

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALAN MORI BRITO SOARES

**DESLEITURAS EM SÉRIE: UMA ANÁLISE NARRATIVA DO
PRECEDENTE JUDICIAL BRASILEIRO A LUZ DE
DESVENTURAS EM SÉRIE**

VITÓRIA
2019

ALAN MORI BRITO SOARES

**DESLEITURAS EM SÉRIE: UMA ANÁLISE NARRATIVA DO
PRECEDENTE JUDICIAL BRASILEIRO A LUZ DE
DESVENTURAS EM SÉRIE**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: Profº Dr. Vitor Burgo

VITÓRIA

2019

AGRADECIMENTOS

Esta talvez deva ser uma das mais difíceis tarefas que a produção desta monografia me impôs, afinal, são longos anos de graduação e um único momento para expressar a gratidão a todos que ajudaram nesta caminhada, por óbvio, o medo do esquecimento de alguém importante sempre existe, então, neste momento fica o registro daqueles que foram mais importantes durante esse período. Deste modo, é preciso inicialmente agradecer a Deus, por me permitir atravessar todo o árduo caminho até este momento e proporcionar tanto crescimento nestes anos.

Da mesma forma agradeço, em especial, minha mãe Claudia, meu pai, de coração, socioafetivo, de fato, ou qualquer outro termo jurídico que defina uma relação de afeto e carinho, Adailson, e meus irmãos, Igor e Caio, que nunca deixaram de me apoiar, cada um à sua maneira, e abriram mão de uma vida mais estável e tranquila para me proporcionar o acesso a melhor educação e cultura possível, a eles só posso expressar meu amor e minha eterna gratidão! Agradeço também a Maria Alza e Moacyr, meus avós, meus tios, e meu pai biológico, e toda a minha família que também estive ao meu lado durante essa caminhada.

Agradeço a Dalila, minha companheira, de vida, de luta, de faculdade, de debates, de amor, por me entender, me ajudar, me incentivar nas pesquisas e ser, acima de tudo, uma fonte de inspiração para mim, esses anos seriam muito mais árdios sem a sua presença diária, coincidência ou não, o depósito deste trabalho ser na data de seu aniversário, então eternizo meus Parabéns meu amor!

Agradeço ainda ao Professor Vitor Burgo, amigo, orientador, conselheiro, um grande espelho para a minha vida acadêmica, que muito me inspirou durante estes anos de parceria e aprendizagem, muito obrigado, meu amigo!

Por fim, agradeço aos meus amigos de faculdade, Humberto, Gabriel, Hermann, Valdir, Felipe, membros vitalícios do egrégio Bondão, que me acolheram com tanta fraternidade ao chegar na FDV e sempre tornaram minhas manhãs melhores, obrigado meu time!

RESUMO

O presente trabalho visa entender como a estrutura narrativa empregada por Lemony Snicket, em sua obra *Desventuras em Série*, pode auxiliar a aplicação da teoria dos precedentes judiciais no Brasil. Para tanto, é necessário analisar o contexto histórico e o nascimento da teoria dos precedentes e os seus elementos fundamentais, como: conceito, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, distinção e superação. Superado este ponto, é preciso fazer uma análise doutrinária da forma como vêm se dando a aplicação da teoria dos precedentes no Brasil a partir do CPC de 2015, quais os pontos de acerto e especialmente quais os erros que os operadores do direito encontram para usar dos precedentes judiciais brasileiros e razão destas dificuldades. Por fim, a partir da visão de Ronald Dworkin acerca do direito pela literatura e seguindo a linha da teoria narrativa do direito de Lenio Luiz Streck e Andre Karam Trindade fazer um estudo de como a produção do nosso precedente pode se dar por meio dos estudos do direito e literatura, demonstrando ser possível uma aproximação entre a estrutura narrativa da obra literária escolhida como base para o trabalho, a teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin e, por consequência, os precedentes judiciais brasileiros. Por meio da realização de pesquisa bibliográfica através do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Direito e Literatura. Precedentes Judiciais. Narrativa Jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À BRASILEIRA E OS SEUS CONCEITOS ELEMENTARES.....	07
2 A FALTA DE CULTURA DO USO DE PRECEDENTES E A SUPRESSÃO HERMENEUTICA CAUSADA PELA OBSSEÇÃO DISPOSITIVA BRASILEIRA.....	20
3 TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, A ESTRUTURA NARRATIVA DE DESVENTURAS EM SÉRIE E A SUA INFLUÊNCIA NO PRECEDENTE JUDICIAL.....	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

Uma das principais inovações do Novo Código de Processo Civil é a sistematização de uma teoria dos precedentes judiciais brasileiros, uma ideia do legislador na expectativa que os Tribunais brasileiros assumam uma posição de coerência e integridade na sua jurisprudência e fossem mais céleres na decisão de processos judiciais.

Ocorre que, com o passar dos anos de vigência da nova lei é preciso analisar como está a construção teórica brasileira acerca do tema, e especialmente identificar os problemas enfrentados na formação dos precedentes. E como a falta de cultura no uso dos precedentes causa inadequações no uso deste instituto no Brasil.

A falta de cultura no uso dos precedentes judiciais no Brasil torna, em alguns casos, a sua aplicação confusa e sem maior rigor, por isso uma análise destes julgados por um viés da literatura pode contribuir para uma melhor construção das decisões pelos julgadores. Isso se justifica pela ampliação interpretativa que a literatura emprega ao seu leitor, e este tipo de ampliação hermenêutica pode melhorar a forma como ocorre a escolha do paradigma para cada caso concreto.

Por esta razão, neste trabalho tentará se mostrar uma aproximação entre a estrutura narrativa de *Desventuras em Série*, obra literária de Lemony Snicket, e a construção do precedente brasileiro. Com o objetivo de demonstrar que o direito e literatura pode suprir um déficit hermenêutico existente no uso da teoria dos precedentes judiciais no Brasil.

Isso quer dizer que a melhoria do uso da teoria dos precedentes judiciais brasileiros passa por uma melhora na forma como se faz a análise hermenêutica das decisões anteriores para identificar e buscar um paradigma, por isso, a interseção entre o direito e a literatura tem condições de melhorar a forma narrativa que os tribunais usam para a construção dos precedentes.

E em consequência da melhor formatação narrativa a interpretação destes julgados será realizada de melhor forma pelos operadores e em razão disto a teoria dos precedentes judiciais brasileiros deverá se aperfeiçoar e ser melhor utilizada pelos julgadores e advogados.

Para apoiar os entendimentos e maior rigor científico iniciaremos os estudos a apresentação de elementos teóricos fundamentais para a compreensão dos demais debates, ou seja, a discussão terá início com os conceitos elementares para o entendimento da doutrina dos precedentes. Após ser apresentada uma discussão para promover a problematização dos precedentes a brasileira e caminhando a conclusão será promovida a análise da interseção entre o direito e a literatura junto a teoria dos precedentes.

1 TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À BRASILEIRA E OS SEUS CONCEITOS ELEMENTARES

A doutrina processual brasileira vem criando uma tendência de pensar o precedente judicial a partir do Código de Processo Civil de 2015. Porém, é preciso entender que a teoria dos precedentes judiciais é anterior ao CPC. Podemos aprender com os conceitos elementares e os sistemas de justiça que há muitos anos utilizam decisões judiciais como fonte primária do direito. Desta maneira, evita-se que o ainda embrionário sistema de precedentes brasileiros passe por crises desnecessárias e que já foram solucionadas em outros lugares do mundo.

Para conhecer da teoria dos precedentes é necessário ter consciência que o instituto se mescla com a história do próprio direito, por isso, deve ser analisado a partir de um conteúdo histórico, a ser enfrentado pelo ramo da história do direito. Ao direito processual, cerne deste trabalho, cabe o entendimento do seu processamento, formação, mutação, distinção e superação, porém, não há como produzir um estudo do precedente de modo local, razão pela qual, é necessário um aprofundamento nas origens deste modelo jurídico.

Em aspecto inicial é preciso apresentar as diferenças entre os sistemas jurídicos do *civil law* e *common law*. A principal delas é a escolha da fonte primária do direito, ou seja, a principal base para que o operador assuma seus posicionamentos e fundamente sua argumentação. A fonte primária no *civil law* remonta aos códigos e as leis, em uma derivação do modelo Francês, enquanto no *common law* (DAINOW, 2001, p. 425), a fonte primária é a própria decisão judicial que servirá de fio condutor para futuras relações processuais.

Outro ponto de distinção entre os dois modelos é exatamente a função da jurisdição que no sistema *civil law* é de promover a atuação da vontade concreta da lei (DAMASKA, 2009, p. 5) e por essa razão é possível conceber os juízes que atuam neste sistema como sendo juízes boca de lei, afinal, são o

instrumento para a demonstração da vontade concreta da legislação aprovada pelo legislativo (STRECK, 1998, p. 12-14).

Já quanto a função da jurisdição no sistema do *common law* se destaca a pacificação dos litigantes (DAMASKA, 2009, p. 6-7), neste sistema o Judiciário quer ver a solução do problema que levou as partes ao poder judiciário, não importando muito qual o meio escolhido. Essa é uma das razões que permitem um maior número de acordos judiciais ou extrajudiciais no sistema anglo-saxão que no sistema brasileiro (STRECK, 1998, p. 12-14).

Diante deste cenário, é preciso entender que a teoria dos precedentes judiciais é oriunda dos países do *common law*, sendo também conhecida como *case law*, ou seja, o direito que surge a partir dos casos concretos apreciados pelo Poder Judiciário e torna-se paradigma (ZUFELATO, 2015, p. 91). Em seu oposto, no *civil law*, o direito nasce a partir da norma, do texto, ou da interpretação de onde extraímos a norma jurídica e partir desta interpretação aplicamos ao caso concreto. Atualmente, existe uma tendência de aproximação entre os dois sistemas, cada vez mais assistimos países anglo-saxões produzindo legislações e países de origem jurídica germânica iniciando o uso de precedentes judiciais.

Neste trabalho nos limitaremos à apresentação desta diferenciação aos termos apresentados, sendo suficiente para introduzir o leitor no contexto de surgimento da teoria estudada. Neste sentido, o posicionamento do precedente no sistema adotado pelo Brasil deveria ser secundário em vista da legislação, apesar de, vivermos um momento de “dar vivas ao *common law*” (STRECK, 2013), pois, mudanças no ordenamento processual brasileiro vêm ampliando a força dos precedentes de Tribunais, em especial dos Tribunais Superiores.

Partindo para conceitos mais específicos ao tema, mas ainda em caráter introdutório, deve-se entender que o precedente judicial não tem o mesmo sentido de jurisprudência, por mais que exista a confusão por inúmeras pessoas entre estes dois institutos. Podemos considerar que existem diferenças qualitativas e quantitativas entre jurisprudência e precedente (BRASIL JR, 2011, p. 32).

