

**O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS: ASPECTOS CONTROVERTIDOS
DE SUA APLICAÇÃO NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O
PRENÚNCIO DE MUDANÇA DE RACIONALIDADE NO USO DE JULGADOS¹**

***THE SYSTEM OF JUDICIAL PRECEDENTS: CONTROVERTED ASPECTS OF ITS
APPLICATION IN THE CURRENT CIVIL PROCEDURE CODE AND THE
RATIONALITY CHANGE IN THE USE OF JUDGED***

Gisele Beltrami Marcato

Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, na linha de pesquisa “Estado e Responsabilidade – questões críticas”. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente – SP. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela mesma Instituição de Ensino Superior. Professora Titular da disciplina de Direito Processual Civil e Prática Jurídica Civil na mesma Instituição de Ensino Superior. Foi bolsista da CAPES (2012-2014). Supervisora de Monografias no Núcleo de Estudos e Pesquisa do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente – SP (2013 – 2015). Presidente Prudente/SP. gi_beltrami@yahoo.com.br

Lucas Del Mora

Discente do Curso de Direito e Estagiário concursado da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo abordar o sistema de precedentes judiciais e sua aplicabilidade no sistema jurisdicional brasileiro, bem como a sua eficácia

¹ Artigo recebido em 25/06/2017 e aprovado em 28/11/2017.

em sede da Teoria das decisões judiciais, sob o viés da análise da argumentação jurídica como procedimento racional. Nos tempos atuais o *stare decisis* tem sido introduzido de forma gradativa no sistema processual civil, isso de dá pela aproximação da tradição *common law* a *civil law*, antes localizados em extremos opostos. Trata-se de uma doutrina com nuances que exigem do operador algumas técnicas imprescindíveis para sua aplicação. Assim, cada vez mais, tem aumentado a relevância dos precedentes no cenário jurídico. Imprescindível, ainda, é a utilização de cautela ao aplicá-los, sem que sejam ignorados fatores importantes que os orbita, tais como: os direitos fundamentais, as normas constitucionais e o Estado Democrático de Direito e a arbitrariedade estatal, para tanto irá se expor alguns pontos controvertidos da teoria dos precedentes como uma tendência processual, além de concentrar-se na análise da decisão judicial como produto de um processo racional e sua relação com o sistema de precedentes.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão judicial; Precedentes; Teoria da Argumentação Jurídica; Teoria das Decisões.

ABSTRACT: The present research aims to address the system of judicial precedents and its applicability in the judicial system and its effectiveness in a judicial decision, with the light of the analysis of legal reasoning. In the current times the *stare decisis* has been introduced gradually in the system of civil procedures, it gives by approximation of the tradition *common law* to *civil law*. It is a doctrine with nuances that require the operator to some techniques needed for your application. Then, more and more importance has been added in this judicial precedents, but must be care to handle it, cos it can't be ignored the facts around it : The fundamental rights, constitutional norms and the Rule of Law and the arbitrariness of the state, for both will expose some controversial points of the theory of precedent as a trend of procedure, in addition to focusing on the analysis of the judicial decision as a product of a rational process and its relationship with the system of precedents.

KEYWORDS: Judicial decision, Precedents, Legal Argumentation, Grounds for Decision.

1 INTRODUÇÃO

Por vários anos foram disseminadas ideologias no sentido de absoluto desmembramento entre as teorias do *civil law* e da *common law*. No entanto com o passar do tempo e a eminente necessidade de um sistema célere, ocorreu à miscigenação das duas teorias, com a criação de mecanismos semelhantes aos precedentes, porém não iguais, sendo um deles a súmula vinculante.

Ocorre que o nosso sistema jurídico é esquematizado e montado sobre a premissa da tradição romano-germânica, ou seja, do direito positivado, assim não deve o ordenamento se adequar aos precedentes, mas sim estes se adequarem aquele.

A fim de se expor contrariedades da aplicação dos precedentes como se visa implantar, o presente trabalho se destinou a esmiuçar alguns pontos da decisão judicial, com base na teoria contemporânea do processo civil, demonstrando que estas poderão sofrer uma mudança de racionalidade, qual seja, fundamentar uma decisão futura, transformando-se praticamente em uma norma.

A pesquisa visou contribuir para o debate em relação ao espírito do CPC, e sua aplicação em torno dos precedentes, de modo, a solucionar os problemas enfrentados por profissionais da área jurídica, obedecendo aos mandamentos constitucionais.

Partindo da análise do fenômeno da decisão e suas características e possibilidades, analisou criticamente o modo de se evitar que os precedentes sejam aplicados de forma mecânica, assim como é feito com a súmula vinculante, utilizando-se da racionalidade específica da lei. Nesse sentido Dworkin condena a aplicação na forma positivista do sistema *common law*, traçou que para aplicar os precedentes o operador deve levar em conta todo um conjunto harmônico coerente, tornando a interpretação algo a ser construtivo, porém pautado em uma lógica procedimental – para que não se coloque em cheque a segurança do sistema.

A escolha do presente tema se deu com o intento de contribuir com o debate público acerca dos precedentes judiciais, cujo paradeiro de tal discussão, importará em uma mudança crucial no nosso ordenamento jurídico, eis a relevância do tema, que detêm

uma pertinência acadêmica e também social, uma vez que é a espinha dorsal de uma mudança cultural e paradigmática que já ultrapassa mera tendência.

A doutrina está dividida enquanto ao tema, tendo de um lado Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart, Fredie Didier, Teresa Arruda Alvim, Daniel Mitidieiro, militando pela perspectiva utilitarista do direito. Já por outra lado defendendo a racionalidade e a hermenêutica, estão Nelson Nery Junior, Dirlene Nunes, Lenio Streck e Georges Abboud e Cassio Scarpinella Bueno, o presente trabalho, analisou os contrapontos desse embate.

Para realizar o presente trabalho, se utilizou do método dedutivo, por meio de uma análise da teoria geral do processo, afunilando-se à análise de concretos julgados pelos nossos tribunais, para ao final apresentar notas conclusivas do embate entre aspectos gerais do Processo Civil, da Teoria da Argumentação Jurídica, tendo como produto sua correlação com a nova sistemática inaugurada com o advento do Novo Código de Processo Civil.

A análise crítica de alguns dispositivos do Novo Códex visou constatar a mens legis e o resultado de sua aplicação. Nesse sentido, foi contraposto o princípio da livre convicção do juiz com a nova ordem de precedentes e o produto disto: a decisão judicial – que deve ser justa e pautar pela segurança jurídica.

Para tanto, entrou em cena na presente pesquisa à análise dos pilares da Teoria da Argumentação Jurídica, que tem na decisão judicial o produto de um procedimento cartesiano, racional e formado por etapas distribuídas em uma ordem lógica e cronológica, a fim de que o resultado seja uma decisão coerente, coesa, íntegra e acima de tudo isenta de ideologias, valores e paixões, garantindo, desse modo, a já citada segurança jurídica.

Foram feitas algumas pontuações e ponderações quanto à aplicação dos precedentes, de modo a alcançar uma prestação jurisdicional justa, célere, e de acordo com o ordenamento jurídico. Eis o tema do presente trabalho.

