



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

BERNARDO SOUTO MAIOR CORREIA DE ALMEIDA

UMA VIAGEM PELO DESERTO:

Relações entre precedentes vinculantes, segurança jurídica e indeterminação da linguagem.

Brasília - DF

2025



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

BERNARDO SOUTO MAIOR CORREIA DE ALMEIDA

UMA VIAGEM PELO DESERTO:

Relações entre precedentes vinculantes, segurança jurídica e indeterminação da linguagem.

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à
Universidade de Brasília, como parte das
exigências para a obtenção do título de bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Isaac Costa Reis

Brasília - DF

2025

BERNARDO SOUTO MAIOR CORREIA DE ALMEIDA

UMA VIAGEM PELO DESERTO:

Relações entre precedentes vinculantes, segurança jurídica e indeterminação da linguagem.

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à
Universidade de Brasília, como parte das
exigências para a obtenção do título de bacharel
em Direito.

Brasília/DF, 31 de janeiro de 2025.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Isaac Costa Reis
Universidade de Brasília

Prof. Dr. Alexandre Araújo Costa
Universidade de Brasília

Profa. Dra. Cláudia Rosane Roesler
Universidade de Brasília

Brasília - DF

2025

RELATÓRIO DE DEFESA ORAL DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO**UNDERGRADUATE FINAL PROJECT ORAL DEFENSE REPORT**

1. INFORMAÇÃO DO(A) CANDIDATO(A) / CANDIDATE INFORMATION	
NOME / NAME	Bernardo Souto Maior Correia de Almeida
MATRÍCULA / REGISTRATION NUMBER	20/0015273

2. SESSÃO DE DEFESA PÚBLICA / PUBLIC DEFENSE SESSION	
TÍTULO / TITLE	UMA VIAGEM PELO DESERTO: Relações entre precedentes vinculantes, segurança jurídica e indeterminação da linguagem.
DATA / DATE	07 de fevereiro de 2025
HORA / HOUR	09:00h
LOCAL/ PLATAFORMA PLACE/ PLATAFORM	Faculdade de Direito

3. COMISSÃO EXAMINADORA / DEFENSE COMMITTEE		
MEMBRO / MEMBER	NOME / NAME	TITULAÇÃO / ACADEMIC DEGREE
ORIENTADOR(A) / ADVISER	Isaac Costa Reis	Doutorado
EXAMINADOR(A) 1 / COMMITTEE MEMBER 1	Alexandre Araújo Costa	Doutorado
EXAMINADOR(A) 2 / COMMITTEE MEMBER 2	Cláudia Rosane Roesler	Doutorado

EXAMINADOR(A) 3 / COMMITTEE MEMBER 3		
SUPLENTE / DEPUTY MEMBER		

4. RESULTADO / RESULT

A Comissão Examinadora, após exame da defesa e arguição do(a) estudante, decidiu: / The Defense Committee Members, after examining the candidate's public oral defense and inquiry, decided to:

(X) Pela aprovação do trabalho / Pass with no revisions

() Pela aprovação do trabalho, com revisão de forma, indicando o prazo de até 07 dias para a apresentação definitiva do trabalho revisado / Pass with minor revisions, provided the candidate submit the final version within 7 days

() Pela reprovação do trabalho / Fail

Observações da Comissão Examinadora (se houver): / Observations of the Defense Committee:

Em caso de revisão de forma, a homologação ficará condicionada à entrega definitiva do trabalho revisado ao(à) Orientador(a), devendo este Relatório de Defesa ser acompanhado pelo Despacho do(a) orientador(a) que informará um dos seguintes resultados / In case of minor revisions, the validation will be conditioned to the final delivery of the reviewed work to the Adviser. In such cases, this Defense Report must be supplemented with a notice by the Adviser with one of the following indications:

1. O(A) candidato(a) apresentou a revisão de forma e o trabalho foi aprovado / The candidate presented the minor revisions and the work has been approved.
2. O(A) candidato(a) apresentou a revisão de forma e o trabalho foi reprovado / The candidate presented the minor revisions and the work has not been approved.
3. O(A) candidato(a) não apresentou a revisão de forma / The candidate did not present the minor revisions.

