

**O USO DOS PRECEDENTES NO BRASIL E O NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE A LUZ DO “DIREITO COMO
INTEGRIDADE” DE RONALD DWORKIN³**

***THE USE OF PRECEDENTS IN BRAZIL AND THE NEW CODE OF CIVIL
PROCEDURE: ANALYSIS IN THE PERSPECTIVE OF "LAW AS INTEGRITY"
OF RONALD DWORKIN***

Anna Flávia Magalhães de Caux Barros

Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista da CAPES. Especialista em Direito Público pelo IEC – PUC/MINAS. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. annaflaviabarros@yahoo.com.br

Fábio Roque Abreu Nogueira

Mestrando em Direito Processual pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Milton Campos. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado.

RESUMO: A ideia central desse artigo é analisar os precedentes judiciais e o princípio da integridade no sistema jurídico brasileiro. Primeiramente, traça-se um panorama sobre a concepção interpretativa do direito desenvolvida por Ronald Dworkin, chamada de Direito como integridade. Passa-se então para uma análise do uso dos precedentes no Direito brasileiro, ressaltando aspectos que confirmam a recente valorização do instituto. Na sequência, é feita uma crítica sobre a forma de utilização dos precedentes

³ Artigo recebido em 23/04/2015 e aprovado em 12/06/2015.

na prática judiciária brasileira. Finalmente, estuda-se a questão a luz do Novo CPC, utilizando-se, para isso, da nova legislação bem como de artigos doutrinários sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Ronald Dworkin. Direito como integridade. Precedentes. Novo Código de Processo Civil. Direitos fundamentais.

ABSTRACT: This article analyses the judicial precedents and the principle of integrity in the Brazilian legal system. First, an overview of the conception of “law as integrity” elaborated by Ronald Dworkin is outlined. Then, it is made an analysis of the subject in Brazil, pointing aspects that confirm the recently appreciation of the precedents in that country. Subsequently, it is made a critical of the way in which precedents are used in Brazil. Finally, it is studied the question in the New Code of Civil Procedure particularly by using the new law as well as some doctrine about the matter.

KEYWORDS: Ronald Dworkin. Law as integrity. Precedents. New Code of Civil Procedure. Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos atuais, o debate sobre a dicotomia existente entre as tradições da *common law* e da *civil law* tem mostrado uma interação cada vez maior entre as duas concepções, de tal sorte que a codificação do Direito tem ganhado espaço nos países de tradição da primeira espécie, do mesmo modo que a jurisprudência vem se consolidando como instrumento importantíssimo para o Direito nos países de tradição romano-germânica. A tendência de maior apreciação pelo uso da jurisprudência, especialmente no Brasil, vem acompanhada de uma tentativa de se garantir maior celeridade aos processos em tramitação perante o Judiciário, cuja morosidade decorre, principalmente, do excessivo número de demandas ajuizadas.

Conforme se detalhará ao longo do trabalho, algumas reformas legislativas – inclusive de natureza constitucional – retratam e reforçam tal perspectiva, já que tiveram como objetivo exatamente a uniformização da jurisprudência com o intuito de

garantir julgamentos equânimes para questões semelhantes. Apesar da boa intenção do legislador ao adotar procedimentos que valorizam o uso dos precedentes, a importação do instituto originário da *common law* tem sido feita, no ordenamento jurídico brasileiro, de forma imperfeita e até mesmo equivocada, o que é a razão das inúmeras críticas, as quais serão abordadas ao longo do texto.

A despeito disso, o Novo Código de Processo Civil, já aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pela Presidente Dilma Rousseff em março de 2015, reforça no bojo de seus dispositivos, a tendência de se garantir maior força aos precedentes e tenta, inclusive, regulamentar o seu uso, a fim de garantir maior coerência ao ordenamento jurídico e, principalmente, com o intuito de evitar o voluntarismo e a discricionariedade nas decisões judiciais.

O foco de investigação do presente trabalho é exatamente debater e avaliar o uso dos precedentes judiciais sob a ótica da teoria do “direito como integridade”, proposta pelo norte-americano Ronald Dworkin, que defende que, para tomar a decisão adequada para um caso concreto, o juiz deverá balizar sua interpretação pelo princípio da integridade, evitando, dessa forma, a prolação de decisões discricionárias. A reflexão exposta se justifica especialmente porque discute a forma como os juízes tomam ou devem tomar as suas decisões em um Estado Democrático de Direito e porque se habilita a debater a tendência do uso de precedentes nas decisões judiciais no Brasil em tempos de mudanças legislativas importantes.

2 DWORKIN E A INTEGRIDADE NO DIREITO

Em sua obra *Império do Direito*, Ronald Dworkin trabalha as concepções convencionalista e pragmática do Direito e propõe, em seguida, uma terceira via interpretativa, a do Direito como integridade, pautada em uma prática argumentativa.

O convencionalismo, como concepção positiva do Direito, exige dos juízes e intérpretes vasto estudo sobre a jurisprudência, já que se espera que as decisões proferidas no presente estejam sempre em conformidade com as decisões passadas. Sob essa ótica, o Direito depende da observância de convenções jurídicas – que nada mais são do que convenções sociais, existentes no seio de todas as comunidades políticas complexas – as quais determinam as instituições que deterão o poder legislativo e como este se dará. A prática cotidiana dos magistrados apenas respeita e aplica tais

convenções, ainda que este particularmente acredite que outra decisão seria mais justa, mais sábia ou mais adequada. O convencionalismo restringe bastante a possibilidade de atuação dos juízes.

A força coletiva só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim o autorizou explicitamente, de tal modo que advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importa quais sejam suas divergências em moral e política⁴.

Em se tratando de sociedades complexas, é óbvio que novos problemas e conflitos continuarão a surgir e as convenções existentes, por vezes, não serão capazes de resolvê-los. Nesses casos, os juízes deverão resolver o caso concreto utilizando-se de “algum outro tipo de justificativa além da garantia do direito, além de qualquer exigência de consistência com decisões tomadas no passado, que venha apoiar o que fará em seguida”⁵.