2 A DECISÃO JUDICIAL

A decisão judicial é descrita por Holmes como um acontecimento póstero certo, e impreterivelmente previsível². Essa antecipação confere as partes, segurança jurídica, dando as ferramentas para ciência de como será o julgamento.

O atual sistema concebe um extenso cenário para que o interprete do direito reconstrua caso a caso, utilizando-se de normas, costumes, princípios e valores, o direito cabível conforme a demanda. Porém tal cenário deu ensejo a arbitrariedades nas decisões judiciais, tendo em vista que os julgadores decidem conforme suas próprias convicções, cooperando para uma enxurrada de recursos nos tribunais.

No seio de um Estado Democrático de Direito, sob a luz da Constituição Federal, não podemos admitir que juízes decidam conforme a consciência, já que exercem um poder republicano, e são autênticos representantes da soberania popular, tornando-se apenas anunciantes do texto legal.

Sobre esse aspecto, o erudito Código de Processo Civil de 2015, buscou readquirir o perfil republicano dos magistrados brasileiros, como base fundamental para um devido processo pautado pela legalidade, justiça e rapidez, no mandamento de que o processo civil será organizado e baseado em conformidade com os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Carta Magna.

Nesse contexto, não há mais como consentir a figura do juiz autoritário, proibindo-se o ativismo judicial irresponsável, resguardando dogmas históricos, citando um deles, a repartição dos poderes, onde o Legislativo, Judiciário e Executivo devem atuar de forma harmônica e independente.

Não obstante, com o advento do novo Código de Processo Civil, sobreveio mais um discurso no contexto da decisão judicial, o precedente, que até então era somente a fundamentação. Cada um cumpre um papel fundamental na decisão, sendo que o precedente, supostamente, assegura a utilidade do direito observando a segurança jurídica e coerência normativa, já a fundamentação constitui direito fundamental da parte e promove o processo íntegro. Ambos são discursos jurídicos, porém cada um com suas respectivas funções e endereços.³

² 17 The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts” (MARKE, 1955, p. 59)

³ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. Revista de Processo, v. 37, n. 206, p.62, 2012.

O busílis consiste em verificar a eficácia dos precedentes como discurso judicial, ou seja, o sistema de precedentes judiciais seria o ideal para tornar as decisões precisas e justas? Ocorre que a maioria dos juízes não possuem as ferramentas necessária para trabalhar com um sistema totalmente diferente daquele que estão acostumados a manusear, colocando toda a atual ciência jurídica processual em risco. Portanto é preciso compreender o desiderato do legislador do atual código, a fim de chegar a um consenso sobre o que seria um precedente, e como deve ser utilizado em uma decisão, tarefa nada fácil, já que há uma divergência doutrinária acerca do assunto.

Outro ponto que se discute seria os efeitos de uma decisão já transitada em julgado em relação a um processo futuro, ou seja, a racionalidade no uso de julgados teria sido alterada com o novo diploma processual? Para o ministro Roberto Barroso e a professora Patrícia Perrone Campos, os julgados possuem eficácia normativa em sentido forte, devendo ser observados, sob pena de reclamação⁴. Se considerarmos que tal afirmativa está correta, teríamos um problema, tendo em vista que o poder judiciário estaria tecnicamente legislando, com licença do código de processo civil, uma lei meramente ordinária, sem levar em conta o princípio do livre convencimento motivado, implantando um sistema de precedentes judiciais, fazendo com que o uso de um julgado seja modificado para uma nova finalidade, qual seja, fundamentar uma decisão futura.

Assim deve se ter em mente que o direito não é uma ciência exata como a matemática onde se utiliza de formulas, e sim uma ciência humana, devendo-se analisar o caso em concreto para descobrir a prestação jurisdicional adequada, ou seja, é inimaginável desmembrar de forma simétrica o caso concreto e o direito, compreendendo o fato e a norma⁵, impondo um resultado pré-definido para os casos semelhantes, que carecem de individualização.

De todas as mutações históricas que sofreu as decisões judiciais, denota-se que nos dias de hoje é fundamental que se preze a hermenêutica como sistema de freio a arbitrariedade do juiz, ou seja, uma grande vitória, no ponto de vista técnico. Nessa conjuntura, ganharam força as teorias da argumentação, direcionada para um esteio

⁴ BARROSO, Luiz Roberto e MELLO, Patrícia Perrone. Trabalhando com uma Nova Logica: A Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 13. 2016.

⁵ RAMIRES, Maurício. Crítica a Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do advogado, pg.47,2010.

jurídico onde se decida com atratividade⁶. Em razão disso, e com amparo nas novas propostas do Novo Código de Processo Civil, e conforme o artigo 489, § 1º, as decisões judiciais devem conter um fundamento compatível com o pedido e a causa de pedir, garantindo a justiça buscada pelas partes. Com essas substanciais modificações no tange as fundamentações nas decisões judiciais, nos parece que a intenção do legislador ao elaborar o artigo 927, foi de consolidar os entendimentos dos tribunais e dar maior previsibilidade a partes.

2.1 Lógica Formal e Decisão Judicial

A natureza do presente trabalho científico, não concede uma investigação minuciosa do estudo da lógica, que somente servirá de sustentáculo para o tema central do trabalho.

De um modo geral, os provimentos judiciais não devem ser apenas legais, mas admissíveis por não obstaculizarem preceitos fundamentais reconhecidos⁷. Além disso, não se pode consentir em um Estado Democrático de Direito, um poder judiciário que decide por suas próprias razões, uma vez que, a obrigação de fundamentação possui amparo na Constituição Federal, no artigo 93, inciso IX, portanto, há uma lógica que deve ser aplicada conforme os parâmetros legais, em um raciocínio estruturado.

A lógica é uma ciência de origem filosófica. O raciocínio organizado é a declaração do conhecimento, buscando de forma precisa a verdade. Para descobri-la, é preciso observar vários critérios para que essa finalidade possa ser obtida. Assim, a lógica orbita na área da filosofia, cuidando das regras do raciocínio, ou do pensamento organizado, sendo um sistema que se compõe de axiomas e regras, visando representar um raciocínio verídico.

⁶ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: A. Kaufmann, W. Hassemer (org.). Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. 6ª ed. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Gulbenkian, 2002, p. 134 e 151-153.

⁷ Compreendendo-se valores sociais e políticos como o respeito, verdade, diálogo e a Justiça Social.

Utiliza-se a lógica não como um fim, mas, um meio. Ela se revela necessária somente por um meio que vise garantir que o pensamento chegue a informações e conhecimentos verdadeiros⁸.

Ao se fazer um panorama histórico sobre a lógica, se faz necessário voltarmos a Grécia clássica, no século VI a.C., onde os filósofos primaciais pré-socráticos viveram, nesse período elaboraram um discurso que contraria à atitude mítica dominante nos poemas de Hesíodo e Homero. A nova forma de pensar e reconstruída por Aristóteles – um expoente no assunto- na obra *Analíticos*. Como o próprio nome revela, cuida-se de uma análise do pensamento. Posteriormente outras obras relevantes do mesmo assunto surgiram, contribuindo para um melhor jeito de pensar, como por exemplo, a obra *Órganon*, que em português significa instrumento. Apesar de outros autores redigirem sobre o tema como Sócrates e Platão, nenhum deles se aprofundaram como Aristóteles, razão pela qual, até nos dias de hoje permanece a lógica aristotélica.