A qualitativa é a forma de aplicação, com aplicação dos precedentes por uma análise da matéria de fato de um caso paradigma que se aproxima de uma nova relação jurídica visando à aplicação da matéria de direito. Já a jurisprudência é um conceito geral, uma formação de enunciado por um tribunal sem conexão fática direta entre as demandas. Porém, na diferenciação quantitativa temos que o precedente é uma única decisão que pode ser singularizada e identificada, enquanto a jurisprudência é um conjunto de decisões que não são singularizadas ou identificados e sim um conjunto geral de decisões de um mesmo Tribunal (BRASIL JR *apud* TARUFFO, 2011, p. 34).

O grande cerne da questão está na dificuldade que o judiciário brasileiro possui de fazer a escolha correta dos casos em que cada precedente judicial deve ser empregado. Considerado esse ponto, alguns conceitos fundamentais são necessários para o melhor entendimento deste tema, são eles os de: precedente judicial, distinção e superação.

O primeiro destes conceitos fundamentais a ser apresentado é o de precedente judicial e para isso recorreremos a Fredie Didier Jr (2018, p. 513) que conceitua precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. Isso quer dizer que uma demanda judicial, com seus fatos, circunstâncias, pessoas, e todos os outros elementos que compõem o bojo de uma relação processual é escolhida por um Tribunal para ser modelo para o julgamento de outras questões que possuam com ela semelhança.

Este conceito apresentado por Fredie Didier Jr é didático e capaz de apresentar os elementos essenciais a compreensão do que seja um precedente. Porém, uma outra corrente doutrinária, capitaneada por Lenio Streck e Georges Abboud definem precedente como a decisão de um Tribunal com a aptidão de ser reproduzida e promover a fundamentação de uma outra relação processual que terá com este paradigma obediência hermenêutica. (STRECK; ABOUD, 2015, p. 46). O conceito apresentado por esta corrente doutrinária está mais ligado à estruturação hermenêutica da aplicação do precedente judicial, e é considerada,

por este autor como mais completa, porém, menos didática que a anteriormente apresentada.

Na teoria adotada no sistema brasileiro de precedentes é possível que uma decisão anterior seja: [i] de observância obrigatória pelo julgador, aqui falamos de precedentes vinculantes; ou [ii] serem usados com *status* argumentativo junto ao julgador do caso, sendo concebidos como precedentes persuasivos. Ao tratarmos das decisões que possuem efeitos vinculantes devemos fazer remissão a teoria do *stare decisis*, que deve ser entendida como a impossibilidade de moléstia aos fundamentos de decisões anteriormente tomadas (BRASIL JR, 2011, p. 36), significa dizer que as decisões anteriormente tomadas remetem a matérias de importância ímpar que não devem sofrer mudanças, salvo em caso de deliberação específica.

É graças à teoria do *stare decisis* que atribuímos uma certa estabilidade as decisões proferidas pelo Poder Judiciário nos países de *common law*. grande objetivo da técnica é manter uma previsibilidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Com isso, obtemos uma segurança maior e mais avançada em relação ao sistema *civil law* que pode ser afetado pela discricionariedade do julgador na hermenêutica da relação texto-norma (STRECK; RAATZ, 2016, p. 393)

Não obstante, o precedente de efeito persuasivo consiste no uso de uma decisão que pode ser usada como paradigma, desde que guarde similitude com o caso concreto sem que exista qualquer obrigatoriedade neste uso. É a recepção do precedente como argumento de decisão (TUCCI, 2004, p. 58), esta recepção pode se dar em função da similitude de casos, proximidade de tempo entre as decisões, maior prestígio do tomador da decisão paradigma ou um grande número de decisões acerca do tema a serem tomadas (TUCCI, 2004, p. 59).

Neste sentido, podemos observar que o uso da teoria dos precedentes tem como objetivo a crença de um paradigma para outros julgamentos, evitando desta maneira decisões conflitantes e uma morosidade maior no Judiciário Brasileiro. Isso se justifica pelo caos implantado no Poder. Segundo dados do estudo

Justiça em Números, programa de avaliação do judiciário brasileiro implementado pelo Conselho Nacional de Justiça, existiam no ano de 2017 80,1 milhões de processos pendentes de um julgamento definitivo.

Diante da situação narrada, é razoável pensar em mecanismos para a melhoria da rapidez na prestação jurisdicional ao cidadão, afinal, como leciona a professora Ada Pelegrini Grinover (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2002, p. 72): “o princípio da economia processual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego de possível de atividades processuais”. Apesar da necessidade de proporcionar um processo judicial cada vez mais rápido é preciso respeitar o chamado tempo fisiológico do processo, ou seja, o tempo que o seu procedimento em contraditório necessariamente durará para que ocorra a paridade de armas entre os litigantes (CAMBI; NEVES, 2016, p. 101). Assim, é necessário que seja dado andamento aos litígios, porém, o debate deve ser observado da maneira mais efetiva possível.

Essa ideia é defendida pelo Professor Jose Carlos Barbosa Moreira (2004, p. 5) quando apresenta a ideia que a justiça rápida nem sempre é a melhor justiça, e faz essa afirmação para dissipar o mito que deve se primar pela rapidez do julgamento a qualquer custo. Prossegue o autor reiterando que a demora fisiológica do processo é, em última análise, verdadeira salvaguarda que qualquer sociedade tipicamente democrática ousaria superar.

Ocorre que aqueles que inflacionam os danos marginais causados pelo tempo do processo esquecem que a situação não é exclusivamente brasileira (MOREIRA, 2004, p. 2), e que não há uma única razão que dá causa a lentidão processual (MOREIRA, ,2004, p. 2-5). Deste modo, uma implementação de um sistema de precedentes pode além de não resolver todos os problemas que serão necessários para a maior rapidez do processo judicial brasileiro, positivar que o ordenamento brasileiro entende que o melhor processo é aquele que é mais célere, e caso isso ocorra estaríamos a caminho da barbárie em nosso sistema.

Partindo desta discussão o novo CPC, nos apresentou a teoria dos precedentes judiciais brasileiro, com seus próprios institutos. Ocorre que, estes institutos foram em sua maioria importados dos modelos de justiça que utilizam o *common law* como sistema de funcionamento, e por isso parte da doutrina que será usada por mais é anterior ao Código, porém, a ele se adequa.

Depois desta análise conceitual, fica o questionamento acerca da forma como se deve fazer a leitura da decisão que serve de paradigma para futuras relações jurídicas. Para isso é necessário conhecer o conceito de *ratio decidendi* ou *holding*. Ocorre que podemos ter inúmeras definições apresentadas para estes termos em função do objetivo para qual é aplicado.

Neste trabalho apresentaremos a *ratio decidendi* como a norma geral que pode ser extraída de um precedente judicial, o enunciado que reflete a opinião do Magistrado que prolatou a decisão e que sem ela a própria decisão não subsiste (CHIASSONI, 2004, p. 81). Este conceito merece ainda ser aprimorado, definindo que é a *ratio decidendi* os fundamentos determinantes para que seja tomada a decisão apresentada no caso concreto, ou seja, sem estes motivos a norma geral não seria aplicada da maneira como definiu-se na relação jurídica processual em questão. (TUCCI, 2004, p. 175).

Desta maneira, podemos considerar que a *ratio decidendi* é a parte mais importante do precedente judicial, afinal, será este ponto do precedente que se comunicará com todas as demais relações jurídicas que guardam semelhança com o caso paradigma. É ela que definirá qual precedente pode ser usado para fundamentar uma determinada relação jurídica. Trata-se de verdadeiro critério de decisão judicial e concebido como tal afasta a arbitrariedade do julgador que terá um critério e conseqüentemente uma teoria da decisão judicial que apontará os motivos determinantes da escolha deste precedente (STRECK, 2015, p. 48).

É a *ratio decidendi* das decisões que, poderá apresentar efeitos vinculantes. A definição é importante para entender que nos precedentes vinculantes este efeito não é dado à parte dispositiva da decisão (BRASIL JR, 2011, p. 35), que será abarcada pela coisa julgada, mas sim, aos elementos e razões

colacionados à decisão e que levam aos seus fundamentos. Existe uma parcela da doutrina que concebe este fenômeno como um efeito transcendente da fundamentação, porém, da mesma maneira, somente a *ratio decidendi* será abarcada (MELLO, 2008 p. 80).

Contudo, essa leitura, ao entender deste autor não é a mais indicada, pois, o sistema constitucional brasileiro não comporta a eficácia transcendente dos motivos determinantes. Motivo principal para este entendimento é que no sistema processual brasileiro o julgador está adstrito ao pedido, mas não a causa de pedir, ou seja, em nosso modelo o julgador pode alterar a causa de pedir para a resolução da lide, reflexo do conhecido dogma da congruência do pedido a decisão (ARRUDA ALVIM, 2008, p. 667). Diante desta afirmação, se demonstra que o limite do julgamento no processo brasileiro se dá em função do pedido, nesse sentido, o pedido é uma proposta de decisão que a parte apresenta ao julgador.

Diante desta situação, defender que a eficácia vinculante dos precedentes vinculantes brasileiros deriva do efeito transcendente dos motivos determinantes geraria a possibilidade de o tribunal alterar a causa de pedir, em função da teoria da substanciação e por estar adstrito ao pedido, mas não aos fundamentos jurídicos apresentados e levar a lide a qualquer ponto, ou seja, seria um meio de admitir uma atuação de ofício de um tribunal.

A controvérsia em torno dos efeitos transcendentais dos motivos determinantes é de maior apreço em sede constitucional, chegando o Supremo Tribunal Federal a adotar, em alguns casos a sua aplicação, porém, na Reclamação nº 3.014 o Tribunal Constitucional afastou, de maneira acertada, este entendimento.

A problematização apresentada até este momento tem como objetivo afastar a aplicação da teoria dos motivos determinantes do sistema de precedentes brasileiros. E demonstrar que a eficácia vinculante do nosso precedente surge de uma tentativa de aproximação do *stare decisis* devendo ser o dispositivo o limitador da interpretação dos fundamentos do acórdão e a partir deste procedimento hermenêutico é possível a geração da regra vinculante daquele

precedente (STRECK, ABBOUD, 2017, p. 1240). A violação ao uso deste modelo, daria um poder exagerado ao órgão julgador, pois, seria possível implementar eficácia vinculante a qualquer ponto que o julgador desejasse, bastava uma alteração da causa de pedir.

Ademais, como último argumento para extirpar o uso da teoria da transcendência dos motivos determinantes, em especial nas matérias constitucionais apreciadas pelo STF, é preciso demonstrar que as decisões do Supremo Tribunal em sede de controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes* e é essa eficácia, em conjunto a estrutura do *stare decisis*, em razão da grandeza da matéria que confere a eficácia vinculante a este tipo de precedente (STRECK, ABBOUD, 2017, p. 1240). Por estas razões não há como o aplicador da teoria dos precedentes brasileiros pensar na possibilidade de meramente transcender os motivos de uma decisão para a outra.

