autor no que couber.

a) Interpretação conforme a Constituição

Barroso, ao explicar sobre o tal princípio, afirma que possui o escopo fundamental de construir sentidos que concordem com os anseios maiores da Carta Magna:

O princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição.²⁴

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 322.

²² SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Teoria & direito público: Interpretação constitucional**. São Paulo: 2007, p. 121.

²³ SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Teoria & direito público: Interpretação constitucional**. São Paulo: 2007, p. 121.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 324.

De outro turno, interessante a observação de Virgílio Afonso acerca desse princípio quando afirma:

É um fato curioso que essa forma de interpretação seja incluída entre os chamados princípios de interpretação constitucional, visto que é fácil perceber que quando se fala em interpretação conforme a constituição não se está falando de interpretação constitucional, pois não é a constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as leis infraconstitucionais.²⁵

Logo, não faz sentido tal princípio ser parte integrante da interpretação constitucional, por se estar referindo às normas infraconstitucionais quando se fala em interpretação conforme a constituição.

b) Unidade da Constituição

Sobre a unidade da constituição, Barroso aduz que este “impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas”²⁶, levando em consideração o sistema como um todo único, reduzindo as interpretações normativas divergentes.

Conforme atenta Virgílio Afonso, tal princípio em nada difere do método sistemático de interpretação²⁷, que demanda uma interpretação levando-se em consideração o ordenamento como uma grande unidade.

c) Máxima Efetividade

Barroso explica que tal princípio contempla o favorecimento da interpretação normativa de forma a aproximar o dever-ser com o ser da realidade social, ou melhor, entre interpretações discrepantes, o intérprete deve escolher aquela que melhor corresponda à realidade social, quando diz:

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.²⁸

Sobre o tema, Virgílio Afonso faz a ressalva no que se refere a tal princípio, afirmando que sua essência faz parte do conceito do princípio da força normativa, sendo esse um problema crasso no desenvolvimento dos princípios interpretativos, quando diz:

²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Teoria & direito público: Interpretação constitucional**. São Paulo: 2007, p. 133.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 326.

²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Teoria & direito público: Interpretação constitucional**. São Paulo: 2007, p. 127.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 329.

Muitos dos princípios se assemelham de tal forma que fica difícil perceber a *differentia specifica* de cada um deles – isto é a característica que os distinguiria dos outros princípios e que justificaria sua existência como princípios autônomos.²⁹

Infere-se, desta forma, que alguns princípios não existem razões em ser independentes, considerando que seus fundamentos medulares são idênticos.

1.4. Os conceitos jurídicos indeterminados: mais um inconveniente interpretativo?

Além da concepção de que a clareza da norma é relativa e de que a interpretação depende da pré-compreensão do intérprete, ainda deve ser considerado a vastidão de conceitos jurídicos indeterminados, que dificulta ainda mais a atividade interpretativa, conforme Barroso expõe:

Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído.³⁰

Isto é, com a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados, há um aumento considerável de subjetividade na atividade interpretativa, que, porém, não pode ser considerado ilimitado, pela possibilidade de controle na fundamentação.

Krell, ao tratar sobre o tema, faz referência à teoria dos degraus de Kelsen, que reconhece conteúdo autônomo e não previamente fixado das normas, necessitando, assim, de criação jurídica, quando aduz que :

Essa teoria já reconhecia que toda concretização de normas jurídicas gerais e abstratas no caso específico não constitui uma operação matemática e que a regra individual não está prefixada plenamente pela lei.³¹

Destarte, resta inequívoca a impossibilidade de interpretação única, devendo a discricionariedade ser reconhecida como parte inerente e trivial da atividade interpretativa. Ratificando tal ideia, Andreas Krell se pronuncia, afirmando que:

Parece mais coerente, portanto ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados bem como a concessão de discricionariedade como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídica, carecedoras de complementação.³²

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Teoria & direito público: Interpretação constitucional**. São Paulo: 2007, p. 131.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 336.

³¹ KRELL Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 43.

³² KRELL Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 48.