Aristóteles divide a lógica em material e formal. No aspecto da lógica material, se procura adequar a argumentação à realidade, é a genuína operação do pensamento, de acordo com a matéria, definindo os métodos do direito da matemática, da química e entre outras, ao passo que, a lógica formal se expressa em um jeito de pensar, de conhecer, e raciocinar, sem levar em conta o conteúdo⁹. Trata-se de uma atuação de reflexão sobre a veracidade das ideias e propostas, ou seja, apenas premissas.

Observa-se que a palavra lógica, advém do grego *logos*, que quer dizer “razão”, na seara filosófica tal palavra se revela na capacidade humana da linguagem e do raciocínio, observando a percepção cognitiva da realidade.

É por meio da lógica que se atribui qualidade aos argumentos, sendo assim, justificar uma decisão utilizando-se de precedentes é no mínimo equivocado, já que é um fundamento utilizado apenas pelas semelhanças entre um caso e outro, omitindo-se da verdadeira hermenêutica, e aplicando de prontidão a tese cabível ao cabível ao caso, independentemente de sua qualidade, já que obrigatório sua presença na fundamentação.

⁸ SOUZA, Paulo Rogerio Areias de. A importância da lógica e da argumentação para os profissionais do direito. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5992>. Acesso em mar 2017.

⁹ MARTINS, Dayse Braga. Lógica formal e lógica jurídica sobre a dialeticidade do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2118>>. Acesso em: 23 abril 2015

O motivo de não poder aplicar a lógica formal nas decisões judiciais, é exatamente porque os juízos jurídicos serem juízos de valores advindos de motivos culturais, sociais, ideológicos, que consiste em simplesmente dizer “cada caso é um caso”, não se permitindo que se reduza a capacidade interpretativa e a aplicação do direito a sistemas pré-concebidos de lógica formal, um exemplo deles é o sistema de precedentes judiciais.

O direito é um ramo de controvérsias, e possui uma alta dinâmica, com valores e finalidades específicas, não admitindo uma lógica do certo e errado, sempre tem o “depende”. Por isso o direito deve ser reconstruído conforme o caso concreto.¹⁰ Dessa maneira, a lógica jurídica deve resistir e organizar o confronto de argumentos contrários relacionados a um mesmo caso. Com isso, se dá a possibilidade para que cada uma das partes exponha seus argumentos da melhor forma possível a atingir o convencimento do juiz¹¹.

Não é de hoje que os tribunais alertam no sentido de que o direito não se desvincula da justiça, ou seja, não é simplesmente um exercício da lógica formal, utilizando-se de enquadramento de teses genéricas para solucionar conflitos¹².

Em tempos de positivismo jurídico, a justiça era um ideal irracional, existindo a lei posta estada por meio de regras, ou seja, para o positivismo, o juiz exerce uma atividade simplesmente declarativa e reprodutiva do texto legal. Assim, resta claro que esse modelo apresentado pelo positivismo, está calcado na lógica formal, com pensamentos simplesmente dedutivos, e não está apto para solucionar os conflitos jurídicos. Para Perelman, isso ocorre porque o papel do juiz é apenas ser a boca da lei, sendo que a lei não representa o universo jurídico, é meramente o instrumento chave que auxilia o juiz em suas funções jurisdicionais¹³.

¹⁰ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. Curso de Filosofia do Direito. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 501.

¹¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 231.

¹² REsp 57395 MG 1994/0036471-7 (STJ) / REsp 35615 SP 1993/0015511-3 / AC 52676 PE 95.05.17560-4 (TRF-5)

¹³ PERELMAN, Chaim. Lógica jurídica: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 221.

Com o decorrer dos anos a maneira de pensar o direito foi modificada por diversos fatores, o mais importante deles foi a Segunda Guerra Mundial¹⁴, o positivismo clássico já não tinha capacidade de produzir uma resposta justa para as questões jurídicas, em especial as de maior complexidade. Desse modo, nasceu um novo pensamento jusfilosófico, chamado de pós-positivismo, dando azo a aplicação de princípios.

E foi exatamente nesse cenário que se levantou contra o positivismo clássico a Teoria da Argumentação Jurídica, impondo um modo de pensar prático em todos os momentos das decisões jurídicas.

A visão Kelseniana, por sua vez, tem como ponto neurálgico o rigor metodológico, baseado na incessante busca pelo descobrimento do objeto e o método a ser aplicado, visando construir uma teoria pura do direito, assim Kelsen afirma que uma decisão judicial não advém de uma operação lógica, tratando-se de um ato de aplicação da lei. Ademais, Kelsen afirma que o discurso lógico formal deve ser aplicado somente às proposições doutrinárias, sendo que, nas normas não seria possível sua aplicação¹⁵.

Do todo o percorrido, denota-se que o campo do direito é o do razoável, e não do irracional como sugere Kelsen, uma estrutura dedutivista não consegue explicar a real expressão e aplicação do direito, principalmente a tomada de uma decisão. O pensamento jurídico atual passa então a se opor contra a lógica formal, primando pela dialética e a lógica do razoável. E é exatamente nesse cenário que a Teoria da Argumentação Jurídica cumpre um papel fundamental, fazendo com que o Direito não seja aplicado de forma mecânica e metódica, porém, deve o magistrado adotar argumentos contundentes e razoáveis em suas decisões, construindo por meio de um raciocínio lógico. Assim se permite dar um grande passo a democracia e controlar eventuais arbitrariedades, cumprindo o disposto no art. 5º da LICC, que prima pelo atendimento dos fins sociais em que a lei se destina¹⁶.

¹⁴ Podemos citar também o pluralismo e a diversidade da sociedade contemporânea, e a falência do positivismo.

¹⁵ FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. Lógica jurídica, argumentação e racionalidade. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3307, 21 jul. 2012. Pg.01 Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22271>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

¹⁶ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Decreto Lei nº 4657 de 1942.

2.2 Interpretação e Argumentação

De início cumpre especificarmos as diferenças terminológicas entre “interpretação” e “argumentação”, a fim de determinar a conexão conceitual destas.

Interpretar se revela na ideia de esclarecimento, entendimento e assimilação de um determinado conteúdo, para que se extraia de um texto a sua aplicação e alcance. Nessa esteira Karl Engisch aduz que “ a tarefa da interpretação é fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance dos conceitos jurídicos. A indicação do conteúdo é feita por meio de uma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais”¹⁷.

A argumentação por sua vez, e o ato de relacionar pesquisas, textos, estudos, teses, respostas, com a finalidade de defender determinada ideia ou pensamento. Uma escrita argumentativa sempre tem um destinatário, no ramo jurídico, por exemplo, o advogado ao juiz, o juiz as partes, sempre tentando provar algo e fazer com que o leitor ou ouvinte aceite uma linha de raciocínio.

A partir deste momento, aprofundaremos na ceara da interpretação, e posteriormente na da argumentação. Tudo é passível de interpretação, inclusive o silêncio, pois, toda coisa ou fato possui algum significado. Trata-se de um ato de vontade, logo todos nós, a cada minuto do nosso dia realizamos varias interpretações. Toda vez que nos sentimos inseguros frente a um determinado texto ou situação, nos esforçamos para interpretar e obter uma resposta.