De acordo com o convencionalismo, o direito só existe se estiver estabelecido por convenção, de modo que as decisões do passado influenciam e devem influenciar os direitos do presente e do futuro. Assim sendo, cabe ao juiz respeitar as convenções jurídicas existentes dentro daquela determinada comunidade; não existindo direitos determinados nessas convenções, o juiz deverá criar um novo direito, por meio da discricionariedade.

O ideal de proteger as expectativas, ou o favorecimento do princípio da segurança jurídica, é um dos principais apelos da concepção convencionalista. Entretanto, na opinião de Dworkin, este apelo não é tão evidente quando se pensa sobre a obrigação a que se submete o juiz de decidir sempre de acordo com a convenção, mesmo que outra decisão lhe pareça mais adequada. O convencionalismo protege a autoridade da convenção, insistindo que as práticas convencionais definem o começo e o

⁴ DWORKIN, Ronald. Império do Direito. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 141.

⁵ DWORKIN, Ronald. Império do Direito. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 143.

fim de poderes passados sobre o presente. Por outro lado, a concepção convencionalista tende a recusar que os precedentes decorram de decisões fortemente influenciadas por apelos morais. Uma vez aceito que os princípios podem fazer parte do Direito por razões não expressas nas convenções, mas porque eles são moralmente consistentes, estaria aberto um caminho ameaçador para a concepção convencionalista, pois tais princípios fariam parte do Direito, mesmo se contrários a uma convenção⁶.

A partir disso e da ausência de fundamento moral no convencionalismo, Dworkin construirá as bases da teoria do Direito como integridade. A crítica que Dworkin faz ao convencionalismo se deve essencialmente ao fato de que essa teoria interpretativa recusa a coerência de princípios. A criação do direito novo, no caso de omissão das convenções, vincula-se ao passado na medida em que deve, com ele, guardar coerência. A preocupação com a coerência explica, inclusive, a preocupação dos juízes com o passado. E, nesse ponto, Dworkin sugere que exista a “coerência de princípios” e a “coerência de estratégia”.

A coerência de estratégia refere-se à preocupação do legislador, sempre que cria um direito novo; é o cuidado de manter as novas regras perfeitamente ajustadas às antigas ou às futuras, para que o sistema como um todo funcione de forma conjunta e coerente. De outro lado, rejeitada pela concepção convencionalista, a coerência de princípios exige que os meios usados como forma de coerção pelo Estado expressem uma visão única e determinada de justiça.

O direito como completude supõe que as pessoas têm direitos a uma extensão coerente e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude

⁶ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 116.

judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la⁷.

O convencionalismo nega a coerência de princípios porque se orienta apenas pelas convenções, ou seja, pelos estatutos e precedentes, e não admite a adoção de princípios para se justificar a adoção de determinada decisão jurídica⁸.

A convenção, segundo Dworkin, se forma pelo consenso ou pela convicção. O consenso independe da convicção que a sociedade possui sobre o valor da regra: para a afirmação desta, basta sua aceitação, não sendo necessária nenhuma outra razão substantiva. De outro lado, a convenção formada pela convicção repousa sua autoridade no valor da regra e qualquer ataque contra o seu argumento de fundo será uma forma de ataque a ela mesma. Enquanto os juristas aceitarem a convicção, o consenso existirá.

Outra crítica feita de forma contundente ao convencionalismo é a ausência de segurança jurídica. O convencionalismo se apoia nas convenções passadas sob a alegação de evitar e minimizar surpresas, por serem indesejáveis e até injustas, mas tem seu argumento diluído, porque não consegue proteger os cidadãos da surpresa, quando possibilita que o juiz crie direito novo de forma discricionária, no caso de omissão das convenções. Neste sentido, Baracho Júnior:

Um problema que toda crítica à concepção convencionalista tem que enfrentar é o da segurança jurídica. O convencionalismo assume que a minimização da surpresa é um valor e objetivo da moralidade política. Dworkin afirma que a surpresa ocorre quando o que as pessoas preveem não é observado. Isso, entretanto, não é, em geral, injusto, mesmo quando a previsão não observada é razoável. A surpresa é injusta em uma situação específica: quando as pessoas são incentivadas a agir em determinado sentido e tal ação é posteriormente punida. Haveria, portanto, uma tensão entre segurança jurídica e justiça, tensão essa que a própria concepção convencionalista não consegue evitar. As propostas de Dworkin, em face de tal

⁷ DWORKIN, Ronald. Império do Direito. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 164.

⁸ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 117.

tensão, convergem para a preservação da integridade dos princípios do ordenamento jurídico, mesmo em face de regras preestabelecidas. Nas situações de coerção, afirma o autor, as normas são observadas quando são vistas como as melhores normas⁹.

O pragmatismo como teoria interpretativa também recebe severas críticas de Ronald Dworkin. Esta concepção vai na contramão do convencionalismo – se fundamenta em uma lógica totalmente distinta – posto que sua principal característica é negar o uso das decisões políticas passadas.

Dworkin afirma que, para o pragmatismo, só existe direito à decisão judicial que se mostra melhor para a comunidade política como um todo, sem que se leve em conta decisões políticas passadas. Assim, ainda que a legislação preveja um direito ou que algumas decisões proferidas pelos juízes consagrem determinado direito, as pessoas não terão direito a algo que seja ruim para a sociedade coletivamente pensada. A atuação dos juízes deve ser *como se (as if)* as pessoas tivessem direitos, não existindo propriamente uma titularidade de direitos. Nas palavras do autor:

O pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida. O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo

⁹ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 118.

que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamentos independentes¹⁰.

O pragmático deve pensar no melhor para o futuro, dentro da realidade dada, não defendendo o estrito respeito às decisões políticas passadas, ou seja, às convenções. A referência ao passado deixaria de ser obrigação, se tornando mera estratégia. Desse modo, para Dworkin, ao rejeitar a ideia de coerência de princípio, o pragmatismo acaba por aceitar os direitos *como se* fossem mera estratégia para se tomar uma decisão determinada.