Deduz-se, desta forma, que a tarefa interpretativa não é de fácil execução, quando minuciosamente analisada, merecendo especial atenção para suas nuances e querelas. Não obstante, realizada uma explanação acerca do tema, passar-se-á a abordar o tema próprio dos precedentes judiciais.

2. Explicação sobre o precedente

2.1. Mas, o que é um precedente judicial?

Consoante Jaldemiro Ataíde “o precedente constitui-se numa decisão judicial, considerada em relação de anterioridade a outras, cujo núcleo essencial, extraível por indução, tende a servir como premissa para julgamentos posteriores de casos análogos”.³³

Isto é, uma decisão judicial cujo fundamento principal servirá de referência para casos posteriores semelhantes, fundamento este denominado *ratio decidendi* da decisão.

A *ratio decidendi*, portanto, é a essência da decisão, a parte sem a qual o veredito não teria sido julgado da forma que o foi. Conforme Didier:

A *ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos, a holding – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto [...]. Ela é composta: (i) da indicação dos fatos relevantes da causa, (ii) do raciocínio lógico-jurídico da decisão e (iii) do juízo decisório.³⁴

Diverso é o conceito de *obiter dictum*, sendo este a parte acessória, não tendo, assim, conteúdo suficiente para determinar o âmago da decisão. Tal conceito é formulado de forma negativa, ou seja, o que não é a *ratio decidendi* de uma decisão é *obiter dictum*. Assim afirma Ataíde:

Obiter dicta constituem-se nas proposições constantes da decisão que não são necessárias ao resultado do caso ou da questão, geralmente, são relativas às alegações que nenhuma das partes arguiu; às declarações sobre fatos hipotéticos, bem como às questões que o julgado não está realmente decidindo.³⁵

Porém, para além do desígnio descritivo fundamental do precedente, realizando-se uma análise de conteúdo e esmiuçando suas peculiaridades, depreende-se que ele pode ser classificado em: a) persuasivo, b) relativamente obrigatório e, c) obrigatório ou vinculante.

³³ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 69.

³⁴ DIDIER JR., Fredie, Paula Sarno e Rafael Oliveira. **Curso de Direito processual civil**. V. II. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 385.

³⁵ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 48.

O precedente persuasivo é aquele de aplicação não obrigatória, em que o magistrado o segue por estar convencido de sua correção, e não porque é imposto. Já o relativamente obrigatório é impositivo, podendo ser afastado mediante fundada motivação, e, por fim, o precedente vinculante é aquele que deve ser seguido, independentemente da opinião do aplicador acerca de sua assertividade.³⁶

2.2. O precedente nos sistemas de civil law e common law

Importante destacar que os precedentes existem, independentemente de o sistema ser *civil law* ou *common law*, residindo a diferença na importância concedida de acordo com o sistema em que estão inseridos.

Michele Taruffo afirma, inclusive, que a distinção entre sistemas possui significado no passado, contudo, as características para classificar um sistema como *civil* ou *common law* foram indevidamente classificadas como essenciais. Assim aduz:

Parece oportuno limpar o campo de algumas contraposições tradicionais, que foram muito utilizadas para exprimir crenças tidas por fundamentais entre os dois tipos de ordenamentos, mas que parecem há muito superadas e incapazes de fornecer informações confiáveis.³⁷

Alega, ainda, que hoje existem inúmeros ordenamentos que teoricamente pertencem ao mesmo sistema, porém, ao serem desenvolvidos e adaptados, perderam algumas de suas características básicas, citando como exemplo os sistemas inglês e norte-americano que fazem parte do *common law*, mas possuem características próprias.³⁸

Depreende-se, assim, que eficaz seria realizar comparações de forma a identificar todas as particularidades dos sistemas, a fim de que seja possível um estudo minucioso do ordenamento em análise.

Porém, ainda assim é aceitável a referência às famílias de *civil law* e *common law*, que será, portanto, utilizada, já que tal distinção não acarretará prejuízos no presente artigo.

Quer dizer, apesar da difícil aplicação hodiernamente pelas características singulares presentes em cada sistema, a distinção macro entre *civil law* e *common law* continua sendo importante para a análise do tema de forma teórica.