A aplicação do efeito vinculante a *ratio decidendi*, no nosso sistema, é oriunda de uma atividade hermenêutica, que deve ter como balizas o pedido para interpretação dos fundamentos apresentados, e a partir deste procedimento interpretativo determinar a *ratio* que terá eficácia vinculante. Portanto, em nosso ordenamento jurídico somente deve ser aplicado efeitos vinculantes a *ratio decidendi* dos precedentes, por ser objetivo de nossa teoria uma aproximação do *stare decisis*.

Ademais, podemos defender esta tese, afirmando que nas decisões do STF proferidas em controle concentrado de constitucionalidade há a presença do *stare decisis* horizontal representado pela coisa julgada *erga omnes* (MARINONI, 2007) e em sentido vertical que corresponde ao efeito vinculante empregado pelo artigo 103, § 2º da Constituição da República. Diante deste cenário, defendemos que é a *ratio decidendi* que será atribuída efeitos vinculantes em função da teoria do *stare decisis*.

Em caminho de encerramento desta conceituação geral de *ratio decidendi* é o momento de mostrar onde se encontram os seus elementos, é importante definir que não é o julgador que prolatou a decisão que identificará a *ratio*, mas sim

aquele que efetivamente aplicará o precedente (TUCCI, 2004, p. 175) e isso impõe uma hermenêutica correta, buscando uma única resposta correta, por parte do aplicador; logo, quando se aplica uma técnica narrativa (como será definido neste trabalho) ao precedente fica facilitado o trabalho interpretativo do julgador e surge um melhor uso a teoria.

Outro conceito importante nesta teoria do precedente judicial é o de *obiter dictum* - usando da taxonomia pode ser definido como dito de passagem. Nesta linha, os argumentos *obiter dicta* são os enunciados que somente são usados como argumentação irrelevante ao resultado final da demanda (STRECK; ABOUD, 2015, p. 48). A título de exemplo podemos considerar os juízos normativos acessórios, elementos hermenêuticos que não guardem maior ligação com o caso concreto, e opiniões expressadas pelo magistrado que não são relevantes para a decisão final do caso (MARINONI, 2011, 235-237).

Embora exista o exercício de apresentar exemplos de matérias que deverão ser consideradas como *obiter dictum* é importante ressaltar que a sua identificação deverá ser feita com base em cada caso, e de maneira negativa, ou seja, aquelas questões que não são razões de decidir devem ser consideradas como argumentos de passagem, podemos considerar que estes são argumentos ditos para morrer, isso quer dizer que não possuem importância para a teoria dos precedentes, mas para a coesão da decisão judicial que está se produzindo. (NOGUEIRA, 2011, p. 179).

Na teoria dos precedentes judiciais brasileiros o *obiter dictum* assume uma posição mais relevante que nos ordenamentos comumente definidos pelos de *common law*, em muitos casos ele é usado como instrumento de superação do precedente. Isso se deve à classificação do voto vencido na formação do precedente como argumento *obiter dictum* (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 431). Há, atualmente um limite dos contornos deste tema, pois, após a alteração do Código de Processo Civil os embargos infringentes foram suprimidos e este era o principal meio de usar este voto vencido como argumento para a superação do precedente; logo, sem este veículo é preciso ter maior

cautela para defender esta tese, porém, não nos foi apresentado tese que refute esta ideia.

Em contraposição a este entendimento é possível fazer a defesa de que o voto vencido seja considerado parte integrante da *ratio decidendi*, pois auxilia o intérprete a obter os argumentos mais importantes do julgamento. Ademais, é possível ainda o considere como *ratio* ao observarmos que em alguns casos é somente graças a ele que ocorre a convocação da extensão de julgamento.

Nesse sentido, é possível promover a seguinte defesa: se o elemento possui importância para levar o julgamento a um outro modelo de procedimento não pode ser considerado um argumento dito para morrer. Neste trabalho não nos estenderemos nessa controvérsia por não ser o foco principal deste estudo.

Citada a técnica de superação do precedente, é hora de apresentar os modos de fuga da aplicação da teoria dos precedentes, ou seja, como evitar que um caso paradigma seja aplicado a uma relação jurídica posterior. Na teoria brasileira existem duas formas de se chegar a este resultado a distinção ou *distinguishing* e a superação ou *overuling*, analisaremos cada uma delas separadamente.

Começando esta análise com a técnica da distinção é preciso fazer uma observação que existem duas concepções para a distinção, a distinção enquanto método e a distinção enquanto resultado (TUCCI, 2012. p. 125). O primeiro diz respeito a forma como o Magistrado deve analisar se existe elementos fáticos que justificam a aplicação do precedente ao caso em análise, por sua vez o segundo representa a distinção entre o caso paradigma e o caso em aplicação (TUCCI, 2012, p. 125-127). Neste trabalho dar-se-á foco a segunda acepção deste instituto.

Desta forma, a distinção será a exceção da aplicação ao precedente judicial, e esta distinção se dará contraposição entre as circunstâncias de fato que o caso em apreço possui e o caso paradigma possuía. Não são todos os processos judiciais que possuem narração de fatos exatamente idênticos; em regra,

existem diferenças em maior ou menor grau entre estas narrativas, o que definirá se o precedente deverá ser usado no caso em análise é exatamente o quanto esta diferença traz efeitos ou alterações as razões de decidir do caso em julgamento (BRASIL JR, 2011, p. 59).

O procedimento correto a ser adotado pelo magistrado é realizar uma análise das circunstâncias fáticas dos dois casos e compará-las, verificando a existência de uma similitude daí, deve ser capaz de identificar se a *ratio decidendi* do caso paradigma se aplica ao conflito que está sendo resolvido (TUCCI, 2004, p. 171). Caso o magistrado entenda que as circunstâncias fáticas se diferenciam de modo a impossibilitar a aplicação da *ratio decidendi* outrora definida, deverá aplicar a técnica de *restrictive distinguishing* e decidir de maneira livre o caso em julgamento, obviamente sempre respeitando a teoria da decisão judicial ensinada por Ronald Dworkin e que será estudada em item posterior deste trabalho, sem qualquer orientação ou vinculação ao caso paradigma (TUCCI, 2004, p. 171).

Não obstante, no caso de no exercício da cognição o julgador entender que os elementos de fato relevantes da decisão judicial são semelhantes e que os casos merecem a mesma tese jurídica, deve fazer uso do *ampliative distinguishing* (NOGUEIRA, 2011, p. 201) que é a aplicação do precedente. Este modelo de distinção é resultado do panorama de modo deste instituto jurídico, e não de sua versão de resultado.

Necessário conectar a esta ideia o conhecimento que somente as circunstâncias de fato são capazes de excepcionar a aplicação de um precedente, em especial um precedente vinculante, é o que Jose Rogério Cruz e Tucci (2004) chama de “circunstâncias distintivas da controvérsia” e nos apresenta que somente a matéria de fato tem força para tornar-se circunstância de distinção. Neste ponto, afirma o doutrinador que se a distinção da controvérsia resultar em matéria de direito estamos diante de caso de *overruled* (revogação do precedente) e não de distinção.

Último conceito elementar ao estudo dos precedentes judiciais é a técnica de superação do precedente judicial, também chamada de *overruling* que pode ser definida como a extinção de um precedente por um novo entendimento adotado pelo Tribunal substituir aquele precedente anterior (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 456). Podemos considerar também a superação como adoção de nova norma jurisprudencial em substituição a uma norma deste modelo anterior, pois, a superação não está ligada somente ao precedente, mas também à jurisprudência quando temos a superação de uma súmula, ou um entendimento em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (BUSTAMANTE, 2012, p. 387).

Esta técnica está intimamente ligada à perspectiva da necessidade de o judiciário possuir um veículo para que seus paradigmas acompanhem as alterações legislativas e de evolução social, para Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 394) esta superação é possível desde que o precedente se torne inexecutável ou obsoleto, não atender mais a congruência social, desenvolva-se nova concepção de direito acerca daquela matéria ou verifica-se o erro de aplicação da norma jurídica no entendimento prolatado no precedente que serviu de paradigma, devendo ocorrer somente uma destas hipóteses para ensejar a superação pelo órgão julgador.

Esta mudança de entendimento em alguns países, como os Estados Unidos acarreta a aplicação a casos julgados antes da mudança de entendimento mencionada. Deve-se haver o registro que isto não se aplica ao Brasil. A conhecida técnica do *full retroactive application* estaria em contradição a proteção que a Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXVI, atribui a coisa julgada em relação a nova lei editada pelo Congresso Nacional. Por analogia devemos aplicar a proteção a superação de precedentes por Tribunais; afinal, é exercício de autoridade da *res judicata*. Desta forma no Brasil, somente podemos falar em efeitos da superação como sendo *ex nunc*.

Por fim, devemos demonstrar que é possível que a superação seja feita de maneira expressa, quando um órgão julgador expressamente aponta a mudança de entendimento acerca do ponto tratado em um precedente específico, ou seja,

há a singularização da superação do entendimento (NOGUEIRA, 2011, p. 184). Há também a superação tácita quando o Tribunal assume uma posição que supera outro paradigma que mesmo não sendo citado no julgamento deve ser superado para que não haja precedentes conflitantes na jurisprudência do referido órgão e atinja-se a congruência. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 457).

2 A FALTA DE CULTURA DO USO DE PRECEDENTES E A SUPRESSÃO HERMENEUTICA CAUSADA PELA OBSSEÇÃO DISPOSITIVA BRASILEIRA

Após o estudo dos temas elementares da teoria dos precedentes é necessário entender de que modo a sua aplicação vem sendo adotada no contexto brasileiro, como os Tribunais Pátrios formam os seus precedentes e se possível apontar melhorias nessa formação.

Para início da discussão é preciso apontar que a maior crítica doutrinária aplicada aos precedentes judiciais brasileiros está sua origem, pois, enquanto nos países de origem do *common law* a força do precedente nasce do seu aspecto histórico, consuetudinário, da tradição e construção histórica e social daquele sistema jurídico (CURTOLO, 2016, p. 26). No Brasil, os precedentes nasceram da inovação do legislador, por meio de lei, de maneira que pode ser considerada até mesmo abrupta (COSTA NETO, 2016, p. 398), e essa ideia deve ser levada em consideração quando estudamos a teoria dos precedentes brasileiros e avaliamos a sua aplicação, pois, implica em mecanismos necessários para a compreensão de noções históricas do precedente a brasileira.

Essa premissa é importante para entender as razões da implementação da teoria dos precedentes no Brasil, para além da segurança jurídica, ou do uso dos motivos determinantes, a criação de um sistema de precedentes brasileiros visava à celeridade no julgamento de demandas (ZUFELATO, 2016, p. 95). Por esta razão, não havia tempo hábil a formação de uma cultura jurídica doutrinária, de debates acadêmicos que sustentasse a adoção de um sistema de precedentes. A decisão de implementação da teoria pela via legislativa leva a consequências da ausência de cultura no uso das decisões paradigmas, causando mudanças de entendimentos desnecessários para os tribunais e até mesmo a não observância do modelo por Juízes.