**ESTE RELATÓRIO DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO TEM FORÇA DE
DECLARAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO NA BANCA EXAMINADORA.**

Este documento deverá ser assinado por: / This document must be signed by:

- Orientador(a) / Adviser
- Membros participantes da Comissão Examinadora / Defense Committee Members



Documento assinado eletronicamente por **Isaac Costa Reis, Professor(a) de Magistério Superior da Faculdade de Direito**, em 07/02/2025, às 11:10, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento na Instrução da Reitoria 0003/2016 da Universidade de Brasília.



Documento assinado eletronicamente por **Claudia Rosane Roesler, Professor(a) de Magistério Superior da Faculdade de Direito**, em 07/02/2025, às 11:16, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento na Instrução da Reitoria 0003/2016 da Universidade de Brasília.



Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Araujo Costa, Professor(a) de Magistério Superior da Faculdade de Direito**, em 07/02/2025, às 11:17, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento na Instrução da Reitoria 0003/2016 da Universidade de Brasília.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.unb.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **12315360** e o código CRC **31F72FAF**.

Referência: Processo nº 23106.008629/2025-81

SEI nº 12315360

AGRADECIMENTOS

À Universidade de Brasília, que me deu a paixão pela pesquisa.

A meu pai Antonio Correia, que me ensinou que na vida podemos diversos caminhos, mas o único que leva à felicidade é o da generosa bondade.

À minha mãe Simone, que me ensinou a força e o amor pela literatura pelo ato do pensamento.

A meu tio Marcel, que me ensinou a arte da travessia por meio da caminhada, a amizade e a escrita.

À minha tia Anabela, que me ensinou a passear feliz pelas hortas e jardins da vida.

À minha avó paterna, Dona Laura, pelo bolo de três que ainda me adoça a boca.

A meu avô paterno, Seu João Marinho, pelo dominó, pelo violão, pela alegria e por ter repassado a meu pai, pelo exemplo, o dom da pedagogia.

A meu avô materno, Ronan, pelos tangos, pela ternura discreta e profunda, pelos queijos canastra e por aquilo que não sei com que palavras poderia expressar.

À minha avó, ou vó, Rosemary, pelas histórias, pela comida e por me ensinar a firmeza leve e a profundidade simples que tanto afeto exalam.

A meus irmãos, Pedro, Rita, Ângela e Taís, que me deram o privilégio da fraternidade por meio de sua presença direta ou indireta em minha vida.

A meu orientador, Isaac Costa Reis, que na acepção mais nobre da palavra, orientou-me apontando a existência de caminhos e a possibilidade de percorrê-los, sem obrigar-me a qualquer deles.

A Gabi, amor de minha vida, que me ensina todos os dias a doçura, a paixão e a felicidade.

Aos meus três gatos, que me ensinam o cuidado e a liberdade em meio ao afeto.

EPÍGRAFE

*“se movera entre firmes pedregulhos, julgara-os
eternos; esses blocos não se haviam liquefeito:
tinham-se evaporado – e ele se achava num deserto”*

(Graciliano Ramos)

RESUMO

O discurso segundo o qual precedentes vinculantes geram segurança jurídica parte com frequência de argumentos da Teoria dos Precedentes no sentido de que “seguir” o enunciado de um precedente vinculante permitiria que casos análogos seriam julgados de forma análoga. Por outro lado, parte da literatura aponta dificuldades nesta prática de “seguir” precedentes, tais como aquelas oriundas da indeterminação da linguagem. Dessa forma, assim como o enunciado legislativo geraria controvérsias por ser um texto, haveria controvérsias na interpretação dos precedentes, que também são textos. Essa monografia pretende sedimentar o debate, que por vezes se encontra difuso e incompleto nos diversos autores que tratam da matéria. Durante a pesquisa, concluiu-se que não há uma “aplicação” mecânica de um precedente ou enunciado legislativo ao caso concreto, necessitando-se um esforço argumentativo sujeito tanto à indeterminação da linguagem quanto aos constrangimentos (inclusive sociais ou institucionais) da decisão judicial.