No contexto jurídico, é por meio da interpretação que conseguimos tirar a venda de nossos olhos, e enxergar aquilo que realmente o texto deseja transmitir, mesmo que de primeiro momento não se saiba o que o texto está dizendo. O juiz não pode atuar como uma cartomante, ou um clarividente, ao julgar as lides, pelo contrário, deve caso a caso esgotar sua capacidade interpretativa, para que se obtenha a verdade real.

A ciência responsável por estudar os métodos e princípios e fornecer os conteúdos necessários para interpretação, é a hermenêutica. Para alguns a palavra hermenêutica se origina e um verbo grego “hermeneuein”, que significava declarar,

¹⁷ GULBENKIAN, Calouste. Introdução ao pensamento jurídico, 6º ed., pg.127, *apud* ARAUJO, Luiz Alberto David. Curso de direito Constitucional. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.pg.102.

interpretar. Outros defendem que a origem está baseada no nome de um deus da mitologia grega *Hermes*, incumbido de interpretar as mensagens divinas¹⁸.

Na utilidade prática, interpretar significa ler a norma e buscar sua finalidade, ao passo que a hermenêutica vai dar para o interprete o suporte necessário para realizar essa tarefa interpretativa. Portanto, a hermenêutica é o monopólio da ciência jurídica que se preste a formular e organizar as técnicas que subsidiarão a interpretação¹⁹.

Sabendo disso, cumpre ressaltar ainda a diferença entre interpretação e aplicação do direito. Há correntes que defendem que aplicação e interpretação são as mesmas coisas, e outros que dizem que são termos diferentes. É possível constatar que se trata de atividades similares conforme passa a se expor abaixo.

Há um componente na tese daqueles que afirmam que um sistema de precedentes seria a solução as problemáticas processuais contemporâneas, que é a fragmentação entre interpretação e aplicação. Há vários equívocos nessa afirmação. Como dito a ciência jurídica não é uma simples racionalidade instrumental. Em suma, interpretar e compreender e compreender é aplicar, já não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar²⁰.

Assim, na atual dogmática não há cisão entre aplicação e interpretação, uma vez que, a atribuição de sentidos leva-se em conta os fatos do caso em concreto e a realidade subentendida, de forma que, a norma jurídica não é passível de interpretação, pois esta já está extraída do texto legal, portanto ela é o resultado final da interpretação. Em certos casos (*hard cases*) o interprete tem um papel fundamental, pois seus conceitos jurídicos serão determinantes para dirimir a causa.

Ocorre que em muitos casos o juiz já possui uma decisão antes mesmo de analisar os fatos. Esse tipo de interpretação está cheia de vícios, pois é hermética, se sustentando apenas na subjetividade do interprete. Assim deve-se utilizar uma interpretação especializada buscando-se princípios concretos e pertinentes à causa, julgados com o mesmo parâmetro, e métodos razoáveis, evitando-se a arbitrariedade do juiz.

¹⁸ PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 2007, pg. 51.

¹⁹ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 2008. Pg. 57.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciencia?*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Editora, 2012, pg. 75.

Um ponto importantíssimo que nos auxilia na ideia de que interpretação e aplicação são funções similares, é exatamente o caso em concreto, visto que nele segue-se um caminho para se chegar ao final da interpretação do direito²¹. O caso em concreto é um dos principais motivos para se criar os tribunais superiores, e estes são incumbidos de ratificar ou anular a interpretação, que posteriormente será aplicada pelos juízes que prolataram a sentença recorrida.

É necessário que se extinga do âmbito jurídico todo e qualquer decisão construída sobre uma lógica indutiva, estabelecendo-se critérios que limitam a interpretação subjetiva. A vista disso apoia-se o pensamento crítico na fundamentação das decisões, devendo o juiz pautar-se na persuasão, e na busca da verdade real para cada caso em concreto, e não naquilo que ele considere sua verdade.

Em se ratando de interpretação genérica ou superficial, é imprescindível que comentemos o princípio da *in claris cessat interpretatio*. Tal brocado sintetiza o entendimento de que quando a lei for clara fica dispensada a interpretação. A doutrina é harmoniosa quanto a inaplicabilidade deste princípio no ordenamento jurídico.

Porém, com a chegada dos precedentes, que foram introduzidos pelo novo Código de Processo Civil, é reintegrado no nosso ordenamento o princípio em testilha, tendo em vista que o precedente possui força de lei, um exemplo claro disto é a sentença rudimentar do Ministro Luiz Barroso proferida em setembro de 2016²².

A decisão acima seria adequada em algumas décadas passadas, onde a lei era supervalorizada. E é exatamente assim que os defensores deste princípio esperam que se utilize a interpretação, ou melhor, em casos simples não a utilize, realizando apenas uma comparação simétrica da lei e o caso em concreto, que para nós seria o precedente.

²¹ MARINONI, MITIDIERO, ARENHART. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 608.

²² Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário. A decisão agravada está correta e alinhada aos precedentes firmados por esta Corte. No mesmo sentido: RE 814.204-RG, Rel. Min. Teori Zavascki; RE 945.513-AgR, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, e ARE 845.907-AgR, da minha relatoria.

Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao recurso. Publique-se.

Brasília, 15 de setembro de 2016.
Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO – Relator

Há tempos o processo civil exige das decisões judiciais, uma fundamentação válida, ou seja, o juiz motivar o seu entendimento, pode se constatar tal afirmação no artigo 118 do CPC de 1939²³, artigo 131 do CPC de 1973²⁴ e artigo 371 do CPC de 2015²⁵.

Mesmo diante de uma lei clara, é imprescindível a interpretação, pois o conceito de lei clara vai depender de cada julgador, ademais, os tempos e contextos de cada caso mudam, tornando-se obrigatória uma excelsa atuação do interprete. Portanto resta claro a inaplicabilidade do princípio da *in claris cessat interpretatio*, tendo em vista que o verdadeiro sentido da hermenêutica é a percepção de todas expressões jurídicas, seja elas claras ou não, conforme ensinamento de Maximiliano²⁶

Em tempos de neocostitucionalismo (movimento de revalorização do direito constitucional) e pós-positivismo (busca a reaproximação de direito e ética, resgatando os valores e direitos fundamentais e sobejando o conceito de legalidade estrita), a principal ferramenta para concretizar estes movimentos é a argumentação, como dito no subtópico acima.

Já é sabido que toda decisão judicial deve ser fundamentada para que as partes conheçam as razões que levaram a ganhar ou perder uma causa. O ato de decidir pode se basear em fatores lógicos e fatores eventualmente de justiça, ou que não digam propriamente a justiça, mas que tenham influência na decisão final, sobre o viés da efetividade. Esses fatores passam pelo prisma da argumentação, citando um deles, é o critério da razoabilidade, que é um paradoxo semântico, inviabilizando que a decisão sobre razoabilidade seja a mesma para vários julgadores, neste caso a lógica formal não seria suficiente para trabalhar esse tema²⁷.

²³ Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.

²⁴ Art.131. O juiz deve apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento

²⁵ Art.371. O juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento

²⁶ PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano Op. cit. pg.55.

²⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e Aplicação dos Provimentos Vinculantes do Novo Código de Processo Civil a Partir do Paradigma pós positivista. Revista de Processo. São Paulo, RT, v.2 45, pg.357.