No sistema jurídico do *common law*, em razão do aspecto cultural do uso de precedentes judiciais, o problema narrado não existe, um julgador que verifica a

semelhança de um caso a um *decisum* anterior e não o usar como fundamento da decisão, viola toda a cultura jurídica implementada naquele sistema (WAMBIER, 2009, p. 134). Nesse sentido, a decisão do Magistrado que viola este preceito acaba com um dos principais objetivos da própria função do direito que para aquele sistema é a estabilidade.

Um sistema jurídico, especialmente aquele que se pauta pelo uso dos precedentes judiciais, tem como objetivo fundamental a estabilidade de suas decisões e a previsibilidade do jurisdicionado para decisões futuras do Judiciário acerca de temas já apreciados (WAMBIER, 2009, p. 122). Porém, toda essa ideia deve ser culturalmente construída junto aos atores processuais, sejam elas partes, julgadores, advogados, não há a internalização deste objetivo no sistema sem que a cultura da estabilidade da decisão e da previsibilidade seja construída com o passar dos anos.

No caso brasileiro, onde o modelo foi fixado por via legislativa, sem a construção anterior da cultura do uso e reconhecimento do precedente, não há maiores preocupações do Judiciário em reconhecer e atender a estabilidade e previsibilidade dos precedentes judiciais. Para ilustrar esta afirmação usaremos as constantes mudanças de entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca do prazo prescricional em responsabilidade contratual.

O tema foi apreciado e teve o seu entendimento alterado inúmeras vezes, um dos primeiros julgamentos colegiados acerca da questão remete ao ano de 2006, quando em 01/06/2006, no Recurso Especial nº 822.914/RS a terceira turma do Tribunal reconheceu o prazo de prescrição em três anos. Dois anos mais tarde, já sob a sistemática dos recursos repetitivos, em 22/10/2008, no Recurso Especial nº 1.033.241/RS, de maneira indireta alterou o prazo para a prescrição decenal.

Após este momento, uma aparente estabilização surgiu acerca do tema, em pesquisa no repositório eletrônico de jurisprudência do Tribunal, usando os termos – prescrição e violação contratual e responsabilidade - são encontrados vinte precedentes, datados do ano de 2008 a 2016, seguindo a linha da aplicação

do prazo decenal. Como exemplo desta manutenção de entendimento temos o Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.553.565, datado de 05/02/2016, o Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 364.766, datado de 03/12/2015 o Agravo Interno em Agravo de Instrumento nº 1.396.381, datado de 07/06/2011, o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 566.366, datado de 09/11/2015, o Agravo em Recurso Especial nº 47.931/SP, datado de 02/02/2012, o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 138.704/SP, o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.516.891/RS, datado de 06/05/2015 e o ultimo acórdão encontrado com decisões nesse sentido, o Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.112.375/SP, julgado em 14/06/2016.

Não obstante, mesmo diante de toda a aparente tranquilidade jurisprudencial acerca do tema, em 03/03/2009, em sede de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.085.156/RS a Quinta turma do STJ reconheceu prazo de três anos para a prescrição de violação a um contrato de aluguel. Neste ponto deve ser observado que mesmo diante de um momento de pacificação do entendimento do tribunal acerca da questão, o Ministro Relator reconheceu a aplicação da tese antiga do órgão judicial mesmo sem maiores razões de distinção ou superação dos precedentes que no momento vigoravam no Tribunal, casos como esses são amplamente repelidos pela teoria dos precedentes por abalarem a estabilidade de todo o sistema.

Passando ao largo desta decisão fora da curva, a terceira turma do Tribunal, em 28/11/2016, revisitou o tema no Recurso Especial nº 1.281.594/SP, e mais uma vez inverteu seu entendimento ao determinar que o prazo de prescrição da responsabilidade contratual voltaria a ser de três anos. Observa-se que no período de dez anos o STJ alterou o seu posicionamento quatro vezes acerca de uma mesma matéria, não gerando qualquer previsibilidade ou estabilidade ao jurisdicionado.

Não fosse bastante toda essa mudança, em 18/03/2019, o Tribunal encerrou o julgamento de embargos de divergência nº 1.280.825/SP, iniciado em 2018, no qual a sua 2ª Seção ignorou a nova mudança de entendimento e retornou a

considerar o prazo de 10 anos para a prescrição da responsabilidade contratual. Dessa maneira, chegamos a sexta mudança de entendimento do mesmo Tribunal em treze anos.

Essa situação demonstra claramente que no Brasil o precedente vincula ou causa persuasão não pela sua assertividade, mas basicamente porque um Tribunal disse que deveria ser assim (STRECK, RAATZ, 2016, p. 401). E isso mostra uma fragilidade ao nosso sistema que fica sem poder de reação ao precedente, sem um debate profundo acerca da *ratio decidendi* e dos motivos usados para formação daquele precedente é muito dificultada a criação de motivos para a superação do precedente.

Toda essa deficiência é oriunda do cansaço hermenêutico brasileiro. Atualmente o operador do direito no Brasil não aprendeu a compreender termos com o uso da interpretação e simplesmente espera que os próprios Tribunais ou doutrinadores (STRECK, 2018, p. 115) apresentem simplificações da questão, uma cultura que é criada na graduação.

Ademais, a situação hermenêutica deste julgado paradigma se torna ineficaz, afinal não se torna mais possível promover os testes propostos por Ronald Dworkin para a verificação de validade e aplicabilidade do precedente (STRECK, RAATZ, 2016, p. 400), ponto que será reanalisado no momento de estudarmos a teoria da decisão de Dworkin.

A questão apresentada é exemplo da definição de Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 205) que define “*a segurança e previsibilidade são valores almejados por ambos os sistemas (...) embora a praxe tenha constatado que não adianta a lei quando o cidadão não sabe o que esperar dos juízes*”. Nesse sentido, a mera imposição legislativa do sistema de precedentes sem a criação de uma cultura de seu uso não é capaz de criar um sistema com eficácia.

Existem teorias que definem que essa consideração não permitem a comparação do sistema brasileiro com o sistema de países de origem do *common law* (CURTOLO, 2016, p. 26). Esta concepção merece a ponderação

de que não ocorreu no Brasil uma mera importação do sistema usado nos países de origens anglo-saxões, mas sim uma busca pela criação do sistema brasileiro, uma inovação canarinho (ZUFELATO, 2015, p. 100). Apesar disto, é notório que inúmeros institutos se comunicam e devem ser comparados com sistemas de precedentes mais avançados para promover uma melhoria do sistema nacional.

E desta maneira é preciso refletir acerca da criação do costume do uso de precedentes, esta questão é extremamente bem trabalhada por Cristiane Maria de Lima Curtolo (2016, p. 27) quando promove a comparação entre a implantação do sistema de precedentes no Brasil e o romance *Memórias Póstumas de Brás Cubas*. No romance o narrador não é médico, farmacêutico, ou cientista, e quer que o governo implemente um emplastro milagroso criado por ele e dirige uma petição ao governo na qual requer à Alteza real que use a mesma mão com a qual fechou o congresso para impor ao povo do reino o uso do emplastro Brás Cubas.

A aproximação entre o direito e a literatura neste ponto reside justamente na implementação pelo legislador, que não é operador do sistema de precedentes, sem a criação de uma cultura para este modelo, por meio de uma legislação que impõe novo modelo de decisão judicial aos Juízes. E da mesma maneira como o emplastro Brás Cubas geraria uma reação popular da comunidade em que foi implementada o sistema de precedentes judiciais brasileiros criou e ainda possui resistências pela comunidade jurídica brasileira, sendo necessário uma mudança de costume de aplicação do direito por sua aceitação (CURTOLO, 2016, p. 26-27).

Outra questão que a falta de cultura no uso dos precedentes judiciais pode causar ao jurisdicionado é a violação de direitos fundamentais (CURTOLO, 2016, p. 2016), pois, em sistema que falta a cultura de respeito ao precedente, e assume plano a posição que o precedente é meio de ampliação da celeridade processual as decisões deixam de analisar o seu caráter qualitativo para observar, prioritariamente, o caráter quantitativo. Isso se reflete no discurso empregado pelos Tribunais Superiores o Conselho Nacional de Justiça que apresentam dados quantitativos anuais do número de questões resolvidas,

estabelecem metas numéricas para os Julgadores e pouco prezam pela qualidade das decisões.

Um dos direitos fundamentais que pode ser violado neste caso é o próprio acesso à justiça, apresentado no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, pois, além da mera possibilidade de acessar o judiciário, está dentro deste direito fundamental a criação de meios de obtenção da melhor resposta do judiciário (CAMBI; NEVES, 2015, p. 99) e o acesso a ordem jurídica justa (DINAMARCO, 2017, p. 206). E dentro desta questão o descaso com a qualidade das decisões pode ensejar a violação de direitos fundamentais em função da inexistência de cultura no uso dos precedentes judiciais no Brasil.

Causa desta possível violação, além da ausência de cultura do modelo de julgamento por precedentes é que o legislador brasileiro, entendeu que após instituir o modelo de precedentes brasileiros todo o gargalo judicial sucumbiria e os processos judiciais considerados modelos supririam a ausência de recursos humanos e materiais do Poder Judiciário. Ocorre que, os Tribunais passaram a usar o sistema como meio de defesa do excesso de trabalho a eles aplicados (COSTA NETO, 2016, p. 400), o uso dos precedentes como meio de defesa é possível no sistema brasileiro em função de os próprios tribunais definirem quais questões serão usadas como precedentes futuramente.

O uso deste expediente de defesa dos tribunais é permitido pela teoria brasileira dos precedentes, pois, ao contrário da dinâmica do *common law*, em terras tupiniquins é o próprio Tribunal que define os julgamentos que serão usados como paradigmas obrigatórios. Isso gera um risco a aplicação da teoria que é o uso sem conhecimento dos pontos relevantes do caso concreto, a aplicação desta maneira acaba gerando a aplicação em efeito cascata de precedentes sem maiores debates quanto a sua similitude ao caso em julgamento (ZUFELATO, 2015, p. 105).

Em realidade, toda essa maneira errônea de aplicação do precedente judicial no Brasil tem origem na forma estes foram estruturados no Brasil, não há busca por um debate dos motivos e razões da decisão para formação da *ratio decidendi*

(ZUFELATO, 2015, p. 105); em verdade, o operador do direito brasileiro possui uma verdadeira loucura pelo dispositivo, pelo enunciado, por uma espécie de resumo da decisão, e isso pode ser atribuído a cultura gerada pela formação da coisa julgada no nosso sistema, que busca uma superproteção dos elementos dispositivos da decisão judicial (COSTA NETO, 2016, p. 402). Em função disso, o próprio Código de Processo Civil determina aos Tribunais que formem verbetes de súmulas para demonstrar a sua jurisprudência, em última análise, podemos dizer que a formação da súmula é uma simplificação de um conjunto de precedentes acerca de uma mesma matéria e de um mesmo Tribunal, porém, é necessário refletir acerca da influência que o uso deste meio de aplicação do direito pode causar na teoria brasileira dos precedentes.