Dworkin vê o pragmatismo como uma concepção cética do Direito. Por ela, os juízes devem agir *como se* as pessoas fossem titulares de direitos e, assim, serviriam melhor a própria sociedade. Desse modo, a referência às decisões políticas passadas seria uma estratégia, mas não justificaria a coerção. Assim sendo, não existiria o que se entende por Direito, ou este seria mera previsão das decisões que os tribunais irão adotar, como se fosse uma questão quase de sorte, relacionada ao que o juiz comeu no café da manhã. A crítica dworkiana ao pragmatismo fundamenta-se precisamente em uma visão evolutiva da política, que compartilharia com as concepções clássicas da política os ideais de equidade, justiça e devido processo. A integridade, desenvolvida em sua teoria do “Direito como integridade”, seria um ideal que se acrescentaria aos demais para constituir a verdadeira base crítica ao pragmatismo. Este ideal derivaria da própria prática política, a requerer que as decisões estatais sejam sempre coerentes para todos os cidadãos, ou seja, que se estendam a todos os padrões de justiça e equidade¹¹.

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um

¹⁰ DWORKIN, Ronald. Império do Direito. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 195.

¹¹ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 120.

conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos¹².

Assim, na visão de Dworkin, a integridade seria um quarto ideal político não existente no Estado utópico. Significa coerência, mas, segundo ele, não se traduz apenas pela fórmula de que se deve tratar igualmente os casos iguais, porque a integridade é diferente da mera coerência em sentido estrito (entendida como fidelidade estrita a decisões anteriores). A coerência exigida pela integridade diz respeito mais aos princípios subjacentes aos textos legais ou precedentes judiciais do que ao significado imediato ou explícito das regras.

A integridade exige que, na medida do possível, as normas pelas quais a comunidade é governada se formulem e se interpretem e apliquem de forma que se manifeste nelas um esquema único e coerente de justiça e equidade. Para satisfazer tal exigência, é possível que em certas situações, um órgão institucional tenha de se afastar de uma forma de interpretação ou de uma linha de decisões anteriores, para que seja fiel a certos princípios, considerados fundamentais para a coerência do sistema como um todo.

Como não se identifica com a coerência em sentido estrito, o valor da integridade não dá lugar a uma prática excessivamente conservadora, pois estimula nos aplicadores do Direito uma atitude aberta e imaginativa para encontrar coerência com os princípios básicos do sistema, uma atitude que pode promover soluções inovadoras. Certamente, o juiz que atua conforme o modelo de integridade deverá, em alguns casos, ser mais cauteloso do que outro que, conforme o modelo que deriva da teoria pragmatista, somente se preocupa em encontrar a solução mais justa ou benéfica para a sociedade em conjunto, pensando no futuro e sem estar realmente vinculado por normas

¹² DWORKIN, Ronald. Império do Direito. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 202.

anteriores. Porém, em outros casos, deverá chegar a resultados mais radicais e inovadores que os que permitiriam uma aplicação cuidadosa do pragmatismo¹³.

Ao tratar da exigência de integridade, Dworkin a divide em dois princípios: a integridade na legislação e a integridade no julgamento. A integridade na legislação impõe que os legisladores mantenham as leis coerentes com os princípios; a integridade no julgamento, por outro lado, exige que os juízes busquem interpretar a lei em coerência com a integridade. Assim sendo, a integridade no julgamento explica o motivo pelo qual um juiz deve avaliar o direito sempre como um todo e não como uma série de decisões, tomadas de forma distinta e livre por seus pares.

Ao tratar da integridade no Direito, Dworkin diz que esta “nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo político, voltados para o futuro”. De tal modo, defende que “as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento”. Em outras palavras, é inútil a discussão se os juízes descobrem ou inventam o direito porque fazem as duas coisas e nenhuma delas¹⁴.

O direito como integridade exige a chamada coerência de princípio, trabalhada anteriormente, mas não em todas as etapas históricas. Não se pretende que os juízes busquem resgatar os ideais das leis de um século atrás, mas sim uma coerência de princípio horizontal que se irradia por todas as leis e normas jurídicas em vigor em dada comunidade.

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que

¹³ PINTO, Antônio Delgado. La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin: análisis y valoración. In: *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, v II, p. 15-43, jan.-dez. 2002, p. 20, tradução livre.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271.

eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei” bem como o cinismo do novo realismo e considera tais pontos de vista enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei¹⁵.

Para tanto, o autor utiliza da comparação com o “romance em cadeia”. A ideia é a de que um número diverso de autores escreveria em série um único romance, de modo que cada um deles seria responsável por um capítulo. Ao criar sua parte, cada autor deveria pensar em escrever da melhor forma possível, como se houvesse um único romance a ser elaborado, de forma que cada capítulo traria a ideia de continuidade. Cada um deles deveria buscar criar o melhor romance possível para que, ao final, o livro como um todo não parecesse uma colcha de retalhos, mas, ao contrário, que passasse a impressão de ter sido escrito por um único autor. Da mesma forma, o Direito como integridade faz ao juiz a exigência análoga a que se faz ao romancista em cadeia: que este se considere um autor na cadeia do Direito.

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Do ponto de vista analítico, é útil distinguir os diferentes aspectos ou dimensões de qualquer teoria funcional. Isso incluirá convicções sobre adequação e justificação [...]

Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais

¹⁵ DWORKIN, Ronald. Império do Direito. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 274.

interpretações de uma lei ou julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo. Suas próprias convicções morais e políticas estão engajadas. Mas o julgamento político a se fazer é complexo e às vezes vai opor uma parte de sua moral política a outra: sua decisão vai refletir não apenas suas opiniões sobre a justiça e a equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre esses ideais quando competem entre si¹⁶.

Para expor a estrutura da interpretação jurídica, Dworkin cria um juiz fictício, chamado Hércules, dotado de capacidade e paciência sobre-humanas e que aceita e utiliza o direito como integridade, resolvendo os casos difíceis por meio de de uma análise completa da legislação, dos precedentes e dos princípios aplicados ao caso. Ao julgar um *hard case*, Hércules se volta para as decisões pretéritas proferidas por outros juízes em situações que guardam semelhanças com a que analisa e as considera como parte de uma história que deve interpretar e continuar, depois de avaliar qual seria a melhor forma de dar a ela prosseguimento. Para explicar sua tese, Dworkin descreve minuciosamente qual seria o comportamento de Hércules no julgamento de um caso hipotético, chamado de caso *Mc Loughlin*. Nesse caso, discute-se o direito a indenização por dano moral.