³⁶ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. Dissertação (mestrado) Universidade católica de Pernambuco. Recife: 2011, p. 93-95.

³⁷ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**. Tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 14.

³⁸ TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação. **Revista de Processo**, São Paulo, 1. 35, n. 181, mar 2010, p. 169.

Por conseguinte, é possível afirmar que *civil law* é a doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo, sendo o direito natural excluído da categoria do direito. Bobbio, adepto dessa teoria, afirma, inclusive, que é redundância falar em “direito positivo”, já que, para essa doutrina, todo direito é positivo.³⁹

Importante destacar que tais doutrinas não são adotadas de forma aleatória, tendo a história e o papel do Direito na sociedade contribuído de forma essencial para o desenvolvimento dos sistemas. Tadeu Concurá explica essas influências quando diz:

A *civil law* e *common law* surgiram de circunstâncias políticas e culturais diferentes com particularidades caracterizadas por institutos e conceitos próprios. O *civil law* se baseia em dogmas da Revolução Francesa, onde a burguesia busca reduzir o poder e controlar a monarquia com o fortalecimento do legislativo e os magistrados eram aliados da monarquia, enquanto na Inglaterra este mesmo propósito a burguesia tinha os magistrados como aliados, o que motivou uma divisão do poder retirado do monarca.⁴⁰

Portanto, entende-se que o *civil law* foi desenvolvido no contexto da Revolução Francesa, quando os juízes constituíam um grupo que amparava a opressão e os privilégios da nobreza e do clero contra os membros comuns do povo.⁴¹

Isso permitia uma aplicação do Direito de forma indiscriminada, culminando na necessidade da utilização de uma estrutura tripartite, dotada de freios e contrapesos, a fim de que o Direito fosse mais transparente e confiável.

Destarte, de acordo com esse sistema, ao menos em regra, os três poderes, quais sejam legislativo, judiciário e executivo, em condições sócio-jurídicas normais, não permitem interferências desmedidas em suas formatações.

Já o *common law* teve origem na Inglaterra, onde os juízes eram o grupo que se preocupava com os direitos dos indivíduos em relação ao monarca, tendo sido responsável pela eliminação da jurisdição feudal e outras jurisdições paralelas, o que ensejou na unificação dos poderes, já que o juiz era referência de poder na luta contra o arbítrio do monarca, não havendo razão para a desconfiança do judiciário.⁴²

René David acentua essa dicotomia entre *common law* e *civil law* quando afirma que:

³⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 26.

⁴⁰ SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. **Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. V. III. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 710.

⁴¹ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 22-23.

⁴² ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 27.

Interpretação de um lado, distinções do outro, são duas as técnicas que manifestam uma certa oposição entre direito francês e direito inglês. O direito francês se apresenta como um sistema fechado, em que tudo, em tese, foi previsto pelo legislador [...]. Já o direito inglês representa um sistema aberto; seus juristas reconhecem com franqueza que ele está sempre em via de elaboração, que é inacabado.⁴³

Conclui-se, portanto, que o desenvolvimento dos sistemas jurídicos mencionados tiveram como subsídio suas próprias histórias e fenômenos políticos da época, que acarretaram em ordenamento distintos, conforme suas necessidades, e que, apesar da concessão de status diferenciados, o precedente é presente em ambos os sistemas.

2.3. Como construir a ratio decidendi de uma decisão

Para ser efetiva, a *ratio decidendi* deve ser construída de forma a orientar os casos posteriores que a terão como guia. Para tanto, diversos métodos foram arquitetados, a fim de facilitar tal formação. Dentre eles, o método de Arthur Goodhart recebeu destaque ao afirmar que a *ratio* seria construída a partir dos fatos materiais considerados pelo juiz ao julgar o caso, somada com a decisão baseada nesses fatos.

Diz “I suggested that the principle of the case could be found by determining (a) the facts treated by the judge as material, and (b) his decision as based on them”⁴⁴, isto é, a *ratio decidendi*, para Goodhart, é aquilo o que o juiz reputou relevante no momento de proferir sua decisão junto à decisão baseada nesses fatos.