Portanto, a lógica por si só não resolve o problema de decidir, como também a justiça, já que os julgadores possuem formações e conceitos diferenciados, entra nesse rol também a eficiência pelos mesmos motivos da justiça, pois não são parâmetros objetivos.

Com essas premissas em mente, há de se realizar uma argumentação enquanto ao caso, sendo que esta última se diferencia da fundamentação, que é apenas o itinerário que o juiz lança em uma sentença, para demonstrar a sua aferição entre matéria fática e de direito para chegar a uma conclusão. A argumentação vai além, pois explica a metodologia, e expõe os argumentos, seja eles dedutivos, indutivos, e qual foi a premissa considerada²⁸.

Não se quer aqui simplesmente acabar com a lógica nas decisões judiciais, pois ela nos fornece mecanismos interessantes, como a análise de premissas e regras de inferência. Inclusive grande parte das teorias da argumentação, como a do Robert Alexy²⁹ que trabalha o raciocínio lógico a partir de perspectivas argumentativas, com análise das premissas. Afinal de contas deve-se respeitar o direito posto, mesmo que o juiz trabalhe com a carga valorativa por traz da lei. A lógica não atravessa o ponto do conteúdo axiológico, a algo mais a ser considerado, e esse algo passa pela argumentação.

A ideia de se julgar com base em precedentes, retira do juiz a possibilidade de uma argumentação clara, é notório que o judiciário se encontra abarrotado de processos, e os juízes certamente utilizaram deste sistema para se livrarem da pilha de processos, induzindo o julgamento liminar do mérito por improcedência.

2.3 Casos Simples e casos difíceis (Easy end Hard Cases)

Na tentativa de controlar a discricionariedade dos casos, o jusfilósofo Ronald Dworkin, tendo como base para sua teoria o positivismo de Herbert Hart, idealizou a dicotomia de casos fáceis e difíceis, não obstante, atribuiu um modo de interpretar para cada caso. Nos fáceis se interpretava por subsunção do direito posto, e nos difíceis utilizando-se de princípios, este último de modo contrário a interpretação de Hart, que

²⁸ CAVALCANE, Marcos de Araújo, Op. cit. pag.360.

²⁹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda H. S. Silva. São Paulo, pag.33.

sugere a utilização da discricionariedade, devendo os juízes tomarem a decisão mais razoável.

A teoria contemporânea conceitua o caso difícil como aquele que paira incerteza, seja pelas diversas normas concomitantemente aplicáveis, ou a inexistência delas. Ao passo que o caso fácil é possível se realizar uma subsunção de fatos, e a regra é suficiente para dirimir a problemática das partes.

Pretende se discorrer abaixo, que esta distinção é indevida e prejudicial, logo traz consequências à hermenêutica e a aplicação do direito, tal equivoco e praticado pelo positivismo de Hart, e pelas teorias discursivas de Alexy e Habermas. Não podemos pressupor que os vultuosos dilemas da interpretação estejam apenas nos casos difíceis³⁰.

Primeiramente, deve-se deixar claro que distinguir casos simples de casos difíceis, não é a mesma coisa de cindir casos simples de casos difíceis. Não é possível cindir o inseparável, isto porque antes de cindir já há um prévio entender do que seria um caso fácil e um caso difícil, caso contrário estaríamos inserindo o direito em uma plenitude lógica. Não se quer dizer aqui que não existem casos fáceis, a problemática se encontra na institucionalização de *hard cases e easy cases* no Brasil.

Robert Alexy, ao contrário das correntes positivistas, em sua obra Teoria da Argumentação Jurídica, narra que o interprete a se ver diante de um caso supostamente fácil, não teria como esgotar todas as teorias jurídicas, até porque – para ele – isso seria impossível³¹.

Por esta razão e que Alexy busca eu refúgio argumentativo nos princípios, porém não consegue escapar da discricionariedade dos juízes, sedo que estes escolhem qual princípio deve ser aplicado ao caso em concreto, tendo em vista a ponderação dos princípios.

Já Hart milita no campo do positivismo jurídico, pois este se preocupa com as limitações do julgamento nos contornos das normas. Para o jusfilósofo, não existe ligação entre direito e moral e o juiz não fica adstrito aos princípios do ordenamento, em um caso difícil³².

³⁰ STRECK, Lenio Luiz, Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – 4. Ed. São Paulo: Saraiva, pag.297.

³¹ ALEXY, Robert Op. Cit. Pag.54.

³² HART, H.C.A.O conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, pag.75.

Por outro lado, Dworkin defende o pós-positivismo, tendo em vista que é contrário as teses positivistas, sendo um delas a desconexão entre moral e direito. A sua teoria afirmar e reaproxima o direito a moral e os princípios, sua teoria centraliza na resolução de casos fáceis e difíceis, sem deixar de lado os parâmetros do ordenamento jurídico, podendo invocar os princípios quando não houver norma para certo caso³³.

A ideia positivista de que o direito é composto de uma moldura, e que o interprete escolhe a que melhor lhe apraz, se consolida com a cisão entre casos fáceis e difíceis, ainda mais que, o conceito de fácil e difícil pode ser alterado dependendo de cada juiz que está diante do caso.

Pode ocorrer de os precedentes serem moldados apenas para encaixarem em no caso em que se julga isso porque os motivos favoráveis de sua aplicação são maiores de que os desfavoráveis. Mas não podemos buscar a coisa certa, pela maneira errada. Assim quando o juiz recebe um caso difícil em suas mãos, não se tem o trabalho de analisar as particularidades do caso e realizar a hermenêutica sobre ele, pelo contrário, o juiz procura na cadeia de jurisprudência, e o julgado que tiver maior semelhança deve ser aplicado, dessa maneira encontra-se uma solução para o *hard case*, mesmo que o caso passado contenha contornos diferentes do caso presente.

Nem mesmo Hart, confiaria que um sistema de precedentes modificaria os casos difíceis em casos fáceis, como narra Waluchow³⁴. Ou seja, não há como ter respostas antes das inquirições. Sendo assim, os precedentes supostamente classificariam os casos futuros como fáceis, que por outro lado, para alguns, continuaria sendo difíceis.

No âmbito hermenêutico, a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, resta prejudicada, tendo em vista a capacidade e ferramental que o julgador possui para interpretar cada caso. Ademais esta divisão ocasiona problemas que a teoria discursiva não consegue responder. Um deles é que casos fáceis exige uma resposta correta, ou seja, dentro dos parâmetros do direito. Mas como decidir o que está ou não está dentro do parâmetro do direito? A resposta da teoria discursiva é que os raciocínios são abstratos³⁵.

³³ DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, pag.42.

³⁴ WALUCHOW, Wilfrid J. Positivismo jurídico incluyente. Marcial Pons, 2007, pag.208.

³⁵ STRECK, Lenio, Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito:65-77 janeiro-junho 2009

Um caso não é fácil e nem difícil, todo caso tem sua possibilidade de compreensão, podendo ser incompreensivo, só há um caminho para chegar a esta conclusão, que é descascando o método hermenêutico.