Este instituto tipicamente brasileiro, que possui semelhanças com os assentos portugueses, na visão deste trabalho nem mesmo poderia ser entendido como precedente. O entendimento de Antônio Castanheira Neves (1983, p. 11) que os assentos portugueses são verdadeiros preceitos normativos, em função de instituir critérios jurídicos universalmente vinculantes, extrair preceitos gerais, no mesmo sentido de uma norma, abstrair qualquer argumentação de fato para a aplicação e ser voltado para uma aplicação posterior de maneira irrestrita deve ser aplicada ao instituto semelhante nacional.

Nesse diapasão, a súmula brasileira é uma desvinculação da *ratio decidendi* do caso em que foi atribuída, assumindo status de verdadeiro texto normativo, de caráter abstrato, atemporal e com validade após publicação pelas vias oficiais (STRECK; ABOUD, 2015, p. 70). Observados estes elementos, é possível concluir que a súmula está mais próxima de um preceito normativo que propriamente de um precedente judicial. E em função da maneira abstrata, sem referências ao caso concreto e conseqüentemente correlação de fato com o caso que ensejou aquela construção judicial é possível advogar a aproximação da súmula a norma (CURTULO, 2016, p. 27).

E assim, em função da obsessão nacional por conteúdos dispositivos, nascida da maneira de estruturação da coisa julgada no Brasil, e de técnicas que procuram cada vez mais suprimir os aspectos hermenêuticos da aplicação do

direito, o modelo de precedentes brasileiros ousou ao chamar um instituto que possui entidade geral e abstrata com clara representação legislativa de precedente, uma clara imperfeição técnica que passaremos a demonstrar.

De início, a mesma crítica que se enseja ao modelo de precedentes brasileiros como um todo é apresentada as súmulas, não é possível a imposição de um sistema que tem o seu fundamento em aspectos consuetudinários por intermédio de uma manifestação legislativa (STRECK; ABOUD, 2015, p. 68). O legislador brasileiro, seja ao apresentar o sistema de súmulas persuasivas, seja ao instituir na emenda constitucional 45 o sistema de súmulas vinculantes, criou o mecanismo jurídico de maneira abrupta e sem a formação de paradigma de uso deste modelo.

Em especial quando falamos de técnicas de manutenção de entendimentos jurisprudências é preciso demonstrar que a força do sistema não emerge da legislação que o instituiu, mas sim, da maneira como sociedade vê e respeita o precedente judicial. É de fácil constatação que no estado brasileiro a credibilidade do Poder Judiciário está em níveis alarmantes, não sendo crível que um instituto jurídico criado por meio de lei para manutenção de entendimentos dos Tribunais possa ser considerado como um precedente.

Além do argumento histórico é preciso colacionar a defesa desta tese argumentos de conexão jurídicas, o precedente é decisão judicial real, concreta, atrelada aos fatos do caso em que é prolatada, que pode ou não se tornar padrão normativo para próximas questões (NEVES, 1983, p. 12). E aliado a esta questão este precedente assume a sua validade a partir dos argumentos colacionados nos seus fundamentos, apresentando as peculiaridades jurídicas daquele caso concreto e a evolução do direito acerca dos temas a ele ligados (STRECK; ABOUD, 2015, p. 69).

Não obstante, as súmulas tem o seu valor derivado de um enunciado abstrato e genérico, sem qualquer aspecto técnico ou de elevação ao estudo do direito, sem um retrato histórico dos avanços jurídicos acerca daquele tema (STRECK; ABOUD, 2015, p. 69). Aqui iremos ainda além, o verdadeiro poder das súmulas,

seja no aspecto vinculante seja no aspecto persuasivo, deriva da própria que a cria e desta forma não é possível crer numa construção de súmulas através de um intenso debate jurídico para o tema, ou um sentido hermenêutico mais profundo.

Sentido hermenêutico este que é uma das principais características da formação do precedente é o debate em busca da sua *ratio decidendi*. Ronald Dworkin (2002, p. 176) nos ensina que a formação do precedente deve ser precedida de uma relação de análise e busca de conexão entre os fatos do caso paradigma e o caso que se está apreciando, cuida-se de verdadeira atividade hermenêutica. Esta questão chega ao ápice no sistema do *common law* quando ocorre a divergência entre partes acerca da formação da *ratio decidendi* do precedente, devendo a questão ser debatida e o Magistrado que está a analisar o processo, concluir quais argumentos do caso paradigma assumirão o caráter de *stare decisis* e quais formaram *obiter dictum*.

É óbvio que no caso das súmulas este conteúdo hermenêutico é completamente perdido, não existe qualquer exegese para a formação da *ratio decidendi*, afinal, o próprio Tribunal já te apresenta um preceito normativo que pode ser usado para diversos casos análogos. Isso extirpa a característica de formação continuada do precedente judicial definida na teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin que será analisada em item posterior desta monografia. Em função destes argumentos é possível considerar que súmula não deve ser lida e vista como um precedente judicial, sendo uma imperfeição técnica do modelo brasileiro a adoção deste instituto com essa posição.

Conforme observado este posicionamento da súmula se deve à falta de aplicação hermenêutica na formação do precedente, e essa ausência interpretativa pode estar sendo causada por um modelo que não apresenta elementos para que o operador construa a leitura de um precedente de formas além do texto, até mesmo de maneiras ficcionais, para isso, esse trabalho passará a apresentar um modelo narrativo de precedente que possibilitará que o operador do direito volte a impor leituras interpretativas ao sistema de precedentes, podendo até mesmo, corrigir imperfeições de construção de

súmulas apresentando ao Tribunal que a formulou uma releitura usando conceitos linguístico-literários dos precedentes que a originaram.

3 TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, A ESTRUTURA NARRATIVA DE DESVENTURAS EM SÉRIE E A SUA INFLUÊNCIA NO PRECEDENTE JUDICIAL

Em algum momento da vida um livro pode lhes cair nas mãos e vocês não de notar que a primeira frase pode ditar qual o tipo de história será lido. Por exemplo um livro que comece com “Era uma vez uma família de esquilos espertos que viviam falantes dentro de uma árvore” provavelmente conta uma história repleta de animais falantes que se envolvem em toda sorte de travessuras. (...) mas este livro começa com a frase “os Órfãos Baudelaire olharam através da janela suja do trem e contemplaram o negrume melancólico da floresta Finita, pensando se algum dia a vida deles melhoraria” e você já pode concluir que a história que segue será... (SNICKET, 2018, p. 10)

O início de um capítulo que vai trabalhar a narrativa como a solução de um problema da construção jurisprudencial brasileira deve começar e sempre atender a uma forma narrativa, e aqui não será diferente. A passagem do texto de Desventuras em Série apresenta a forma narrativa que o livro assume – sempre com o autor se colocando como narrador e auxiliando o leitor a buscar a melhor interpretação do seu texto. Para melhorar o entendimento deste texto usa-se o trecho em epígrafe para demonstrar em que ponto estamos nos estudos acerca dos precedentes judiciais.

Ultimamente, algumas obras publicadas acerca do tema tem o mesmo efeito da narrativa dos órfãos Baudelaire, o título e a capa são convidativos e passam afeto ao leitor, o conteúdo é o enredo são sombrio e levam o espectador a repensar escolhas feitas na vida.

Passando a análise teórica, a ciência jurídica vem abrindo espaço para a introdução da interdisciplinaridade, e conseqüentemente momentos como o acima em textos científicos, em suas bases, atualmente, diversas disciplinas como a economia, sociologia, filosofia e literatura estão abrindo campos no estudo do direito. Neste trabalho defenderemos que um dos meios para suprimir as imperfeições hermenêuticas do precedente judicial é o uso da teoria do direito e literatura na sua formação. Para isso, passaremos ao estudo do movimento do direito e literatura e a sua influência na teoria dos precedentes judiciais.

Os primeiros estudos acerca da interseção entre o direito e a literatura no Brasil remetem aos anos trinta, sendo capitaneada por Aloysio de Carvalho Filho, que passou a conduzir estudos de processo penal com base nos escritos de Machado de Assis (TRINDADE; BERNSTES, 2017, p. 230). Atualmente, a vanguarda do direito e literatura foi superada e é passado ao momento de aperfeiçoamentos e maiores estudos teóricos e metodológicos (TRINDADE; BERNSTES, 2017, p. 248). Esses estudos terão o condão de catapultar as atividades de ensino, estudo e pesquisa de direito e literatura a um novo patamar no Brasil.

Este trabalho tem como objetivo auxiliar a melhorar os estudos teóricos desta interseção, especialmente no que concerne ao estudo das narrativas no direito processual. As narrativas são confundidas com a própria história da linguagem (BRUNER, 2014, p. 13). Desde de os primórdios da língua e os primeiros registros de comunicações as pessoas contam histórias, tem-se de exemplo os registros de civilizações da antiguidade como os Egípcios, Maias, Astecas e outros.

No tocante ao direito, a análise das narrativas jurídicas toma assento dentro do ramo de estudo do direito como literatura, corrente interna do *law and literature movement* que estuda as interpretações de textos jurídicos com fundamento na retórica e discurso usados na literatura (TRINDADE; GUBERT; 2008, p. 48). Ressalta-se que nos estudos brasileiros da interseção esta é a corrente menos utilizada, sendo mais apreciado em nosso país a representação do direito na literatura (MALVASIO, 2016, p. 101).

Podemos observar então que a literatura sempre caminhou ao lado das grandes mudanças do mundo, relatando as diversas situações sociais, opinando criticamente ou sendo o vetor de comunicação de ideias reformistas. Desta maneira, é impossível defender que os estudos jurídicos não bebam desta fonte, logo, a literatura está e sempre esteve a permear o sistema jurídico. No Brasil atual o estudo do direito e literatura vem ganhando corpo, pois chegamos a um ponto de nossa ciência jurídica que a mera reprodução de ideias positivistas não mais atende aos anseios de nossa sociedade. (STRECK, 2012)

E para superar essa tendência de mera repetição teórica e formação de senso comum pelos juristas é possível recorrer à literatura em função de seu caráter criador, crítico e inovador que mudará o entendimento do operador do texto jurídico (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 11-12). E esta consideração pode ser aplicada aos precedentes judiciais, nossos Tribunais produziram precedentes de melhor qualidade se os debates travados para a formação de uma narração literária fossem aplicados aos julgamentos de casos concretos.