A crítica voltada à tal método refere-se a dificuldade de identificação de quais fatos considerados pelo juiz são os vinculados a decisão, pois dá margem a uma *ratio* ampla e sem critérios objetivos.⁴⁵

Outro método de identificação da *ratio decidendi* com intensa repercussão doutrinária foi desenvolvido por Wambaugh, que.

Isto é, por tal método, a *ratio* é identificada alterando-se o fundamento da decisão a fim de verificar se a conclusão, após tal alteração, permanece inerte. Em caso positivo, tal fundamento é *obiter dictum*. Já, se o fundamento analisado, ao ser substituído por um contrário, for suficiente para alterar a decisão, está-se diante da *ratio decidendi*.

⁴³ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução: Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 14.

⁴⁴ GOODHART, Artur L. The ratio decidendi of a case. **The modern law review**. New Jersey: Blackwell Publishing Ltd, v. 22, issue 2, p. 119, mar. 1959. “Eu sugiro que o princípio fundamental de um caso pode ser encontrado através da determinação: (a) dos fatos tratados pelo juiz como materiais, e (b) da sua decisão baseada nesses fatos” (tradução livre).

⁴⁵ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 175.

A imperfeição do método de Wambaugh é alegada por ele mesmo, quando afirma que seu método só é útil nos casos do precedente com apenas uma *ratio*, pois, utilizando tal método, caso haja dois fundamentos na decisão, ambos serão tratados como *obiter dictum*.

3. A dificuldade de vinculação do precedente pela sua textura aberta

Juraci Mourão explica que, do mesmo modo que as normas legislativas são interpretadas, discutidas e debatidas, assim também ocorre com os precedentes, pois em cada processo as partes destacarão a parte que lhes guarda interesse, a fim de se obter um resultado favorável.⁴⁶ Isto é, vincular a teoria dos precedentes com a garantia de pacificação de entendimentos é um erro, pois os precedentes não estão em posição melhor que as leis para garantir tal anseio. Assim diz o autor:

O precedente não tem nenhuma característica para assegurar uma absoluta antevisão de resultado, se tomado como simplesmente um padrão normativo definido com abstrativização. Insistir nisso ocasionará uma frustração ou uma simples concentração de poder na última instância jurisdicional, que terá o único diferencial de ser a palavra final, fazendo que todo o arquétipo surgido tenha como pedra angular puramente autoridade do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais superiores. Não se pode admitir isso no constitucionalismo contemporâneo.⁴⁷

Corroborando nesse sentido, Stefanie Lindquist e Frank Cross afirmam que a utilização do sistema de precedentes judiciais claramente deixa um espaço considerável para decisões tomadas discricionariamente⁴⁸, o que reforça a ideia de que o precedente não tem nenhuma característica que assegure uma previsão de resultado.

Portanto, para tais autores, não existe relação essencial entre a utilização do precedente vinculante e o alcance da unificação jurisprudencial, estando a lei, inclusive, em posição mais adequada para assegurar a estabilidade.

Realizando-se uma pesquisa comparativa crítica, constata-se, por exemplo, que nos Estados Unidos, país essencialmente anglo-saxão, há fundamento na utilização do precedente vinculante, haja vista o país se utilizar primariamente dessa fonte de forma organizada e sistemática, mediante o manuseio de instrumentos como o *case law*, que segundo Toni. M.

⁴⁶ FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 116.

⁴⁷ FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 117.

⁴⁸ CROSS, Frank e Stefanie Lindquist *apud* FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 117.

Fine é a síntese de um número de casos sobre um assunto em particular, identificados, lidos e analisados, a fim de resumir as fontes e alcançar um entendimento sobre a questão.⁴⁹

No Brasil, todavia, onde há a utilização do direito positivo como fonte primária, onde as leis se traduzem em instrumentos aptos a orientar o magistrado, não há justificativa para a ampliação da aplicabilidade do precedente. Sobre o tema, que também gera controvérsias em seu país de origem, afirma Francesco Galgano:

Desde hace un tiempo compruebo que los abogados, en sus labores de defensa como en sus opiniones, no citan más los códigos, sino la jurisprudencia sobre códigos. Todavía no estamos preparados, ni cultural, ni técnicamente, para trabajar totalmente la jurisprudencia.⁵⁰

Dessa maneira, o autor indica que hoje, na Itália, os advogados citam a jurisprudência em suas teses de defesa, ao invés das leis, porém, diz ele, não há preparação cultural e técnica para trabalhar totalmente com a jurisprudência.