Apesar de ser da ceara penal, um exemplo que corrobora a afirmação anterior, e o caso de um furto qualificado mediante escalada, e gravado por vídeo. A princípio parece fácil e obvio a condenação do indivíduo, e não teria como argumentar em segundo grau. Porém ao se analisar a origem da palavra escalada, vê-se que na elaboração do Código Penal de 1940, não existia muitos bancos por isso se fechava as casas, onde se guardava o dinheiro, e as protegia com grandes muros, portanto quem escalasse teria que receber o dobro da pena, para que não furtassem o dinheiro. Foi com esse argumento, que na segunda instancia, após analisar o vídeo em que ocorre o crime, verificou-se que o muro não era alto suficiente ao ponto de se escalar, assim a sentença em grau, desclassificou o furto qualificado para furto simples.

2.4 As Teorias da Argumentação Jurídica

No cenário atual, onde os juízes julgam de forma arbitrária – um exemplo disto é o uso demasiado de princípios - as Teorias da Argumentação, se valem a conferir uma maior racionalidade e legitimidade das decisões judiciais, combatendo o subjetivismo no julgamento, e as tornando mais justas³⁶.

Não há dúvida que a prática do direito consiste principalmente em argumentar, e que um bom operador saiba construir um esteio argumentativo com maestria e inelidível. Pretende-se expor neste tópico, de maneira inacabada, o significado da argumentação jurídica.

As teorias da Argumentação Jurídica têm como escopo desvendar as obscuridades da argumentação. Vale salientar que estas teorias são utilizadas em três áreas. A primeira e na confecção de normas jurídicas (como exemplo a despenalização da maconha). A segunda área em que se utiliza essas teorias, é na aplicação de normas, e

³⁶ MARCATO, Gisele Caversan Beltrami; MARTELLI, Ana Laura Teixeira. Construção das Decisões Judiciais à Luz das Teorias da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e Klaus Gunther, 2013, Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=93/>>. Acesso em: 30 de março de 2017, pg.03.

solução de casos. E a terceira e última área é da dogmática jurídica³⁷. Limitaremos-nos apenas a segunda área. Para tanto, percorreremos sobre cada pensamento de autores expoentes acerca do tema, sendo eles Viehweg, Perelman, Alexy, MacCormick, e ao final ira se expor uma singela opinião dos traços fundamentais que deveriam nortear a elaboração de uma tese produzida por meio da argumentação jurídica, com enfoque na aplicação dos precedentes judiciais.

Theodor Viehweg, em 1953, deu início ao questionamento sobre a função da lógica formal. Foi ele quem atribuiu relevância na aplicação dos *topoi*, que consistem em argumentos que possui uma probabilidade de verdade, na relação entre fato e norma, quebrando assim o modelo positivista, a resultar de cada *topoi* aplicado³⁸.

Segundo Viehweg a tópica³⁹ é destinada para casos onde se admite diversas soluções, ensina que a problemática consiste no fato, ou seja, a questão advinda do mundo dos fatos, e exposta ao interprete da lei, afim de que seja solucionada, assim concentra-se mais nos problemas práticos. Desse modo, a tópica se afasta do positivismo, e funciona como uma bússola para guiar o operador em suas decisões. Porém esta teoria se mostra superficial, pois não se aprofunda no discurso argumentativo como outras teorias⁴⁰.

Chaïm Perelman, no ano de 1958, focou em seus estudos na argumentação, e a sua propulsão para o convencimento, criticando a lógica formal, devida a sua ineficácia frente aos casos concretos, principalmente os mais difíceis (*hard cases*). Preconizava uma lógica jurídica, abandonando sua formação neopositivista, defendendo o uso de juízo de valores na ceara argumentativa, assim conforme sua concepção a lógica da argumentação deve possuir valores, como a razoabilidade e proporcionalidade, e não apenas uma lógica preposicionada⁴¹.

No entendimento de Perelman, a resposta dos dilemas enfrentados cotidianamente, é encontrada por meio da arte da discussão. Por isso seu pensamento se

³⁷ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães. 3ª ed. SP: Landy Editora, 2006. Pag. 21.

³⁸ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. 5. ed. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 83

³⁹ Segundo Manuel, “ a tópica é um procedimento de busca de premissas (de tópicos), que na realidade não termina nunca, devem ser entendidos como um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento”. (ATIENZA, Manuel. Ob. cit., p.49).

⁴⁰ Cf. VIEHWEG, Theodor. Ob. cit. p. 27.

⁴¹ Cf. PERELMAN, Chaïm. Ob. cit., p. 85.

direciona nas técnicas discursivas, que tem por objetivo induzir o leitor a aderir as teses expostas, utilizando-se de um argumento forte⁴². Nessa esteira quanto maior a possibilidade de se refutar o argumento, menor será o seu poder de convencimento. A crítica que se faz a esta teoria, consiste na falta de diafaneidade conceitual, sobre uma perspectiva prática.

Já a teoria de Robert Alexy é um pouco mais desenvolvida e aprofundada do que as anteriores, possuindo uma grande semelhança com a teoria de MacCormick. Os dois perfazem o mesmo caminho, porém em direções opostas. A diferença é que este último se utiliza dos argumentos presentes nas decisões judiciais, ou seja, um estudo empírico para alcançar teoria da argumentação, ao passo que Alexy, buscou respaldo na teoria geral do direito e nos ensinamentos de Habermas, fazendo com que sua teoria tenha um alcance mais amplo do que a do MacCormick, dado o seu perfil analítico que permite adentrar na estrutura da argumentação⁴³.

Tal como Habermas, Perelman e Toulmin, Alexy considera que as decisões judiciais são passíveis de ser racionais, desde que motivadas racionalmente⁴⁴.

Em suas lições Alexy expõe diversos modos de discussão jurídica (dentre elas estão presentes o debate jurídico, e debates de questões legais) das quais cada uma possui suas particularidades e nuances. Ensina que o discurso jurídico é mais específico do que o discurso geral, argumentando que as discussões jurídicas se destinam a casos práticos. Em seu livro *Teoria da Argumentação Jurídica*⁴⁵, leciona que justificação revela as razões que embasam uma decisão, dividindo-as em interna e eterna.

No que tange à justificação interna, deve se observar os critérios gerais da lógica deontica⁴⁶, em especial o silogismo jurídico. Essa etapa é meramente formal, e está ligada com a coesão lógica da argumentação aplicada, dessa maneira não se trata de uma argumentação jurídica específica, por fim, deve ser observado ainda que a decisão deva ser

⁴² “Um bom argumento (um argumento forte) é o que valeria diante do auditório universal – que seria a humanidade ilustrada”. (ATIENZA, Manuel, Ob, cit., p.80).

⁴³ Cf. ATIENZA, Manuel. Ob, cit., p.159.

⁴⁴ AGUIAR, Marcos de. A interpretação, a Aplicação e a Argumentação Jurídica, 2014. Disponível em: <<http://revistametodologiaufba.xpg.uol.com.br/arquivos/artigo015.pdf/>>. Acesso em 01 de abril de 2017. Pg.20.

⁴⁵ ALEXY, Robert. Ob, cit, p.32.

⁴⁶ Trata-se de um tipo de lógica formal, usada na análise das proposições que tratam acerca das normas.

fundamentada no mínimo em uma norma universal, ou seja, de aplicação universal⁴⁷, assim tal justificação visa esclarecer porque uma norma se aplica a certo caso.