Antes, porém, de adentrar a este tema específico é preciso entender a interseção entre o direito e a literatura e os seus benefícios para o estudo do direito. O primeiro destes, e que será objeto de estudo deste trabalho, é o empréstimo da dimensão criadora e crítica da literatura ao direito, meio usado para afastar o senso comum teórico dos juristas e ampliar a capacidade interpretativa do operador em função da construção de um sentido de texto que vai além das palavras. (WARAT, 1995, p. 96)

Neste contexto, a literatura empresta o seu característico viés criativo, dentro da ciência jurídica (TRINDADE, 2008, p. 16) com o poder de levar o senso de resolução dos problemas que surgem no universo dos conflitos jurídicos para muito além do direito frio e posto no texto de lei. A leitura de um processo judicial como um fenômeno literário permite que o interprete amplie os seus horizontes hermenêuticos para além de mera repetição da lei.

Podemos enraizar este dizer no caráter disruptor e crítico da obra literária, e abrir a possibilidade de um deslocamento do olhar do leitor. Ou seja, através da literatura o real passa a possibilitar o surgimento de mundos e situações até então não pensadas. (TRINDADE, 2012, p. 139). Este novo olhar pode ser empregado para solucionar problemas que são patentes ao sistema jurídico, local onde as palavras e em especial as narrativas assumem papel de total destaque.

Este trabalho, como já visto, assume o direito como literatura, e as implicações que tal associação e interseção apresenta na formação do precedente judicial,

objetivo aqui é definir que a ciência jurídica pode e deve ser contada a partir da literatura (STRECK, 2018, p. 6). E em função disto, é preciso que os julgadores ao formarem o precedente tenham esse pensamento, tomando os cuidados que os autores tomam para obras literárias, afinal, é possível dizer que quando analisamos precedentes estamos diante de verdadeiros escritos literários. Em outras palavras é preciso que os julgadores retornem ao caminho hermenêutico e com isso levem as bases jurídicas brasileiras novamente a esse caminho.

Este modo de ver o direito assumiu proporções globais a partir dos ensinamentos de Ronald Dworkin (2005, p. 217), que no preâmbulo do capítulo seis de seu livro *Uma Questão de Princípio* apresenta: “proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação de outros campos do conhecimento, em especial a literária”. A partir da tese de Dworkin intensos debates foram preparados acerca do direito e a formação dos conceitos de jurisprudência e precedente, razão pela qual, é o escolhido como base teórica deste estudo.

A questão de fundo que leva o autor a buscar melhores formas interpretativas para o direito é a definição de sua teoria da decisão judicial, que ao final da análise existe a conclusão que cada caso complexo possui uma única solução possível (DWORKIN, 2005, p. 175). Esta teoria aponta uma crítica ao sistema positivista comum do direito, que sempre defendeu a possibilidade de em casos complexos juízes tomarem posições diferentes. (OLIVEIRA, 2008, p. 22).

Em breve síntese, a teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin propõe uma crítica a defesa do positivismo de Hart, por considerar que a teoria contraposta cria um poder discricionário ao julgador dos casos difíceis (DWORKIN, 2002, p. 64). Desta discricionariedade nasce uma regra jurídica criada pelo Poder Judiciário para o caso concreto, considerando as questões de fato daquela questão e que servirá de precedente para os casos análogos que posteriormente forem apreciados pelo Judiciário (DWORKIN, 2002, p. 354).

A atividade de aplicação do direito é eminentemente interpretativa (DWORKIN, 2005, p. 84) e a partir das premissas que aqui foram colocadas a teoria da

decisão judicial de Ronald Dworkin define um conceito de integridade. Este conceito deve ser analisado por dois aspectos: o primeiro é a integridade da legislação e determina uma ordem aos legisladores para que durante o devido processo legislativo sejam coerentes com os princípios gerais do direito (DWORKIN, 2005, p. 204).

Resta análise do segundo, e mais importante para a atual monografia, aspecto o da integridade no julgamento que pode ser defendido como a equidade no julgamento, devendo ser considerada forma de interpretação do direito, não pode o aplicador criar discricionariamente o direito, e sim interpreta-lo a partir dos pontos pré-existentes que possuem impacto aquela decisão (DWORKIN, 2005, p. 206). Quer-se mostrar aqui que a manutenção do direito como integridade é uma construção interpretativa, um modo correto de construção da decisão.

Nesse sentido, podemos afirmar que a construção do precedente judicial deve atender ao princípio da integridade, questão que foi positivada pelo Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 926, clara definição que o legislador brasileiro determina que os julgadores façam uso da teoria da decisão de Ronald Dworkin. E nesta condição, considerado os termos teóricos já apresentados neste trabalho, é possível considerar que a formação do precedente judicial deverá obedecer a integridade.

É possível entender que a crítica ao positivismo reside diretamente na concepção que Dworkin nos apresenta que o direito deve ser trabalhado como integridade. E dentro deste prisma de integridade¹ a melhor maneira de trabalhar para a resposta correta do caso em julgamento é por meio da técnica de interpretação construtiva (DWORKIN, 2005, p. 189-190).

¹ O maior aprofundamento no conceito de integridade do direito não é escopo desta monografia. Para maior entendimento sugere-se: a leitura do artigo: A Dimensão Interpretativa do Direito como Integridade a partir de Ronald Dworkin, disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1309-3691-1-pb.pdf>>

Portando, formar um precedente que atenda ao princípio da integridade é promover a construção do precedente judicial usando a técnica da interpretação construtiva apresentada por Dworkin, fazendo uso de marcos teóricos que serão apresentados e que muito se assemelham a estrutura narrativa da obra literária *Desventuras em Série*, como passa-se a mostrar.

Esta técnica de interpretação construtiva é construída pelo autor americano com base na metáfora do romance em cadeia (OLIVEIRA, 2008, p. 32). Que fixa as suas bases no uso da interpretação literária como modelo central da análise jurídica. Ocorre que, antes de aprofundar no cerne da teoria é necessário apresentar a concepção de interpretação artista usada pelo Autor.

Para que a interseção entre a interpretação jurídica e literária seja de proveito ao mundo jurídico é importante afastar a busca pela descoberta do significado do texto. O melhor proveito desta técnica interpretativa se dará quando o interprete atentar-se para a descoberta do sentido de palavras que tragam mudanças de sentidos para as teses principais do sentido integral do texto. (DWORKIN, 2005, p. 220).

Este modelo teórico de interpretação é resumido por Dworkin (2005, p. 223) da seguinte maneira: “a interpretação de uma obra literária tenta mostrar a maneira de ler (ou falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte”. É este o conceito de hipótese estética que nos é apresentado por Dworkin, e servirá de fio condutor da metáfora do romance em cadeia.

É inerente ainda a hipótese estética a concepção de que a melhor interpretação leva em conta, além do conteúdo textual, as contribuições do interprete, e toda a necessária adequação ao ambiente em que se insere aquele texto (MAIA, 2015, p. 182-183). Ou seja, um mesmo texto pode assumir um sentido quando estamos em um tribunal e outro, completamente diverso em uma roda de conversa entre amigos.

Nesta linha, e sempre atento ao método que este trabalho emprega para a sua formação, podemos aqui exemplificar o dito por Dworkin na forma narrativa da

obra usada como base para este estudo. Em *Desventuras em Série* a hipótese estética é largamente utilizada, diversas vezes o autor usa de termos que poderiam levar o leitor a sentidos diversos, mas nos apresenta um recorte para o sentido que deverá ser imposto para que a grande tese apresenta no contexto seja compreendida da melhor maneira, como se mostra (SNICKET, 2018, p. 17):

Os três Baudelaire filhos moravam com seus pais numa enorme mansão no centro de uma cidade muito movimentada e muito poluída, e vez por outra os pais permitiam que pegassem sozinhos um bonde um tanto precário – a palavra precário, que vocês provavelmente conhecem, está sendo usada aqui com o sentido de “inseguro”.

Neste caso, a mera utilização da palavra precário não demonstraria os horrores que os irmãos Baudelaire se submeteriam a partir da morte de seus pais, logo, o autor, fazendo uso da hipótese estética apresenta um sentido diverso a palavra. Este sentido alavanca a obra um melhor posicionamento de coerência e sentido, defende Ronald Dworkin que este mesmo modelo seja empregado na construção jurídica, em especial na construção dos precedentes judiciais e para isso deve-se ter o emprego da teoria do romance em cadeia.

Ponto que usa para sustentar esta tese é a definição que o artista não cria nada sem que, desde o momento da concepção do texto, já esteja promovendo a interpretação e compreensão do sentido final da tese disposta no papel. (Dworkin, 2008, 235). É dizer que o autor escreve pensando na compreensão final do leitor.

E neste contexto, o emprego de todos estes meios dentro da ciência jurídica se dá por intermédio da teoria do romance em cadeia, que é concebida por este autor como um modelo de construção de precedentes judiciais através de uma interpretação construtiva que em função da hipótese estética deve sempre se atentar a melhor interpretação do leitor posterior.

Em conceitos clássicos podemos entender a teoria do romance em cadeia como a escrita de um roteiro de romance televisivo por diversos autores, sendo que cada um deles não conhece toda a história, ou a ideia por trás da concepção inicial. Eles devem prosseguir com o enredo somente tendo acesso aos

episódios anteriores e a partir desta história manter um padrão coerente e lógico (CHUERI, 1995, p. 96-98).;

Este modelo de criação atribui a cada autor uma dupla responsabilidade, efetivamente criar uma continuação de enredo e para isso entender por completo os personagens, suas histórias, razões de existência, logo terá que ler todo o conteúdo daquele enredo até então. E ter a responsabilidade de conceber qual a maneira o seu leitor irá aproveitar aquele conteúdo, se aquela continuidade a ele confiada mantém a integridade e coerência de todo o enredo. (DWORKIN, 2005, p. 237)

No estilo narrativo de Desventuras em Série é possível observar diversas vezes o autor tendo estas preocupações, afinal, temos uma série em que cada livro se inicia exatamente do ponto de parada do anterior e mesmo assim apontamos uma narração coesa e íntegra, onde cada personagem vai se descobrindo a medida das passagens e o leitor somente vai melhor compreendendo o enredo ao caminhar pela obra de ficção. Como neste fragmento onde o autor-narrador do texto faz uma retomada do enredo para então apresentar nova conclusão acerca de um tema (SNICKET, 2018, p. 12-13):

O Sr Poe era um alto executivo do banco que, após o incêndio, ficara com a responsabilidade de cuidar dos interesses dos Baudelaire, no entanto – que a verdade seja dita a vocês – ele não estava cumprindo direito o seu papel. Suas duas principais obrigações constituam em encontrar um bom lar para os órfãos e proteger a enorme fortuna que os seus pais haviam lhe deixado; mas, até aquele momento, cada novo lar cada novo lar providenciado havia sido uma catástrofe – palavra que aqui desastre completo envolvendo desgraça, armadilha e conde Olaf.