O ordenamento jurídico, para ser efetivamente aproveitado, deve estar em constante evolução, seguindo sempre as necessidades reais da sociedade em que está inserido. O mesmo acontece com a Constituição, que deve ter por base fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem, sob pena de se tornar uma simples folha de papel⁵¹. Porém, é utópico pensar que o legislador é capaz de abranger todas as hipóteses fáticas capazes de ocorrer na vida das pessoas, ou seja, por mais que se criem normas, estas não serão suficientes para envolver todos os casos passíveis de legislação.

Desta forma, a utilização do precedente é importante para que, mesmo na ausência de legislação, o entendimento jurisprudencial seja uniformizado, haja vista a construção da *ratio decidendi* ser meio apto a orientar os aplicadores do Direito sobre qual sentido adotar na resolução de um caso concreto, afinal, a fundamentação é parte substancial da decisão, pois é aonde o magistrado vai discorrer acerca dos motivos de seu veredicto, ela “íngressa como elemento primordial na análise, visto que ela vem a ser o dado que confere racionalidade ao comando emitido pelo magistrado no caso concreto, já que a disposição é ato de vontade”.⁵²

⁴⁹ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução: Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 75.

⁵⁰ GALGANO, Francesco *apud* DAVID, Henrique de. **A possível aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios na prática jurídica brasileira**. 59 f. Trabalho de conclusão de curso, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011, p. 38. “Desde um tempo comprovo que os advogado, em seus trabalhos de defesa e suas opiniões, não citam mais os códigos, somente a jurisprudência sobre códigos. Todavia, não estamos preparados, nem cultural, nem tecnicamente, para trabalhar totalmente a jurisprudência” (tradução livre).

⁵¹ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2008, p. 37.

⁵² SILVA, Beclaute Oliveira. **A Garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 62.

Destarte, percebe-se que a evolução jurídica é inerente e necessária ao desenvolvimento da sociedade, estando o Direito, inclusive, em um momento de quebras de paradigmas e reformas conceituais, principalmente pelo acréscimo de novas bases axiológicas, o que culminou na necessidade de atualizá-lo para melhor amoldá-lo no atual momento sócio-jurídico, sendo necessário o estudo aprofundado da teoria dos precedentes, a fim de que ela seja utilizada de acordo com as necessidades de cada sociedade.

Além da incapacidade de garantia de uniformidade jurisprudencial, o uso do precedente com status de obrigatoriedade pode acarretar um risco nefasto, que é a transformação do processo judicial em ato que constrói o direito, ao invés de ser ato que aplica o direito, o que fragiliza as decisões, por ser o precedente mais maleável e poder ser modificado facilmente.

O fortalecimento do precedente pode ser uma via problemática, pois, se antes a lei vinculava as instâncias, agora, possivelmente, essa vinculação será realizada pelo precedente, que é um instrumento de simplificada mutação.

Há que se analisar, portanto, quais os limites para a aplicação da teoria dos precedentes, pois, apesar de ser um importante instrumento, não se pode olvidar o mérito e a essência da separação dos poderes, a ponto do judiciário se confundir com o legislativo. Como dizia Montesquieu “trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites”. Por essa razão, segundo o autor, “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”⁵³. Também nesse sentido:

Com a complexidade social cada vez maior, o sujeito se defronta com situações complexas e inusitadas, que não podem ser tratadas de forma homogênea, necessitando de soluções casuísticas. Daí a proliferação de textos dogmáticos abstratos, como os princípios e conceitos jurídicos indeterminados, permitindo o controle social em uma sociedade complexa [...] **O receio é o de que a liberdade que o texto jurídico confere ao aplicador no momento da decisão implique um decisionismo, e que a *prudentia* substituía a razão.**⁵⁴

Isto é, o precedente, apesar de ser um complemento útil e necessário, não pode substituir a lei, pois não tem o condão de antever resultados. Por serem flexíveis, o aplicador pode, por exemplo, retirar somente a parte que lhes guarda interesse, e com elas fundamentar sua decisão. Corroborando com este entendimento:

[...] o direito apresenta em sua estrutura determinadas normas que têm uma “textura aberta”, diante das quais o decididor pode, arbitrariamente, escolher uma entre as

⁵³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000, p. 166.