Primeiramente, o juiz selecionaria diversas hipóteses para corresponderem à melhor interpretação dos casos precedentes. Em cada interpretação possível, Hércules pergunta-se se uma pessoa poderia ter dado os veredictos dos casos precedentes se estivesse, coerente e conscientemente, aplicando os *princípios subjacentes* a cada interpretação (note-se que os juízes não podem se utilizar de questões de política como os legisladores). Posteriormente, num passo mais avançado, o juiz deve colocar à

¹⁶ DWORKIN, Ronald. Império do Direito. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 305.

prova as interpretações restantes, confrontando-as com a totalidade da prática jurídica de um ponto de vista mais geral. Para tanto, deve levar em consideração se as decisões que exprimem um princípio parecem mais importantes, fundamentais ou de maior alcance que as decisões que exprimem o outro (mesmo que um ou outro princípio não estejam explícitos em decisões passadas). Seguindo-se o processo decisório, o magistrado deve decidir qual é a interpretação que mostra o histórico jurídico como o melhor possível do ponto de vista da moral política substantiva (que análise mostra a comunidade sob uma luz melhor, a partir do ponto de vista da moral política?). Assim, segundo Dworkin, sua resposta dependerá de suas convicções sobre as duas virtudes que constituem a moral política: a justiça e a equidade em cada caso concreto (pois, muitas vezes, é necessário o sacrifício parcial de alguma virtude política)¹⁷.

A proposta de Dworkin não se encerra na metáfora do juiz Hércules, ainda que se considere que a decisão obtida por esse processo obedeça a um processo reconstrutivo capaz de levar – de forma segura – a uma única resposta correta. Além dessa ideia, para compreender a proposta do autor, é preciso compreender a metáfora do romance em cadeia, já explicada, a qual parece contribuir para a discussão a respeito do solipsismo de Hércules. Trata-se, nesse ponto, de compreender que a atividade jurisdicional não se produz no vácuo, mas dialoga todo o tempo com a própria história, ou seja, nada mais é do que um produto coletivo de uma determinada sociedade em permanente (re)construção. Desse modo, Hércules não está sozinho, posto que seu trabalho interage com a história da própria comunidade na qual se insere. Mais do que isso, em atendimento ao ideal da integridade, Hércules busca obter sempre a melhor decisão e, com isso, revela também sua preocupação com o futuro, a partir da preocupação incessante em fundamentar suas decisões segundo uma coerência de princípio. Dentro desse modelo, Dworkin defende a comunidade de princípios, da qual

¹⁷ ARAUJO, Marcelo Cunha de. O império do Direito, de Ronald Dworkin. In Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 4, n. 7-8, p. 118-142, 1º e 2º sem. 2001, p. 133.

Hércules é membro. Nessa, os direitos e deveres políticos guardam estrita relação de dependência com um sistema de princípios, os quais são endossados nas decisões passadas. A integridade é um ideal aceito de forma geral e, com isso, se torna um compromisso de pessoas, ainda que essas discordem sobre a moral política. Esse modelo pressupõe a ideia de igual respeito para com os demais membros da comunidade e com essa Hércules se compromete¹⁸.

3 INTEGRIDADE E PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A valorização recente do uso dos precedentes nos países de tradição jurídica do *civil law*, especialmente no Brasil, é inegável. No Novo Código de Processo Civil, a aproximação do Direito brasileiro à tradição jurídica do *common law* fica ainda mais evidente, embora de forma peculiar. Nesse tópico, partindo das premissas da teoria de Dworkin de Direito como integridade, pretende-se mostrar como essa realidade se faz presente no Brasil, e avaliar a forma como os precedentes são usados na prática jurídica, para, ao final, promover uma reflexão sobre a inserção desse instituto no Novo Código de Processo Civil.

3.1 Da valorização dos precedentes no Brasil

O sistema jurídico adotado no ordenamento brasileiro, filiado à tradição romano-germânica, tem como principal característica o direito escrito e codificado, e como principal fonte do direito a lei. Essa origem pode ser facilmente percebida pela leitura do art. 5º, II, da Constituição de 1988, que dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei¹⁹.

¹⁸ PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de integridade para o direito de Ronald Dworkin. Como casos podem ser decididos à luz de uma “resposta correta”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3526, 25 de fev. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23808/a-proposta-de-integridade-para-o-direito-de-ronald-dworkin/2>. Acessado em 22 de fevereiro de 2015

¹⁹ Nesse ponto, vale destacar a advertência feita por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, no sentido de que a expressão lei “tem o significado técnico-jurídico de ordenamento jurídico”, abrangendo normas constitucionais e infraconstitucionais. (BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 122).

Por outro lado, embora existam divergências doutrinárias sobre a qualificação dos precedentes judiciais como fontes do direito²⁰, bem como sobre o seu caráter normativo, é certo que a própria legislação e os tribunais brasileiros reconhecem expressamente a força que possuem na realização do direito positivo.

Nesse sentido, ao tratar do fenômeno de convergência dos sistemas do *common law* e do *civil law*, Michele Taruffo explica que o precedente e a jurisprudência ocupam grande importância no direito de todos os ordenamentos jurídicos modernos:

Pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos do *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmos os de *civil law*. Por isso, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados sobre os precedentes, enquanto os segundos seriam fundados sobre a lei escrita, não tem mais – admitindo-se que realmente tenha sido no passado – qualquer valor descritivo. De um lado, na verdade, nos sistemas de *civil law* se faz amplo uso à referência da jurisprudência, enquanto nos sistemas de *common law* se faz amplo uso da lei escrita e inteiras áreas desses ordenamentos – do direito comercial ao direito processual – são, na realidade, ‘codificadas’²¹.

Essa valorização dos precedentes tem ganhado destaque nas últimas reformas do ordenamento jurídico brasileiro, sob o pretexto da busca pela celeridade, efetividade do processo e segurança jurídica, e tem sido cada vez mais presentes nas decisões judiciais, que utilizam os precedentes como forma de fundamentação, a fim de tentar reduzir complexidades.