O fragmento apresentado demonstra parcialmente as técnicas que foram apresentadas até o momento, observe que o narrador antes de definir que a atuação do Sr. Poe como catastrófica faz um apanhado geral de sua experiência que é narrada nos outros livros da série e após este apanhado define se o Sr. Poe atende ou não a sua finalidade. Em um segundo momento usa da hipótese artística para uma melhor compreensão da obra e define a sua concepção de catástrofe para o enredo, citando inclusive personagens e momentos da estória.

Neste ponto devemos fazer a aproximação entre esta estrutura romancista de narração para o direito. Segundo a teoria cada juiz então deveria, ao se deparar com um *hard case* observar todos os julgados e escritos sobre o tema já apresentados por outros magistrados, não para simplesmente saber o que eles disseram, mas para conhecer como a posição dos magistrados se estabelece até agora e partir deste ponto para propor a sua decisão, nas palavras de Dworkin (2005, p. 238): “cada juiz deve considera-se um parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história.

Deste modo, em outras palavras, defende Dworkin que para a formulação do pronunciamento judicial, é necessário conhecer o ponto em que o romance está e pensar na forma como o leitor entenderá o seu episódio, sempre com o objetivo primordial de manutenção da integridade. E após entender este contexto passar a narração da melhor maneira para o entendimento do leitor, assim, cumprindo a hipótese artística. Para melhor demonstrar como o uso do modelo narrativo de Desventuras em Série permitiria melhores precedentes analisaremos uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que no julgamento da apelação criminal nº 0011919-60.2005.8.26.0050 decidiu manter a sentença a quo usando termos abertos e genéricos que não possuem qualquer ligação com o caso concreto analisado:

Vistos nesta data em razão dos presentes autos terem sido distribuídos após a reforma constitucional introduzida pela Emenda nº 45/04, depois da inicial distribuição de quase dez centenas de processos além das centenas mensais subsequentes, envolvendo inclusive e principalmente feitos de réus presos, habeas corpus e mandados de segurança.

Os fundamentos da r. sentença, não abalados pelas razões recursais, ficam aqui expressamente ratificados, adotados e incorporados. Também, aprova-se o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, cujos bem deduzidos motivos passam a integrar o presente acórdão

Este é todo o teor do acórdão que deu fim ao processo em análise, e observando a ausência de interesse do Julgador em demonstrar os motivos pelos quais chegou a esta conclusão, em que pese os termos inseridos no artigo 93, inciso IX da Constituição da República, e os termos do Artigo 489 do Código de

Processo Civil demonstra-se a gritante necessidade de se padronizar uma estrutura narrativa processual para os pronunciamentos judiciais.

Caso adotássemos a estrutura que *Desventuras em Série* nos ensina e que é apresentada na hipótese estética de Ronald Dworkin, causaríamos um constrangimento mínimo aos autores das peças decisórias em se atentar que o jurisdicionado merece conhecer os motivos que sofreu uma decisão de procedência ou improcedência.

É importante ressaltar que uma fundamentação bem elaborada é direito constitucional da parte e além disto é inerente ao próprio conceito de decisão, afinal, decidir é demonstrar o estudo e interpretação do processo, razão pela qual podemos até misturar o seu conceito de decidir com o de Juízo, ou seja, com o exercício de cognição (CARNELUTTI, 2000, p. 184). Outro fundamento para dizer-se que a fundamentação é inerente ao próprio conceito de decisão é dizer que o processo deve ser concebido como procedimento em contraditório, ou seja, os seus atores trabalham de maneira a convencer o magistrado (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2002, p. 303). Diante destes dois argumentos é possível sustentar que a fundamentação de uma decisão é, além de direito constitucional da parte interessada, uma forma de existência da própria decisão.

Diante da premissa fixada, é possível dizer que o decisum prolatado pelo Tribunal Bandeirante padece, até mesmo de inexistência, e por isso se mostra mais que evidente a necessidade de se estruturar técnicas narrativas para que nossos julgadores promovam melhores precedentes judiciais. Caso já tivéssemos técnicas definidas seria necessário que o Desembargador Relator apontasse quais são os fundamentos da r. sentença que não se abalam com as razões recursais, e os motivos que se apresentam do parecer da Doutrina Procuradoria Geral de Justiça.

No caso em análise é preciso entender que na hipótese de cuidar para que o precedente que escrevia fosse compreendido pelo leitor da mesma maneira que o texto literário não haveria qualquer dificuldade de aplicação e compreensão.

Em geral, essas distorções de redação e estrutura narrativa causam entendimentos errôneos e aplicações erradas de precedentes e legislações.

Ainda exercendo a contraposição desta decisão para a teoria da decisão de Dworkin e a estrutura narrativa que aqui se usa, é visto que não há um retrato do contexto jurídico acerca do tema, não há nem mesmo a consideração dos fatos relacionados com o caso em análise. Desta maneira, é preciso que o Poder Judiciário brasileiro entenda que via de regra as suas decisões são marcos históricos seja para a vida de um jurisdicionado, seja para uma coletividade, e em razão disso as decisões devem ser encabeçadas de rigor técnico e possuir comunicação com todos os públicos.

Ademais, é sabido que o próprio processo penal se dá conta de anular decisões de tal natureza, mas, mais uma vez, reafirma-se o intuito deste trabalho de analisar somente a questão discursiva inserida neste contexto. É necessário que usando Desventuras em Série como inspiração o Relator apresente passagens que definam como o termo – motivo - deveria ser considerado no conjunto textual, ou como o termo – fundamento - deveria ser considerado. Em última análise, nada mais é que dar sentido a mera palavra para além dela própria. É usar a palavra como instrumento modalizador para uma melhor narração jurídica.

É importante ressaltar que foi necessário a manifestação do Superior Tribunal de Justiça por meio do remédio constitucional de Habeas Corpus 232.653 para anular a decisão, observa-se então o custo de não se ter uma técnica narrativa ser empregada pelos julgadores. Custo esse tanto material, com despesas de remessa dos autos e trabalho da Corte Superior e moral com a sensação de injustiça que uma decisão de tal natureza causa ao jurisdicionado brasileiro.

Temos ciência que a decisão apresentada não se trata de um precedente judicial e não tem eficácia vinculante, mas quer-se demonstrar aqui não a necessidade de alteração no sistema de precedentes vinculantes ou persuasivos, mas sim a necessidade que os Desembargadores e Ministros atentem-se para a forma discursiva dos textos que exaram.

Decisões da envergadura de precedentes judiciais afetam a vida de milhares de brasileiros direta ou indiretamente e, tendo em vista as inúmeras decisões com conteúdo que não é facilmente interpretado pelos operadores do direito e pelos jurisdicionados é importante que o direito passe a pensar em estruturas capazes de melhorar esta questão (BECHO, 2017, p. 499). O ponto de início para que a literatura seja o vetor desta revolução na ciência jurídica reside na crença de que o texto e o discurso constituem um fenômeno emancipatório, então legitimar o texto, o discurso e a literatura é na verdade legitimar a própria humanidade, desde o autor até o leitor, a literatura tem a capacidade de ser emancipatória por si mesmo. (AUGUSTIN, 2009, p. 332)

Quer-se apresentar com este enfoque da literatura que a depender da forma como se apresenta disposta a narrativa jurídica ela pode constituir por si só um ato emancipatório, além do reconhecimento do direito do jurisdicionado, se observarmos a teoria do romance em cadeia, a hipótese estética e o modelo narrativo de Desventura em Série, os precedentes se tornarão verdadeiros diários da história nacional dentro dos variados assuntos. O Poder judiciário passará a promover uma considerável contribuição social para o Brasil, afinal a cada novo precedente teríamos documentado todos os episódios do romance até então debatidos.

Podemos suscitar como exemplo privilegiado deste tema a repercussão em torno do Habeas Corpus de número 152752, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, e que definia se o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva deveria iniciar ou não o cumprimento de pena após condenação em segunda instância. Temos nos votos de cada um dos ministros, neste caso, verdadeiros relatos excelentes do momento que vivia o estado brasileiro aquele tempo, como é o caso do voto do Ministro Celso de Melo:

Alguns pronunciamentos manifestados no dia de ontem (03/04/2018), especialmente declarações impregnadas de insólito conteúdo ad monitório claramente infringentes do princípio da separação de poderes, impõem que se façam breves considerações a respeito desse fato, até mesmo em função da altíssima e digníssima fonte de que emanaram. Tais surpreendentes declarações, amplamente divulgadas

pelos meios de comunicação. (...) Em um contexto de grave crise que afeta e compromete, de um lado, os próprios fundamentos ético-jurídicos que dão sustentação ao exercício legítimo do poder político e que expõe, de outro, o comportamento anômalo de protagonistas relevantes situados nos diversos escalões do aparelho de Estado, torna-se perceptível a justa, intensa e profunda indignação da sociedade civil perante esse quadro deplorável de desoladora e aviltante perversão da ética do poder e do direito! É que se mostra intolerável ao cidadão honesto, que cumpre os seus deveres e que respeita o império da lei, viver em uma sociedade moralmente corrompida e na qual a realização do bem comum, longe desconstituir o objetivo primário dos exercentes das funções governamentais, representa encargo e obrigação ignorados, quando não desprezados, pelos detentores do poder! A corrupção governamental e a avidez criminosa de empresários que a fomentam em benefício próprio culminam por capturar as insituições do Estado, tornando-as reféns de seus ilícitos e imorais propósitos, deformando e subvertendo o próprio sentido da ideia de República

Observamos assim um exemplo de precedente que atende ao pressuposto ora apresentado, faz uma profunda análise de todo o romance até então construído, nos argumentos de fato e de direito – estes suprimidos em nome da melhor coesão do texto – e o faz pensando no leitor, o faz para que a após séculos de história o interprete conheça como o Brasil pulsava naqueles dias. Desta maneira o ministro Celso de Melo nos apresenta um belo precedente usando da estrutura narrativa que aqui defendemos, atento a hipótese estética, ao romance em cadeia e até mesmo a estrutura narrativa de Desventuras em Série, como veremos.

O ministro continua em seu extenso e denso voto afirmando de maneira genérica as garantias processuais que a Constituição Federal nos apresenta, quando para e define como as garantias devem ser conhecidas naquele caso concreto. Como se entender para este processo as garantias constitucionais:

desde os primeiros momentos da investigação preliminar, havendo um juízo de atribuição de conduta criminosa a alguém, o princípio da presunção de inocência protegerá o imputado com toda a amplitude exigida pela Constituição, seja como 'norma de tratamento', 'norma probatória' ou 'norma de juízo' (ou também como 'regra de fechamento'), assegurando que tão importante garantia não se torne mera retórica em nosso cotidiano jurídico, **a significar**, portanto, que o direito fundamental de ser presumido inocente, nos precisos termos em que vem proclamado e assegurado por nossa Carta Magna, não deve expor-se, sob pena de frontal transgressão à autoridade da Constituição da República, a quaisquer "interpretações flexibilizadas do seu conteúdo e da extensão dos seus efeitos (grifei)

O Min. Celso de Mello neste momento aplicou a estrutura narrativa defendida, quando observarmos o inteiro teor do voto, até este momento é feita uma construção geral, quando após o termo – a significar – o Ministro apresenta uma construção própria, adequada ao caso concreto e principalmente que abre espaço para uma melhor compreensão do leitor para qual caminho será tomado no texto. A partir deste ponto e sempre com base na definição dada neste trecho o Ministro passa a defender a impossibilidade da flexibilização de direitos fundamentais sob qualquer aspecto.