Palavras-chave: Teoria da Linguagem. Sistema de Precedentes. Precedentes Vinculantes. Teoria dos Precedentes. Análise do discurso. Segurança jurídica. Indeterminação da linguagem. Textura aberta da linguagem. Teoria Retórica do Direito. Michel Troper. Teoria Hermenêutica. Jurisprudência Hermenêutica.

ABSTRACT

The discourse according to which binding precedents generate legal certainty is often based on arguments from the Theory of Precedents in the sense that “following” the utterance of a binding precedent would allow analogous cases to be judged in a similar way. On the other hand, some of the literature points to difficulties in this practice of “following” precedents, such as those arising from the indeterminacy of language. Thus, just as the legislative utterances interpretation would be controvertial due to their statute of text, the interpretation of precedents, which are also texts, would be just as controvertial. This study aims to solidify the debate, which is sometimes diffuse and incomplete in the various authors who deal with the subject. During the research, it was found that there is no mechanical “application” of a precedent or legislative utterance to a concrete case, but rather there is the need for an argumentative effort subject both to the indeterminacy of language and to the constraints (including social or institutional constraints) of the judicial decision.

Key-words: Theory of language. System of precedent. *Stare decisis* doctrine. Binding precedent. Discourse analysis. Legal certainty. Indetermination of language. Open texture. Segurança jurídica. Indeterminação da linguagem. Textura aberta da linguagem. Rhetorical Theory of Law. Rethoric and legal studies. Michel Troper. Hermeneutics.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Fatores que podem influenciar a indeterminação de precedentes

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Modelos sobre vinculação de precedentes

Quadro 2 – Textura aberta Waismann x Hart

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13-14
2 O QUE SÃO PRECEDENTES E COMO VINCULAM?	14-29
2.1 PRECEDENTES, SÚMULAS, JURISPRUDÊNCIA E AFINS. CONCEITOS PARA A DISSERTAÇÃO.	15-18
2.2 FORMAS DE VINCULAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS, DAS NORMAS ADSCRITAS À APLICAÇÃO POR ANALOGIA.....	18-24
2.3 O DISCURSO DA TEORIA DOS PRECEDENTES SOBRE PRODUÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA POR MEIO DE PRECEDENTES VINCULANTES	24-29
3 O DEBATE SOBRE A INDETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM NO DIREITO.....	29-41
3.1 A INDETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM EM WAISMANN..	29-34
3.2 DIFERENÇAS ENTRE A INDETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM EM WAISMANN E HART.	34-39
3.3 MICHEL TROPER: A NORMA QUE SURGE APENAS NA DECISÃO JUDICIAL	39-41
4 A INCOMPLETUDE DA CRÍTICA EXISTENTE SOBRE A INDETERMINAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	41-51
4.1 CRÍTICA HERMENÊUTICA À TEORIA DOS PRECEDENTES..	41-45
4.2 A AUTO-CRÍTICA DE AUTORES DA TEORIA DOS PRECEDENTES.	45-47
4.3 INSUFICIÊNCIAS E INCOMPLETUDE DA CRÍTICA EXISTENTE.....	47-51
5 PRECEDENTES VINCULANTES E ENUNCIADOS LEGISLATIVOS: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS	52-67
5.1 PRECEDENTES VINCULANTES E ENUNCIADOS LEGISLATIVOS COMO TEXTO E REGRA.	52-59
5.2 CRÍTICAS À IDEIA DE SUBSUNÇÃO OU CARÁTER LÓGICO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO.....	59-61
5.3 CARÁTER COMPLEXO DA DECISÃO JUDICIAL E TEORIA DOS CONSTRANGIMENTOS	64-67
6 CONCLUSÃO	67-69
REFERÊNCIAS	69-72

1. INTRODUÇÃO

“In law as elsewhere, we can know and yet not understand”.