A título de exemplo dessas reformas, podemos citar a Emenda Constitucional nº45/2004, que alterou a redação do art. 102, §2º e acrescentou o art. 103-A à

²⁰ Como observa Cruz e Tucci: “a atividade dos juízes e, por via de consequência, os precedentes judiciais constituem importante fonte de direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (*civil law*), com incidência muito mais ampla do que normalmente se imagina”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente Judicial como fonte de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.18).

²¹ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 199, 2011, p.140.

Constituição da República de 1988, atribuindo efeitos vinculantes às decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, bem como às súmulas de matéria constitucional, aprovadas por dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Em nível infraconstitucional²², a Lei nº 11.672/2008 acrescentou o art. 543-B e o art. 543-C ao Código de Processo Civil, instituindo o procedimento dos recursos repetitivos, segundo o qual a decisão do recurso representativo da controvérsia terá efeitos vinculantes em relação aos demais recursos, que ficarão sobrestados, aguardando o pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça em relação ao primeiro.

Em outras palavras, mesmo que os precedentes judiciais não sejam expressamente admitidos como fontes, a sua utilização no direito brasileiro já é uma realidade difundida, e terão funções ainda mais relevantes com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, já aprovado no Congresso Nacional e devidamente sancionado pela Presidente Dilma Rousseff no dia 16/03/2015, com um ano de *vacatio legis*.

No entanto, é preciso fazer uma análise crítica sobre a utilização dos precedentes na prática judiciária brasileira, para verificar se os operadores do direito estão realmente preparados para tanto, ou se estão apenas buscando nos precedentes uma forma de obter celeridade e efetividade, em detrimento de um processo constitucional democrático, com observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da fundamentação das decisões.

3.2 Da forma de utilização dos precedentes no Brasil

Embora seja patente a valorização da jurisprudência no nosso ordenamento, é importante registrar que o processo de formação e de aplicação dos precedentes na prática brasileira é diferente do que ocorre nos países filiados ao *common law*.

²² Nessa mesma linha, a Lei nº 9.756/1998 deu nova redação ao art. 557 do CPC; a Lei nº 11.276/2006 acrescentou o §1º ao art. 518 do CPC; e a Lei nº 12.322/2010 incluiu as alíneas “b” e “c”, no §4º, do art. 544 do CPC, todas elas condicionando, em alguma medida, a admissibilidade de recursos à jurisprudência dos tribunais.

Nelson Nery Junior e Georges Abboud²³ ressaltam que existe uma *fetichização* pelo *common law* por parte da doutrina, a justificar inclusive reformas legislativas, sendo certo que os instrumentos de vinculação decisória adotados no Brasil se distanciam daqueles do *stare decisis*, pois lhes são atribuídos *status* até mesmo superior ao da própria legislação²⁴.

Em sentido semelhante, Maurício Ramires explica que a publicação de súmulas pelos tribunais brasileiros não se aproxima da prática jurídica dos países do *common law*, pois os tribunais desses países não podem “exarar regras gerais em abstrato, mas apenas em função dos fatos da disputa que são trazidos a exame”²⁵.

Dessa forma, as súmulas seriam pronunciamentos judiciais que já nascem com pretensões de generalidade e abstração, cujo enunciado se autonomiza em relação aos fatos que lhe deram origem, visando solucionar casos futuros²⁶. Por outro lado, os precedentes nascem com a pretensão de resolver somente o caso em concreto e, por um processo histórico, os motivos determinantes daquela decisão passam a influenciar julgamentos de outros processos.

Vale destacar que o sistema de precedentes adotado nos países de *common law* se estruturou a partir do século XVII, e se desenvolveu, ao longo do tempo, baseado na tradição²⁷, levando-se em consideração os casos anteriores para se julgar o caso

²³ NERY JUNIOR, Nelson. ABOUD, Georges. *Stare Decisis vs Direito Jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre, *et. alii*. *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Bahia: Editora JusPodivm, 2013, p.485.

²⁴ A título ilustrativo, Lênio Luiz Streck e Georges Abboud alertam que as súmulas vinculantes introduziram um paradoxo no nosso sistema jurídico, pois se os juízes contrariarem a lei, caberá recurso ao órgão jurisdicional superior, enquanto que, se contrariarem a súmula, caberá reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, mesmo que ela seja contrária à lei e à Constituição. Outro exemplo da supervalorização dos precedentes está na presunção de repercussão geral quando a decisão contraria súmula ou jurisprudência dominante, ao passo que o Supremo Tribunal Federal entende que a violação ao art. 5º da Constituição de 1988 seria meramente reflexa, não ensejando repercussão geral (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 14 e 118).

²⁵ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p.62.

²⁶ Saliente-se que a súmula é instituto brasileiro, inspirado nos assentos portugueses, que foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional de Portugal, no acórdão 810/93, justamente em razão de sua “força obrigatória geral”, em violação ao texto da Constituição Portuguesa, que proíbe a criação de outros atos normativos de caráter geral além dos previstos na própria Constituição. (SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. *Súmula vinculante e o instituto dos assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial*. REDES - Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Canoas: Unilasalle Editora, vol. 2, n.1, mai./2014. Disponível em <http://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/1445>. Acessado em 17 de fevereiro de 2015).

²⁷ A regra do *stare decisis*, que define hoje os sistemas do *common law*, surgiu no século XIX, como decorrência da doutrina dos precedentes, buscando separar com maior clareza a parte vinculante do precedente (*holding* ou *ratio decidendi*) daquilo que não lhe diz respeito ou não lhe é essencial (*dictum*).

presente, com a preocupação de que a jurisprudência dos tribunais se mantenha coerente.

Assim, ao contrário do ordenamento brasileiro, não se trata de uma alteração repentina no sistema jurídico, sendo certo que, nos países de *common law*, não há nenhum dispositivo legal ou constitucional que estabeleça efeitos vinculantes aos precedentes, nem tampouco que imponha sua observância obrigatória por parte dos órgãos jurisdicionais.

Diante dessas diferenças entre a criação e aplicação das súmulas e dos precedentes, Lênio Luiz Streck e Georges Abboud advertem que o sistema jurídico brasileiro passa por um “perigoso ecletismo”, pois “busca a fórmula dos precedentes sem a correspondente obrigatoriedade de motivação/justificação”²⁸.