Por outro lado, a justificação externa não está relacionada ao esqueleto do argumento, mas sim as justificativas das idéias iniciais que permeiam o discurso jurídico. Alexy afirma que nesta etapa pode conter os seguintes fundamentos: regras de direito positivo; enunciados empíricos; premissas que não são nenhum dos fundamentos anteriores⁴⁸.

O precedente é uma forma de justificação externa, que na visão de Alexy, podem ser utilizados com respaldo na teoria do discurso, e pelo princípio da universalidade⁴⁹. Trata-se de mais um procedimento de argumentação dentre vários outros.

Neil Maccormick se apegou ao fato da necessidade de se provar que determinado enunciado está de acordo com os fatos e as normas em vigência, ou seja, sua teoria é calcada quase por completa na justificação. De modo contrário a Hart, acredita que os princípios são fundamentais na construção de uma teoria jurídica, e contraria também Dworkin, pois discorda que as regras são aplicadas segundo o “tudo ou nada”, cabendo assim como nos princípios a utilização de ponderação. Sua teoria não se desvincula do positivismo, pois atribui força aos textos normativos, aos argumentos linguísticos, às vezes não dando a devida importância aos valores de cada caso⁵⁰.

Por fim, do exposto conclui-se que as teorias mais clássicas como a de Perelman e Viehweg, não se aprofundam na argumentação em torno dos fatos, dando-se mais valor ao aspecto normativo, o que prejudicaria a análise aplicativa dos precedentes. Nota-se ainda que todas as teorias levam em conta a aplicação da norma ao fato, porém não leva em conta o crescimento das soluções alternativas de conflitos, como a conciliação.

Por outro lado, as teorias de MacCormick e Alexy, estabelecem parâmetros para correção da argumentação, para que esta seja racional e adequada. Assim é possível

⁴⁷ ATIENZA, Manuel. Ob. cit., p. 173.

⁴⁸ MARCATO, Gisele Caversan Beltrami; MARTELLI, Ana Laura Teixeira. Ob. Cit., p.12.

⁴⁹ Para maior completude do estudo, necessário se faz mencionar tal princípio idealizado por Habermas, neste princípio para que o aplicador do direito utilize um predicado a um determinado objeto, deverá também aplicá-lo aos demais, trata-se de uma regra expressa do direito: princípio da isonomia. (ALEXY, Robert Ob. Cit., p.267)

⁵⁰ MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 249.

que um determinado tribunal decidir que certa decisão é correta, e em estância primária uma decisão contrária no mesmo sentido esteja correta.

Porém a teoria mais apropriada, contudo não perfeita, para a adequada aplicação dos precedentes é a de Alexy⁵¹, tanto para o sistema de precedentes genuíno da *common law*, como para o sistema que o CPC visa implementar. Contudo, apesar do esforço descomunal jurisfilosófico para tentar descobrir a teoria mais adequada para a perfeita argumentação, há um vasto caminho a ser percorrido, já que a lógica formal é falha, e não existir resposta única. O rumo a ser seguido se encontra na lógica informal, na racionalidade prática, e na justificação externa.

2.5 O Sistema de Precedentes e a busca pela decisão racional à luz no Novo Código de Processo Civil

O sistema de precedentes trazido pelo Novo Código de Processo Civil pretende nortear o magistrado na tomada de decisão.

Com o advento da nova sistemática processual civil, inaugurada com a vigência do novo diploma a lei deixou de ser a única fonte na tomada da decisão. A lei não é mais a única a vincular o magistrado, isso porque o artigo 489, §1º do referido diploma⁵² preceitua que a decisão judicial que deixar de seguir precedente ou jurisprudência invocada pela parte, sem que seja demonstrada a incompatibilidade de incidência ou a superação do entendimento será considerada não fundamentada.

A *mens legis* denotada no referido dispositivo legal é pautar por coerência, coesão e integridade de uma cadeia de decisões pretéritas e futuras, que envolva o mesmo contexto de fato e de direito, alcançado, de maneira reflexa, a almejada segurança jurídica e estabilidade social.

⁵¹ Confira Alexy Robert, *Ob, cit.*, p.271. Na sua concepção o uso dos precedentes se mostra como um procedimento de argumentação dentre vários outros, destaca-se que devem ser usados de modo racional, e com argumentos adicionais.

⁵² Art. 489. (...).
§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 jun. 2017
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.

Além do artigo 489, §1º, Novo Código de Processo Civil, é plenamente possível citar o artigo 926 e 927 do mesmo diploma legal, como tendo o mesmo objetivo.

O primeiro preceitua que cabem aos Tribunais o dever de uniformizar sua respectiva jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. Mais uma vez se pugna por decisões que não se contradizem diante de um contexto fático e legal similar.

O viés prático desse preceito é de simples entendimento. Como explicar para um litigante que sua demanda sendo similar a de seu conhecido, vizinho ou parente obteve resultado diverso, pelo simples fato desse ser o posicionamento do magistrado que a julgou. Posicionamento esse, pautado em ideologia, valores próprios e fundamentado com base em uma visão principiológica, por vezes, rasa.

Já o artigo 927 determina que tanto juízes quanto os tribunais deverão observar: (I) as decisões do STF 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 STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional e (V) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Além disso, a redação de seu §1º é expresso em asseverar que uma vez afastando-se desses enunciados torna-se necessária demonstrar a existência de distinção do caso posto a julgamento em relação ao entendimento consolidado ou sua superação, sob pena de se prolatar uma decisão tida como não fundamentada.

Não se está aqui a defender a petrificação, o engessamento de determinados entendimentos.

Até porque, como, perfunctoriamente, já lecionava Fernand Lassale um catálogo de direitos deve atender as demandas da sociedade que pretende regular, sob pena de não passar de uma “folha de papel”⁵³, isto é, “de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder” (2002, p.68)⁵⁴.

⁵³ LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 40.

⁵⁴ LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

Conquanto isso ocorra, ou seja, no momento em que um entendimento se mostrar superado a alteração da tese jurídica deve ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possa contribuir para a rediscussão da tese, conforme prevê o artigo 927, §2º, do Novo Código de Processo Civil.

Mais uma vez o legislador agiu de maneira acertada ao atribuir notória importância a entendimentos já consolidados, mas não engessar a marcha natural de desenvolvimento da sociedade, que gerará, por óbvio, demandas pendentes de solução.

O Novo Código ainda apresenta latente preocupação com o impacto social na alteração de jurisprudências dominantes dos Tribunais Superiores, prevendo a possibilidade de modulação dos efeitos da alteração, com o intuito de garantir segurança jurídica.

Essa técnica impossibilita o efeito retroativo da alteração de determinada tese jurídica quando essa alteração puder produzir graves lesões à segurança jurídica e ao interesse social. Essa técnica prestigia o princípio da segurança jurídica.

Frisa-se, entretanto, que a modulação deve aplicada somente quando configurada hipóteses extremas de risco à segurança jurídica.

Portanto, a modulação temporal é verdadeira técnica jurídica que prevê a possibilidade de se atribuir efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*.

Finalizando a análise do artigo 927 do Novo Código de Processo Civil o seu §4º traz o fechamento do dispositivo contemplando o princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, como pilares deve atual sistema de precedentes a ser instalado na ordem processual civil brasileira.