(H.L.A. Hart)

Das notícias de jornal aos julgamentos. Dos artigos dos acadêmicos àqueles dos julgadores. Das universidades aos tribunais. Da teoria à prática jurídica o discurso segundo o qual precedentes vinculantes produzem maior segurança jurídica é reproduzido, defendido ou simplesmente acatado como um pressuposto inquestionável. Dessa forma, os autores da teoria dos precedentes frequentemente defendem como uma das justificativas para adoção de um sistema de precedentes vinculantes a maior uniformidade no tratamento de casos similares.

Muito embora haja diferentes visões acerca da forma pela qual tais precedentes vinculam, bem como acerca do seu grau de vinculância, esse discurso advém da crença de que por meio do texto dos precedentes os julgadores têm a capacidade de chegar a conclusões homogêneas, evitando interpretações divergentes. Frequentemente, contudo, os próprios autores da Teoria dos Precedentes admitem que essa homogeneidade é mais um ideal contrafático que uma realidade empírica.

Enunciam, até mesmo, hipóteses acerca dos motivos em razão dos quais essa aspirada homogeneidade não é atingida. Outras vezes, o discurso é reproduzido de forma tão natural que gera, inclusive, dificuldades em conciliá-lo com os demais argumentos do autor que o reproduz¹. De fora da Teoria dos Precedentes, uma crítica comum é que os precedentes,

¹ Comportamento que pode ser observado na obra de Michel Troper (TROPER, Michel. **La Philosophie du droit**. [s.l.] QUE SAIS-JE, 2011.). De todo modo, como se verá na dissertação, é possível encontrar uma conciliação com fundamento no próprio texto, ainda que de certo modo desligada do problema da indeterminação da linguagem.

enquanto texto, permitem interpretações divergentes, tal qual os enunciados legislativos cujas lacunas pretendem preencher².

Dessa forma, em um caso e no outro seria mantida certa margem de indeterminação ou porosidade³. A aposta nos precedentes vinculantes como solução mágica para a insegurança jurídica seria, portanto, nada mais que um sonho. A presente dissertação visa justamente realizar uma releitura desse debate, muitas vezes relegado a uma função secundária na literatura favorável e contrária aos precedentes vinculantes.

Para tanto, será realizada uma breve contextualização do amplo debate da Teoria dos Precedentes, com foco nas formas de vinculação desses e na identificação desse discurso que defende a utilização de precedentes como meio de garantir a segurança jurídica. Essa contextualização visa criar uma espécie de “caixa de ferramentas”, ou um repertório conceitual sobre os termos que serão mencionados durante essa dissertação.

Em seguida, será explorado o debate sobre a indeterminação da linguagem no Direito, por meio do conceito de textura aberta da linguagem e sua recepção pelos juristas, bem como a crítica existente ao discurso da Teoria dos Precedentes sob a ótica da indeterminação da linguagem e, sobretudo, as lacunas nessa crítica. Nesse ponto, a presente dissertação propõe uma crítica da crítica, partindo de uma perspectiva exploratória dos conceitos de texto, regra, enunciado legislativo e precedente, além de uma mudança de perspectiva sobre a problemática.

O cerne dessa mudança de perspectiva é a alteração do foco da indeterminação da linguagem para um estudo da forma como precedentes e enunciados legislativos são ou aparentam ser reproduzidos nas decisões judiciais. O objetivo, contudo, não é compreender essa operação. Para tanto seria necessário uma complexificação da análise que extrapolaria o objeto dessa dissertação. A finalidade é apenas sinalizar que a crítica existente pode ser insuficiente para explicar em que sentido os precedentes poderiam ou não gerar mais segurança jurídica, ao passo que trata o tema como um problema de linguagem ou de interpretação em um sentido

² Veja, por exemplo, Lênio Streck (STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. São Paulo: JusPODIVM, 2023).