Em outras palavras, os operadores do direito no Brasil têm a tendência de utilizar os enunciados de súmula (sejam vinculantes ou persuasivas) e as ementas de acórdãos como se fossem textos legislativos, ou seja, como regras abstratas e gerais, desvinculadas dos casos que lhe deram origem, objetivando os fatos da vida em teses, com a finalidade de solucionar casos futuros²⁹. Ademais, aplicam os precedentes sem a devida argumentação para demonstrar a similitude do caso em concreto com o entendimento firmado nos julgamentos anteriores que deram origem àquele citado precedente.

Dessa forma, o entendimento de que a simples citação de precedentes serve como fundamentação válida supostamente desobrigaria os magistrados de analisar, em sua decisão, as questões tratadas em contraditório pelas partes no caso em concreto, utilizando-se de mera repetição (“acoplamento de sentido”) de precedentes de tribunais superiores, que serviriam como “discursos prévios de fundamentação”³⁰.

(MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.233).

²⁸ STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 128.

²⁹ Embora essa pretensão universalizante seja mais fácil de ser identificada nos enunciados das súmulas, ela também está presente, por exemplo, nas decisões dos julgamentos de recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça, em que, na ementa do julgado, o tribunal se utiliza da expressão “para fins do art.543-C do CPC” e lança, em seguida, a tese abstrata que terá efeitos vinculantes em relação aos demais recursos sobrestados. Até mesmo nas ementas dos acórdãos de tribunais inferiores percebe-se essa pretensão, pela utilização de verbos no presente do indicativo e do sujeito de forma genérica.

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

Porém, até mesmo no *common law*, os precedentes não são aplicados de forma mecânica, como se fossem uma regra pronta, mas passam por intenso debate entre os sujeitos processuais, inclusive de identificação e interpretação da *ratio decidendi*³¹, para depois verificar se é possível aplicá-lo ao caso presente, e sempre de forma fundamentada.

Por outro lado, na aplicação de precedentes no Brasil, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia explicam que não se faz uma reconstrução discursiva de um caso passado para sua aplicação no caso presente:

No entanto, em face da pressuposição brasileira de que os Ministros (e juízes) devem possuir liberdade decisória, cria-se um quadro de “anarquia interpretativa” na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do Tribunal julgam a partir de um “marco zero” interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes³².

Esse problema é especialmente preocupante em um sistema jurídico como o do Brasil, onde existem vários precedentes em sentidos contrários sobre a mesma matéria, muitas vezes dentro do próprio órgão julgador, permitindo que os magistrados se utilizem de um precedente de forma arbitrária na fundamentação de sua decisão, apenas para confirmar seu entendimento pessoal (*confirmation bias*).

Não bastasse, também é comum os julgadores desconhecerem a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal e até mesmo do próprio órgão jurisdicional

³¹ Segundo Bustamante, a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação talvez sejam os pontos mais polêmicos da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259). Maurício Ramires relata que Karl Llewellyn, em 1960, identificou 64 formas de identificar a *ratio decidendi*, e desde então surgiram muitas outras. (RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 69).

³² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro - Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 189, nov./2010, p.43.

a que encontram vinculados³³, instalando verdadeiro “*manicômio jurisprudencial*”³⁴, deixando novamente o resultado da decisão exclusivamente ao “livre” convencimento do magistrado, marcado pela subjetividade.

Porém, cumpre ressaltar que a utilização dos precedentes pode ser positiva para a ordem jurídica do Estado³⁵, mas desde que sejam empregados observando-se a coerência e a integridade dentro do sistema jurídico, bem como os direitos fundamentais previstos na Constituição, sobretudo o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação racional das decisões:

A descrição apresentada por Dworkin para seu modelo de *Law as integrity* é útil porque revela que os juízes, em cada nova decisão, incorpora o material normativo agregado pelas decisões anteriores, como que fazendo uma síntese compreensiva do conhecimento acumulado pelo tribunal nos julgamentos anteriores, sem ter necessariamente de aceitar que os juízes anteriores tenham predeterminado todos os seus passos, mas sabendo que sua tarefa de julgar passa pela reconstrução dos princípios que justificaram os precedentes judiciais (seja para reiterá-los, seja para modificá-los nos casos futuros, se necessário) e pelo desenvolvimento judicial do Direito como se fosse uma teia coerente (*seamless web*) de princípios, casos, regras e soluções jurídicas. O mínimo que se espera para essa teoria do Direito como *integridade* é a aplicação *universal* das

³³ Na busca de apresentar uma aplicação mais constitucionalmente adequada sobre os precedentes, vale destacar o enunciado número 316 aprovado no IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, realizado entre os dias 05 a 07 de dezembro de 2014, em Belo Horizonte: “316. (art. 520). A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários.” Disponível em: https://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Proc_essualistas_Civis. Acessado em 16 de abril de 2015.

³⁴ BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. Processo constitucional e estado democrático de direito. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 144.

³⁵ Nesse sentido, Lênio Luiz Streck e Georges Abboud ressaltam que as súmulas vinculantes não são “um mal em si mesmo”. O problema estaria na forma como são compreendidas e aplicadas (como um “positivismo de cunho exegético”, sem considerar seu elemento hermenêutico), eis que, assim como qualquer texto, também deveriam estar sujeitas a interpretação. (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014).

normas adscritas justificadas na fundamentação apresentada pelos tribunais para suas decisões³⁶.

Diante disso, e tendo em vista a tendência cada vez mais marcante no ordenamento brasileiro de utilização de precedentes, verifica-se que a teoria de Dworkin de Direito como integridade pode contribuir bastante para organização do sistema jurídico, sobretudo como forma de afastar o subjetivismo dos magistrados, a fim de evitar decisionismos e proporcionar decisões mais democráticas, tendo sido encampada pelo Novo Código de Processo Civil, como exposto a seguir.

3.3 Precedentes e integridade no Novo Código de Processo Civil

Apesar das divergências doutrinárias quanto à necessidade de elaboração de um novo Código, o ato do Presidente do Senado nº 379, de 30 de setembro de 2009, instituiu uma Comissão de Juristas, com a finalidade de elaborar o Anteprojeto de Código de Processo Civil.