⁵⁴ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: EDUFAL, 2007, p. 84.

interpretações possíveis. Diante dessa situação o juiz poderia, arbitrariamente, ou seja, baseado na vontade, decidir o caso concreto a si apresentado.⁵⁵

Inclusive, ao analisar os países que utilizam a teoria dos precedentes, é possível perceber que, mesmo eles, começam a recorrer às leis, justamente porque não é possível o alcance de previsibilidade e certeza com a adoção desse sistema. Assim diz Juraci Mourão:

Trocar a lei pelo precedente pode parecer uma inovação no Brasil, onde até pouco o assunto não havia sido considerado mais detidamente; entretanto, países já habituados ao seu uso não mais se iludem com a perspectiva de que sejam provimentos jurisdicionais mais eficientes para uma predeterminação de resultados, mesmo porque possuem os próprios problemas nesse tocante [...]⁵⁶

Depreende-se, portanto, que o precedente é importante como instrumento de orientação ao aplicador do Direito, porém, ele não está em posição melhor que a lei para garantir a segurança jurídica, devendo ser utilizado como fonte complementar e persuasiva, e não como fonte principal e obrigatória.

⁵⁵ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: EDUFAL, 2007, p. 85.

⁵⁶ FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 114.

CONCLUSÃO

No artigo apresentado, foi utilizada uma linguagem simples para a explicação de um tema aparentemente complexo, mas que quando é compreendido, se torna fácil entender o porquê de ele ter se tornado tão importante para o sistema jurídico.

No primeiro capítulo, tratou-se do tema interpretação e suas nuances e controvérsias, analisando o conceito, métodos e princípios interpretativos, além de algumas críticas dirigidas a eles.

No segundo capítulo, o tema dos precedentes judiciais teve destaque, a fim de que fosse possível a compreensão geral do conceito e algumas características importantes, como os tipos de precedentes, como se interpreta um precedente, dentre outras.

Por fim, no terceiro capítulo, juntou-se os dois antecedentes com o escopo de analisar a dificuldade de interpretação do precedente judicial, concluindo pela complexidade de conferir ao precedente o status de obrigatoriedade na sua aplicação.

O conhecimento adquirido ao longo da produção do artigo foi imensurável, até por se tratar de um tema pouco debatido, apesar de muito utilizado, o que força os estudiosos a buscar fontes alternativas de pesquisa, a fim de adquirir conhecimentos a ponto de escrever sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. Dissertação (mestrado) Universidade católica de Pernambuco. Recife: 2011.
- ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto in Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: EDUFAL, 2007.
- CROSS, Frank e Stefanie Lindquist *apud* FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.
- DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução: Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DIDIER JR., Fredie, Paula Sarno e Rafael Oliveira. **Curso de Direito processual civil**. V. II. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.
- FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os Precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.
- FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução: Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- GALGANO, Francesco *apud* DAVID, Henrique de. **A possível aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios na prática jurídica brasileira**. 59 f. Trabalho de conclusão de curso, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.
- GOODHART, Artur L. The ratio decidendi of a case. **The modern law review**. New Jersey: Blackwell Publishing Ltd , v. 22, issue 2, p. 119, mar. 1959.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

KRELL, Andreas J.. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV 19**. São Paulo.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PLATÃO. **Timeu-Crítias**. Tradução: Rodolfo Lopes. Coimbra: Editora Cech, 2011.

RORTY, Richard. **Interpretação e Superinterpretação**. Tradução: MF. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. **Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. V. III. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

SILVA, Beclate Oliveira. **A Garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Teoria & direito público: Interpretação constitucional**. São Paulo: 2007.

TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação. **Revista de Processo**, São Paulo, 1. 35, n. 181, mar 2010.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**. Tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.