³ “Porosidade” traduz o conceito de *Porosität der Begriffe*, do autor Friedrich Waismann (WAISMANN, F. Verifiability. **Proceedings of the Aristotelian Society**. Supplementary Volumes, 1945, Vol. 19. p. 119-150) traduzido pelo próprio autor como “textura aberta da linguagem”. A porosidade da linguagem será explorada em detalhes durante essa monografia.

abstrato e quase essencialista, isolando tanto o Direito como a própria língua de sua vivência social.

Estabelecendo-se essa premissa, será ensaída uma reconstrução da possibilidade de crítica à capacidade dos precedentes vinculantes de produzir segurança jurídica à luz da indeterminação da linguagem e de fatores institucionais ou sociais. A proposta que será defendida com fundamento em uma análise retórica e cética é que tanto enunciados legislativos como precedentes vinculantes não são automaticamente, por meio de uma operação lógica ou silogística, aplicados ao caso concreto. Essa passagem da regra⁴ ao caso concreto depende de um esforço argumentativo, repleto de aproximações conceituais. Com isso, do ponto de vista da indeterminação da linguagem, tanto enunciados legislativos, quanto precedentes são suscetíveis a interpretações diversas e até mesmo contraditórias.

Essa potencial pluralidade interpretativa, entretanto, é incapaz de explicar o porquê e em que sentido precedentes e enunciados legislativos poderiam ou não produzir uma maior homogeneidade nas decisões judiciais, sobretudo levando em consideração que não são os únicos fatores e, talvez, sequer os fatores determinantes dessa tomada de decisão. Em outras palavras, não se trata apenas de uma questão de interpretação, mas sim de decisão.

Nesse sentido, são necessárias novas pesquisas para determinar quais seriam esses outros fatores que fazem com que precedentes vinculantes possam ou não produzir mais segurança jurídica que os enunciados legislativos, sugerindo-se algumas hipóteses que poderiam explicar o fenômeno se aprofundadas em outra oportunidade.

2. O QUE SÃO PRECEDENTES E COMO VINCULAM?

“Cum res animus occupavit, verba ambiunt”.

(Sêneca)

⁴ Importante ressaltar que há autores que discordam da definição de precedente como regra ou conjunto de regras. Mas esse debate será aprofundado em seguida.

2.1. PRECEDENTES, SÚMULAS, JURISPRUDÊNCIA E AFINS. CONCEITOS PARA A DISSERTAÇÃO.

O precedente é de forma ampla, conforme a definição de MacCormick e Summers⁵, uma decisão prévia que serve como modelo para o julgamento de casos futuros. Essencialmente, o precedente é a solução de um caso concreto anterior que pode ou deve servir como parâmetro para a solução de um caso subsequente.

Encontra-se, por vezes, na literatura uma tentativa de distinguir “precedente” de “jurisprudência”⁶. O precedente seria uma única decisão, apoiada ou não por outras decisões, cuja *ratio decidendi* (fatores determinantes) seria aplicada a um caso futuro por analogia, ao passo que a jurisprudência seria um conjunto de decisões que permitiriam uma certa codificação com a formação de regras jurídicas (tais como as súmulas dos tribunais).

Contudo, essa diferenciação conceitual não é unívoca. Na literatura internacional e nacional, há amplo debate sobre a forma pela qual a decisão de um precedente é transcrita ou utilizada em um outro caso concreto (a aplicação por analogia é apenas uma delas, conforme será explorado detalhadamente em seguida). Grant Lamond⁷, por exemplo, explora o debate criticando o que chama de “visão convencional dos precedentes”.

Para Grant, essa visão convencional se sustentaria em quatro proposições: (1) os precedentes estabelecem regras vinculantes para casos posteriores; (2) algumas cortes podem superar (*overrule*) os precedentes, mas todas as cortes podem distingui-lo; (3) a aplicação da regra é determinada pela fundamentação da corte que firma o precedente e (4) os precedentes têm como função criar novas regras para solucionar a indeterminação do Direito⁸.