Seria complexo ao leitor do texto entender os fundamentos usados pelo Ministro Celso de Mello no precedente ora analisado sem que se apresentasse uma melhor definição com base na situação jurídica analisada naquela questão. Estaríamos diante de uma série de afirmações históricas e jurídicas abstratas, que não guardariam relação com o caso concreto que passaria a ser fundamentado com novos argumentos em seguida, desta forma, é possível entender claramente a construção narrativa que o Ministro usou no caso e a influência que o uso propiciou.

Desta maneira, o voto prolatado pelo Ministro Celso de Melo é grande exemplo de todo o defendido nesta monografia, pois, apresenta um texto de densidade que atende a todas as questões que foram problematizadas e levantadas, levando o discurso judicial ao seu lugar emancipatório e de contribuição social, para além de mero meio de emancipação do jurisdicionado, o Ministro assume o seu voto como um meio de emancipação de toda a sociedade nacional, pois, como considera GADAMER (1997, p. 94) quando uma decisão assume um posto desta natureza há o acolhimento do jurisdicionado e do afetado, e o texto é o jogo com o qual isso se torna possível.

Portanto, uma teoria concreta que definisse a forma como os precedentes judiciais devem ser regidos, em especial atenção ao discurso a ser empregado por estes é meio que pode aproximar o poder judiciário da sociedade, desvincular a imagem conservadora e carregada que este ainda possui e demonstrar que há uma grande relevância na nossa teoria dos precedentes judiciais. Em síntese, é deixar que o direito seja tocado pela literatura, pois, o

instrumento que é tocado pelos ventos literários, se afasta a passos largos da demagogia e da barbárie (STRECK, 2018, p. 96), desta maneira a literatura, como foi visto ainda tem muito a ensinar ao direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formação dos precedentes judiciais no Brasil passou por grandes mudanças após a estruturação do Novo Código de Processo Civil de 2015, em especial por conta da formação de um sistema de precedentes. Merece atenção no modelo brasileiro de precedentes judiciais o seu modo de implementação através da via legislativa.

E em função deste modo de implementação, o sistema de precedentes adotado pelo Brasil trouxe alguns problemas derivados da ausência de costume no uso destes institutos processuais. Os operadores do direito brasileiros abdicam de usar a técnica hermenêutica na formação do precedente em busca uma sistematização da jurisprudência por meio de súmulas.

Em função desta ausência hermenêutica é preciso aplicar usar a interseção entre direito e literatura para criação de melhores precedentes, em especial analisando a teoria da decisão judicial de Dworkin e aplicando a estrutura narrativa de *Desventuras em Série*. A estrutura que consiste em dar melhor sentido a palavras que visem melhorar a compreensão do texto como um todo.

Desta maneira, o uso da interseção entre direito e literatura proporciona um melhor precedente judicial, com uma melhor estrutura narrativa e um modelo de interpretação apropriado a teoria do romance em cadeia de Ronald Dworkin. E nesse sentido, é possível concluir por este trabalho que a literatura tem muito a ensinar e ajudar na formação dos precedentes judiciais brasileiros.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM, **José Manuel de. Manual de Direito Processual Civil**, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AUGUSTIN, Günther. Literatura e Discursos. In: LARA, Claudia Muniz Proença; COHEN, Maria Antonieta (org). **Linguística, Tradução, Discurso**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

BECHO, Renato Lopes. A ampliação dos precedentes judiciais como caminho para a redução dos processos tributários. In: **Revista de Faculdade de Direito da UFMG**. n. 71.p. 499-530. Belo Horizonte: Editora da UFMG. jul/dez. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acesso em 20/03/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.112.357/SP**, Rel. Min. Sergio Kukina, Órgão: Primeira Turma, julgado em: 14/06/2016, Diário de Justiça Eletrônico: 23/06/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 364.766/RJ**, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma, julgado em 03/12/2015, Diário Justiça Eletrônico: 10/12/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.085.156/RS**, Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, Órgão: Quinta turma, julgado em 03/03/2009, Diário de Justiça Eletrônico: 30/03/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 566.366/SP**, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão: Terceira turma, julgado em 03/11/2015, Diário de Justiça Eletrônico: 09/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 47.931/RS**, Relator: Min. Humberto Martins, Órgão: Segunda Turma, julgado em: 02/02/2012, Diário de Justiça Eletrônico: 09/02/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 138.704/SP**, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Órgão: Terceira Turma, julgado em: 06/08/2013, Diário de Justiça Eletrônico: 22/08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.553.565/DF**, Relator: Min. Herman Beijamin, Órgão: Segunda Turma, julgado em: 03/12/2015, Diário de Justiça Eletrônico: 05/02/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.317.745/SP**, Relator. Min. Paulo de Tarso Sanverino, Órgão: Terceira Turma, julgado em: 06/05/2014, Diário de Justiça Eletrônico: 14/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.280.825/RJ**. Min. Nancy Andrichi. Segunda Seção, Julgado em 27/02/2019, Diário de Justiça Eletrônico: 18/03/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.033.241/RS**, Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, Órgão: Segunda Seção, Julgado em: 22/10/2008, Diário de Justiça Eletrônico: 05/11/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.281.594/SP**, Relator: Min. Marco Aurélio Belizze, Órgão: Terceira turma, julgado em: 22/11/2016, Diário de Justiça Eletrônico: 28/11/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 822.914**, Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, Órgão: Terceira Turma, julgamento em: 01/06/2006, publicado em 16/06/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 152752**, Relator: Min. Edson Fachin, Órgão: Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, Diário de Justiça Eletrônico em 27-06-2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 837.311**, Relator: Min. Luiz Fux, Órgão: Tribunal Pleno, julgado em: 14/10/2015, Diário de Justiça Eletrônico: 04/11/2015.

BRUNER, Jerome. **Fabricando histórias: Direito, Literatura, Vida**. Tradução: Fernando Cássio, São Paulo: Letra e Voz, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina Das. Acesso à Justiça, Tutela Antecipada e Técnicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais. In: DIDIER JÚNIOR, Freddie; MACEDO, Lucas Burril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org). **Novo Código de Processo Civil doutrina selecionada**, vol. 4, Salvador: Juspodivm, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de Processo Civil**. vol. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIASSONI, Pierluigi. **Il precedente giuridico: tre esercizi di disincanto**. Disponível em <
http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/07chiassoni.pdf
 >, acesso em 04/04/2019.

CHUERI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM, 1995

CINTRA; Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegri; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Precedentes no Novo Código de Processo Civil de 2015: Ainda Somos Civil law?. **Revista de Processo**. vol. 258. ano 41. P. 387-418. São Paulo: RT, ago. 2016.

CURTOLO, Cristiane Maria de Lima. O Emplasto Brás Cuba – Breves considerações sobre a incorporação dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**. vol. 71. ano 17. p. 17-33. São Paulo: Revista dos Tribunais. nov, 2016.

DAINOW, Joseph. The civil law and the common Law: Some points of Comparison. **The American Journal of Comparative Law**. vol. 15, n. 3, p. 419-435, jan-1996.

DAMASKA, Mirjan. The Common Law / Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction. In: **Internacional Association os Procedural Law Toronto Conference**, 2009.

DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, Fredie; Paula Sarno; Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 13 ed. Juspodivm: Salvador,

DIDIER JR, Fredie. **Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais**. Salvador: Juspodivim, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil I**. 9ª ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Forense, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica**, Petrópolis: Vozes, 1997.

MAIA, Alexandre Campeli Aguiar. Teoria da Interpretação Literária e Teoria da Interpretação Jurídica. In: Moreira, Nelson Camatta; Oliveira, Juliana Ferraria (org). **Direito & Literatura: e os múltiplos horizontes de compreensão pela arte**. Injui: Unijui, 2015.

MALVASIO, Daniela Ruschel. Direito e Literatura: As Narrativas e a Hermenêutica Jurídica. **Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicada**, vol. 5, n. 1, p. 100-120, jan-jun 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**. vol. 172. Ano. 34. p. 121-174. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago/2009.

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

MELLO, Patricia Perrone Campos. **Precedentes: O Desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual: Oitava Série**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEVES, Antonio Castanheira. **O Instituto dos Assentos e a Função dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1983.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare Decisis et Non Quieta Movere: A vinculação dos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha a literatura? In: KARAM, André Trindade; GUBERT, Roberta Magalhães; NETO, Alfredo Copetti (org.). **Direito & Literatura: Ensaios Críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SNICKET, Lemony. **Desventuras em Série: Mau Começo**. Tradução de Carlos Sussekind. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SNICKET, Lemony. **Desventuras em Série: Serraria Baixo Astral**. Tradução de Carlos Sussekind. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **E a professora disse: Você é um positivista**, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>, acesso em 04/04/2019.

STRECK, Lenio Luiz. O direito e suas ficções. STRECK, Lenio Luiz; Trindade, Andre Karam. Direito e Literatura: **Da realidade da Ficção à Ficção da Realidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Por dentro da Lei: Direito, Narrativa e Ficção**, Rio de Janeiro: Tirant, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral**. Rio de Janeiro: Tirant lo blach, 2018

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro**: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Comentários ao art. 927 do CPC. In: Streck, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Alexandre Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto? O precedente judicial e as súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes a brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o (não) é um brechó”. **Revista de Processo**, vol. 262, ano 41, p. 379-411, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez, 2016.

TRINDADE, André Karam. Kafka e os Paradoxos do Direito: Da ficção à realidade. **Revista Diálogos do Direito**. v. 2, n. 2, p. 137 a 159, nov. 2012, disponível em <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/dialogosdodireito/article/view/63>, acesso em 25 fev. 2019.

TRINDADE, André Karam; BERNSTES, Luísa Guiliani. O Estudo do Direito e Literatura no Brasil: Surgimento, Evolução e Expansão. **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**. v. 3, n. 1, p. 225-257, jan-jun 2017.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberto Magalhães. Direito e Literatura: aproximações e perspectiva para se repensar o direito. In: _____. **Direito & Literatura: Reflexões Teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TUCCI, Jose Roberto Cruz e. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. In: Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Malheiros

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**. vol. 172. Ano. 34. p. 121-174. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago/2009.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. v. 2. Porto Alegre: SAFE, 1995.

ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais. In: **O novo código de processo civil: questões controvertidas**, Rio de Janeiro: Atlas, 2015.