O Anteprojeto converteu-se no Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, que foi aprovado e encaminhado para a Câmara dos Deputados, onde tramitou como Projeto de Lei nº 8.046/2010. No dia 26 de março de 2014, também foi aprovado na casa revisora, retornando ao Senado para análise das emendas, tendo sido finalmente aprovado o projeto substitutivo, em 17 de dezembro de 2014, o qual foi sancionado pela Presidente Dilma Rousseff e se transformou na Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.

Segundo consta na exposição de motivos do Anteprojeto, o objetivo fundamental na elaboração de um novo Código de Processo Civil era o de estabelecer uma “*coerência substancial*” em relação à Constituição Federal da República, o que inclusive ganhou destaque com a previsão expressa, logo em seu art. 1º, sobre a necessidade de se observar as normas fundamentais da Constituição de 1988.

Além disso, desde a exposição de motivos, preocupou-se com o princípio da segurança jurídica e estabilidade da jurisprudência³⁷, bem como com a força dos

³⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p.269-270.

³⁷ Segundo a exposição de motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: “Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar

precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, como se verifica no seguinte trecho: “Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração”.

Dentre outras questões, o texto do Novo Código de Processo Civil sancionado pela Presidente da República parece ter firmado sua posição no sentido de que alguns precedentes judiciais também podem ser entendidos como fontes do direito, assim como as normas legais. Isso porque, além de poderem ser utilizados para fundamentar as decisões, também se tornam de observância obrigatória pelos órgãos jurisdicionais, conforme se verifica, por exemplo, nos arts. 489, §1º, V e VI, 926 e 927.

Em outras palavras, o texto do Novo Código de Processo Civil tentou importar algumas características do *stare decisis* para regulamentar o uso do precedente judicial no Brasil, que inclusive possuía um Capítulo próprio, intitulado “Do precedente judicial”, o qual somente foi retirado na fase de revisão no Senado, mas mantendo-se alguns dos seus dispositivos no Capítulo das “Disposições Gerais”, do Título I, do Livro III da Lei sancionada.

Vale destacar que, durante a tramitação do Projeto na Câmara dos Deputados, houve uma mudança significativa em relação à matéria dos precedentes. O dispositivo que estabelecia que os tribunais deveriam velar pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, foi alterado para acrescentar a necessidade de mantê-la íntegra e coerente³⁸, na esteira da teoria de Dworkin.

Ao criticar a tentativa de importação da teoria dos precedentes para o Brasil, Lênio Luiz Streck, autor da sugestão da alteração, explica que, enquanto estabilidade é um conceito “autorreferente” numa relação direta com julgados anteriores, integridade e coerência “guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso”³⁹:

Assim, haverá *coerência* se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos

estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize”.

³⁸ O art. 926, *caput*, do Novo CPC dispõe o seguinte: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

³⁹ STRECK, Lênio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law! Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acessado em 17 de fevereiro de 2015.

idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da *força normativa* da Constituição. A *coerência* assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Já a *integridade* é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, *que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido*. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Água e azeite⁴⁰.

Portanto, a determinação de integridade e coerência na aplicação dos precedentes busca evitar arbitrariedades e decisionismos por parte dos magistrados, aproximando-se do Estado Democrático de Direito, na medida em que devem proferir decisões com a mesma *ratio decideni* para casos idênticos e semelhantes, a menos que seja caso de empregar as técnicas de *distinguishing* ou *overruling*⁴¹.

Aliás, a importância da integridade e coerência na aplicação dos precedentes é tamanha que o art. 489, §1º, VI, do Novo CPC estabelece que não se considera fundamentada a decisão judicial que 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.

⁴⁰ STRECK, Lênio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acessado em 17 de fevereiro de 2015.

⁴¹ Em poucas palavras, ambas são técnicas empregadas para justificar a não aplicação de determinado precedente ao processo em julgamento, seja pela diferenciação das circunstâncias fáticas e jurídicas, no caso de *distinguishing*, seja pela superação do entendimento do precedente, na hipótese de *overruling*.

Assim, se uma das partes invocar um precedente, demonstrando a sua similaridade fática e jurídica com o caso presente, o órgão julgador não poderá simplesmente ignorar os julgados anteriores, como se estivesse em um “marco zero interpretativo”. Isto é, semelhante à ideia do “romance em cadeia” de Dworkin, ainda que para afastar a aplicação do precedente no caso presente, o julgador deverá demonstrar porque o precedente não se aplica ou porque o seu entendimento deve ser superado, sob pena de nulidade da decisão por ausência de fundamentação⁴².

Nesse ponto, cumpre ressaltar que a integridade do sistema de precedentes deve ser preservada até mesmo na hipótese de superação do entendimento consolidado em casos anteriores, devendo atuar pelo menos em duas vertentes.

Em primeiro lugar, é somente com a aplicação da integridade que se pode justificar, com legitimidade, a quebra de uma cadeia de julgados que vinha se repetindo de forma coerente, com base em (aparente) igualdade, mas que não mais correspondia às normas constitucionais e legais no contexto atual da sociedade⁴³.

Embora tenha sido retirado na revisão no Senado, havia um dispositivo no Projeto aprovado na Câmara dos Deputados prevendo que a modificação de precedente vinculante poderia fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida. De toda forma, mesmo que o referido dispositivo não tenha sido aprovado, pode-se afirmar que sua norma ainda constituiu um critério relevante para utilização dos precedentes.

Por outro lado, também é importante assegurar a integridade no processo de superação dos precedentes, a fim de impedir que os órgãos jurisdicionais se utilizem do *overruling* de forma indiscriminada e mal fundamentada, apenas para justificar as suas opiniões pessoais, dando margem para abusos e arbitrariedades.