A essência dos referidos dispositivos deriva da doutrina de Ronald Dworkin⁵⁵ que se utiliza da metáfora do “romance em cadeia” para descrever o papel ideal do juiz no momento de prolatar uma decisão. O romance em cadeia seria uma obra literária escrita por diversos autores, onde cada um é responsável por um de seus capítulos. O segundo capítulo deve guardar relação com o primeiro e assim sucessivamente, para que ao final o produto seja uma obra coerente e coesa.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275-277.

Nesse aspecto, necessário se faz a aplicação de um método, um procedimento racional na busca por uma decisão justa e fundamentada e não produto de mero arbítrio, de paixões e valores pessoais. Portando, não basta sequer que a decisão seja algo aceitável, deve acima de tudo, estar em consonância com o direito em vigor⁵⁶.

Assim preceitua-se pela integridade das decisões judicial, alcançada por um procedimento racional de modo a não se macular a segurança jurídica, a confiança e a isonomia, valores processual e constitucionalmente garantidos.

PONDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A teoria dos precedentes possui um papel fundamental no discurso argumentativo, isso porque atribui à decisão maior fundamentação, podendo ter como pilar a almejada segurança jurídica.

A teoria da argumentação jurídica é, por que não, um dos sustentáculos dos precedentes, e servirá de norte na busca por decisões justas e seguras, alcançadas em uma medida de tempo razoável.

Um dos pontos conclusivos da presente pesquisa, portanto, é a de que a teoria em comento veio para auxiliar na interpretação e fundamentação das decisões judiciais, para passa a ser vista como um procedimento racional e não fruto de paixões e valores pessoais dos julgadores.

Assevera-se, conquanto, que o uso descontextualizado dos precedentes pode acabar maculando uma decisão, como, por exemplo, a utilização de casos pretéritos alheios e estranhos ao caso pendente de solução, por meio de uma simples análise comparativa. O que não seria suficiente para se a aplicação racional de determinado precedente.

Como dito, inicialmente, as Teorias da Argumentação Jurídica contribuíram para a diminuição da crise argumentativa pela qual passa o Direito contemporâneo, com

⁵⁶ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 222-223.

respostas para dilemas da atividade jurisdicional, com vistas a melhorar a justiça em sua acepção geral.

Outra nota conclusiva se perfaz no sentido de que a teoria de Alexy se mostra, pontualmente, adequada para a satisfatória aplicação dos precedentes. Referida Teoria, trabalha com conceitos que servirão para a justificação da decisão judicial - o motivo, a razão da tomada de determinada decisão pelo magistrado - indo além, portanto, de pontuar simplesmente um motivo para não fundamentar suas decisões com base na incidência de súmulas vinculantes, ou seja, o juiz deverá justificar porque escolheu ou não determinado precedente.

Não existe uma solução correta para todos os casos, mas sim uma solução argumentada de forma irrefutável, tornando-a correta por ser fruto de um procedimento racional.

É preciso visualizar a tomada de decisão como um procedimento composto, portanto, por etapas lógicas que se sucedem de forma racional, cujo produto é a justiça da decisão.

De início o julgador deve fundamentar, e em seguida, julgar. Tornando-se inaceitável a inversão dessa ordem cronológica, ou seja: decidir, e depois julgar.

Outro contrassenso seria a aplicação dos precedentes de maneira automática e por mera subsunção, o que desvirtuaria sua real finalidade.

Enfim, na seara das inovações conduzidas pelo advento do Novo Código de Processo Civil, é possível constatar avanços significativos no contexto das decisões judiciais.

A nova sistemática processual civil inaugurada com o advento do Novo Código de Processo Civil: 1-) Atribui notório status de aos precedentes, conclusão essa advinda da análise crítica dos art. 489, § 1º; art. 926 e 927 do mesmo Códex; 2-) A desvinculação a entendimentos já consolidados deve ser motivada, sob pena de produzir-se uma decisão considerada não modificada – o que garante segurança jurídica e estabilidade social; 3-) A conclusão anterior não importa em violação ao princípio da livre convicção do juiz, pois sua convicção em relação à causa de pedir aplicável continua incólume; 4-) O sistema não se encontra engessado e/ou petrificado, uma vez que o próprio Código de Processo Civil prevê a possibilidade de não aplicação de tese jurídica consolidada, por

meio de procedimento racional, inclusive com a participação colaborativa por meio de audiências públicas e contribuição de estudiosos, pesquisadores e operadores com conhecimento pertinente.

Entretanto, constata-se, de igual modo, que o ônus sobre as novas reflexões para a comunidade jurídica com mudanças paradigmáticas e nova padronização do procedimento decisório, incumbe, solidariamente, aos operadores do direito em sentido amplo, por meio de uma aplicação racional dos precedentes, deixando de lado o julgar pautado em paixões, valores pessoais, clamor público que dá lugar ao modo racional e procedimental, pautando-se pela segurança jurídica e estabilidade social. Além dessa aplicação, tem-se a fiscalização desse modo de julgar, que se mostra tão importante quanto o próprio ato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4ªed. RJ: Forense, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda H. S. Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães. 3ª ed. SP: Landy Editora, 2006.
- BARROSO, Luiz Roberto e MELLO, Patrícia Perrone. **Trabalhando com uma Nova Logica: A Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro**. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 13. 2016.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. **Curso de Filosofia do Direito**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Interpretação e Aplicação dos Provimentos Vinculantes do Novo Código de Processo Civil a Partir do Paradigma pós positivistas**. Revista de Processo. São Paulo, RT, v.245, pg.351-377, jul./2015.
- DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. **Lógica jurídica, argumentação e racionalidade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3307, 21 jul. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22271>>. Acesso em: 9 mar. 2017.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HART, H.C.A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- _____. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito:65-77 janeiro-junho 2009.
- LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 40.
- _____. **O que é uma Constituição**; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.
- KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**. In: A. Kaufmann, W. Hassemer (org.). Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. 6ª ed. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Gulbenkian, 2002.
- _____. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. NS SICHES, Luíz Recaséns Tratado General de Filosofía del Derecho, México, Ed. Porrúa, 1959.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARCATO, Gisele Caversan Beltrami; MARTELLI, Ana Laura Teixeira. **Construção das Decisões Judiciais à Luz das Teorias da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e Klaus Gunther**, 2013,Disponível em: <

<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=93/>>. Acesso em: 30 de março de 2017.

MARINONI, MITIDIERO, ARENHART. **Curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARKE, Julius J. **The Holmes reader**. Nova York: Oceana, 1955.

MARTINS, Dayse Braga. **Lógica formal e lógica jurídica sobre a dialeticidade do Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2118>>. Acesso em: 23 abril 2015

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial**. *Revista de Processo*, v. 37, n. 206, 2012.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Editora, 2012.

PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e aplicação do direito**, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007.

_____. **Lógica jurídica: nova retórica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 222-223.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Prefácio Fábio Ulhôa Coelho. Trad. Maria Ermantina Galvão. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOUZA, Paulo Rogerio Areias de. **A importância da lógica e da argumentação para os profissionais do direito**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5992>. Acesso em mar 2017.

STRECK, Lenio Luiz, **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas** – 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. 5. ed. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente**. Marcial Pons, 2007.