⁵ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (1997). Introduction, in. MacCormick, Neil; Summers, Robert, **Interpreting Precedents - A Comparative Study**. Aldershot: Ashgate, p. 1-15.

⁶ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/download/587/428>.

⁷ LAMOND, Grant. DO PRECEDENTS CREATE RULES? **Legal Theory**. Oxford, vol. 11, ed. 1, março. 2005, p. 1-26. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/legal-theory/article/abs/do-precedents-create-rules/E389DCD2AB7B108FB8F0C7FDA00543FF>. Acesso em: 25 jan. 2025.

⁸ *Ibidem*, p. 1-2.

No Direito anglo-saxão, por exemplo, jurisprudência (*jurisprudence*) não diz respeito à atividade dos tribunais, mas sim a uma espécie de teoria geral do Direito⁹, de modo que não se encontra a referida distinção conceitual senão em menção a sistemas de outros países.

Já Michel Troper, autor francês, define jurisprudência (*jurisprudence*) como o conjunto de regras resultante da atividade dos tribunais, mencionando a existência, nos países de *common law*, de uma regra do precedente (*précédent*) que obrigaria os juizes a aplicar regras formuladas em casos passados a casos futuros¹⁰. Essa distinção aparece e desaparece na literatura¹¹, por vezes tomando-se como pressuposta a existência de uma distinção segundo a qual o precedente pertence à jurisprudência, sendo esta última mais ampla que aquele primeiro¹². Ainda, há diversos conceitos de jurisprudência e precedente, que variam de acordo com a ordem jurídica local e a opinião dos autores¹³.

Considerando a plurivocidade dos termos jurisprudência e precedente, se adotará a definição mais adequada ao fenômeno a ser estudado, tratando precedente como a solução jurídica – ou precedentes como o conjunto de soluções jurídicas – prévia a ser utilizada, de alguma forma, como modelo para o julgamento de casos posteriores. Nesse sentido, deve-se ler de forma abrangente a expressão “utilizar como modelo”. Isso porque, como será detalhado

⁹ HART, H. L. A.. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Clarendon Press: Oxford, 1983, p. 1-21.

¹⁰ TROPER, *op. cit.*, p. 92.

¹¹ Essa inconstância se encontra na própria obra de Troper, quando admite que precedentes existem na França, mas sem vinculância formal (TROPER, Michel. GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *In in* MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, R. S.; GOODHART, A. L. **Interpreting Precedents**. [s.l.] Routledge, 2016. p. 103-141).

¹² Devaney analisa a presença do instituto do precedente, confundido de certa forma com a doutrina do *stare decisis*, na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça (DEVANEY, J. G. The role of precedent in the jurisprudence of the International Court of Justice: A constructive interpretation. **Leiden Journal of International Law**, v. 35, n. 3, p. 1–19, 21 abr. 2022), de modo que parece subtendida uma diferença entre precedente e jurisprudência, muito embora não haja definição do que cada um significa. Similarmente, Thomas Bustamante ao formular sua Teoria Normativa do Precedente define precedente, mas não define jurisprudência. De todo modo, não deixa de tratar a jurisprudência como mais abrangente que os precedentes (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica**. 2007. 488 f. Tese [Doutorado em Teoria do Estado e Direito Constitucional] – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007).

¹³ Daniel Mitidiero, por exemplo, distingue os precedentes da jurisprudência pois os precedentes trariam a última palavra sobre aquela determinada matéria, ao passo que mesmo a jurisprudência vinculante não teria esse poder (MITIDIERO, Daniel. 4 - Precedentes e Jurisprudência: a Necessidade de Reconstrução do Sistema Jurídico *In*: MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2017.). Já Paul-Maxence traz a discussão sobre o significado de precedente e jurisprudência no direito francês, apontando que alguns autores tomam-os como sinônimos, enquanto outros distinguem ambos apontando que a jurisprudência é dotada de um valor de fato, ao passo que o precedente implicaria observância compulsória, inclusive em uma mesma Corte (MURGE-VAROCILIER, Paul-Maxence. *Le précédent en droit français*. **Tirant Lo Blanch**, 2018. Disponível em: <https://hal.science/hal-04184357/document>).

logo mais, há diversas visões sobre a forma de aplicação ou reprodução do precedente, de modo que a decisão ou enunciado que veicula o precedente pode servir como modelo das mais diversas maneiras.