Nesse sentido, o §4º do art. 927 do Novo Código de Processo Civil dispõe que a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada, ou da tese adotada

⁴² Na tentativa de superação das críticas feitas no item 2.2, notadamente quanto à abstração e generalidade dos precedentes, que se desvinculam do caso em concreto, para se transformar em enunciados assertóricos, cumpre transcrever a redação do art. 926, §2º, do Novo CPC, já sancionado: “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

⁴³ No caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), citado inclusive por Dworkin, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou inconstitucional a separação entre estudantes negros e brancos nas escolas públicas, em superação ao entendimento contido no caso *Plessy v. Ferguson* (1883), que adotava o princípio “separados, mas iguais”, e no caso *Dred Scott v. Sanford* (1857), que declarava que os escravos não eram cidadãos.

em julgamento de casos repetitivos, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Portanto, em um sistema jurídico que pretenda trabalhar com precedentes, ainda que filiado à tradição romano-germânica, a coerência e a integridade devem orientar qualquer interpretação e aplicação do direito, sobretudo as decisões jurisdicionais, como forma de afastar o solipsismo e decisionismo, e concretizar o Estado Democrático de Direito.

4 CONCLUSÃO

O alcance do ideal da integridade dentro do Direito, conforme proposto pela teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, se coaduna com o uso dos precedentes judiciais, mas não podem os juízes se esquecerem que, tal como no caso do romancista que escreve em cadeia, devem ser observados os julgamentos anteriores na construção de uma nova decisão, ainda que para superá-los, eis que sempre surgirão novas circunstâncias, reflexos da própria dinâmica da vida em sociedade.

Se já se sabe que a lei não é capaz de prever toda a imensa gama de situações que, diante das complexidade intrínseca às relações sociais, poderão emergir e chegar a apreciação do Judiciário, tampouco se pode almejar que a jurisprudência já tenha conseguido analisar tudo. Dentro disso, o uso dos precedentes judiciais deve observar a coerência e a integridade do ordenamento jurídico, devendo os juízes ficarem cientes de que não precisam necessariamente adotar as mesmas decisões proferidas no passado, mas que podem, reconstruindo os princípios que as justificaram, endossá-las ou modificá-las, como se construíssem um novo capítulo, desde que entrelaçado com os demais.

A prática da utilização dos precedentes, recentemente valorizada em países que não a adotam tradicionalmente, posto que se filiam a tradição jurídica do *civil law*, tem sido utilizada com o intuito de desafogar o Judiciário, atenuando a morosidade – especialmente no Brasil – e garantindo a efetividade processual e, principalmente, a segurança jurídica. Contudo, não basta que tal prática cumpra as finalidades mencionadas, se não se garante, por outro lado, um processo constitucional verdadeiramente democrático, que observe estritamente as garantias conferidas às partes,

tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e o princípio da fundamentação das decisões.

As experiências de aproximação dessa tradição já ocorridas no Brasil, especialmente com a criação das súmulas e a larga utilização da jurisprudência pelos juízes brasileiros, receberam da doutrina diversas críticas, especialmente em virtude da imperfeição da importação que tem permitido o uso de tais institutos sem a devida fundamentação e, além disso, sem observância da vinculação fática e jurídica do caso julgado ao precedente nele citado, o que definitivamente não é o que ocorre nos países do *common law*. Ademais, ao se tolerar a existência de julgados que decidem de forma diversa sobre a mesma matéria, inclusive dentro do mesmo órgão jurisdicional, estaria se permitindo o uso arbitrário e subjetivo dos precedentes pelos juízes, violando a segurança jurídica.

Diante da relevantíssima mudança legislativa que agora acontece, com a substituição do Código de Processo Civil de 1973 por outro mais coerente com o próprio texto constitucional, é preciso reforçar o compromisso com a integridade, na esteira do proposto por Dworkin e, no que tange à integridade na jurisdição, garantir sempre a coerência das decisões com o conjunto das leis vigentes exatamente para evitar o voluntarismo nas decisões judiciais e garantir a igualdade. Por isso, é preciso que a nova lei garanta que a valorização dos precedentes não vá servir de mero artifício para reduzir a sobrecarga judiciária, regulando seu uso de forma minuciosa, sob pena de acabar permitindo, de forma reflexa, o desrespeito aos direitos fundamentais dos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Marcelo Cunha de. O império do Direito, de Ronald Dworkin. In **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 7-8, p. 118-142, 1º e 2º sem. 2001.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Brasília: Senado

Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015
Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ.
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. www.redp.com.br ISSN 1982-7636 PP 14-41

Federal, Presidência, 2010. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acessado em 21 de
fevereiro de 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Substituto da Câmara dos Deputados
ao Projeto de Lei do Senado, nº 166 de 2010.** Reforma do Código de Processo Civil.
Publicado em 18/12/2014. Disponível em:
http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731.
Acessado em 21 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília:
Diário Oficial da União de 17/03/2015. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm; Acessado
em 2 de abril de 2015.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito.**
2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e
a aplicação das regras jurisprudenciais.** São Paulo: Noeses, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do direito.** São
Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Império do Direito.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENUNCIADO Nº 316 DO FORUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS
CIVIS. **IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis.** Salvador: 08 e
09 de novembro de 2013. Disponível em:
[https://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Per
manente_de_Processualistas_Civis](https://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis). Acessado em 16 de abril de 2015

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2 ed. rev. e atual. São Paulo:
Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. ABBOUD, Georges. **Stare Decisis vs Direito
Jurisprudencial.** In: FREIRE, Alexandre, *et. alii*. *Novas Tendências do Processo Civil:*
Estudos Sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. Bahia: Editora JusPodivm,
2013, p. 483-512.

PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de integridade para o direito de Ronald
Dworkin. Como casos podem ser decididos à luz de uma “resposta correta”. **Jus
Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3526, 25 de fev. 2013. Disponível em:

<http://jus.com.br/artigos/23808/a-proposta-de-integridade-para-o-direito-de-ronald-dworkin/2>. Acessado em 22 de fevereiro de 2015.

PINTO, Antônio Delgado. La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin: análisis y valoración. In: **Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, v II, p. 15-43, jan.-dez. 2002.

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

SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Súmula vinculante e o instituto dos assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial. **REDES - Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas: UnilaSalle Editora, vol. 2, n.1, mai./2014. Disponível em <http://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/1445>. Acessado em 17 de fevereiro de 2015.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!!** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acessado em 17 de fevereiro de 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acessado em 17 de fevereiro de 2015.

TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 199, 2011

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro - Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 189, nov./2010.