Ainda quanto à utilização do termo precedente nessa dissertação, o conceito incluirá as súmulas dos tribunais. Essas apenas serão mencionadas como precedentes ao passo que são, de certo modo, um enunciado extraído de um conjunto de precedentes ou decisões anteriores. Além das súmulas, no sistema brasileiro há a figura da “resolução de demandas repetitivas”, mencionados no artigo 927 do Código de Processo Civil¹⁴, em que um dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça), julga um ou alguns casos concretos e extrai um enunciado deste julgamento, de observância obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário.

Para os fins dessa tese, tanto os enunciados das súmulas, quanto os acórdãos em “resolução de demandas repetitivas” serão considerados precedentes. A razão para tanto advém, conforme adiantado, do objeto dessa dissertação. Nas súmulas, o enunciado seria o resultado do amadurecimento da posição de um determinado tribunal quanto a uma determinada controvérsia jurídica, editada em separado após o julgamento de diversos casos concretos. Já na “resolução de demandas repetitivas”, o enunciado é editado ao mesmo tempo em que é julgado e solucionado um ou alguns casos concretos.

Em um e no outro caso, as soluções concedidas pelo Judiciário para os casos concretos assumem o papel de modelo para o julgamento de casos posteriores, apenas intermediadas por um enunciado extraído do julgamento. Relembre-se que o objetivo dessa tese é contrapor o discurso segundo o qual precedentes vinculantes produzem segurança jurídica ao discurso acerca da indeterminação da linguagem, de modo a compreender de que modo os precedentes podem ou não gerar essa segurança.

A decisão judicial com enunciado vinculante (“resolução de demandas repetitivas”) é capaz produzir segurança jurídica fazendo com que casos similares sejam julgados de forma similar? Pode o enunciado extraído do julgamento de diversos casos concretos (súmula) gerar esse mesmo efeito? Ou então a decisão judicial prévia sem enunciado repetitivo é capaz, enquanto modelo para julgamento de casos posteriores, de assegurar uma estabilidade no

¹⁴ BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm .

provimento jurisdicional? Ora, o objeto dessa dissertação abrange todas essas hipóteses: o que interessa é a reprodução obrigatória de uma determinada solução jurídica adotada por uma corte precedente para as cortes subsequentes.

A jurisprudência, por outro lado, será tratada como a orientação dominante de um determinado órgão julgador sobre um tema ou simplesmente como o conjunto de decisões de tal órgão, sem adentrar-se a questão da jurisprudência como conjunto de regras oriundas das decisões dos tribunais (conforme a definição mencionada de Michel Troper¹⁵), nem como codificação das decisões precedentes (conforme Michele Taruffo¹⁶). Conforme essa definição, um conjunto de precedentes pode caracterizar a jurisprudência de um tribunal, mas também um único precedente de observância obrigatória o pode. Os termos, em boa parte dos casos, serão relativamente intercambiáveis.

Em todo caso, as duas definições mencionadas anteriormente são arbitrárias, não devem ser generalizadas e nem possuem pretensão de o ser, servindo apenas para facilitar a compreensão da análise a ser realizada nesta dissertação, recortadas apenas para tal propósito. Conforme destacado de forma precisa por Saussure: “toda definição feita a propósito de uma palavra é vã; é um mau método partir das palavras para definir as coisas”¹⁷. Feito o recorte necessário do que se entende por precedente e jurisprudência, deve-se explorar como, supostamente, ocorreria essa “reprodução” de uma solução jurídica anterior ao caso concreto posterior. Esse será o objeto do próximo tópico.

2.2. FORMAS DE VINCULAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS, DAS NORMAS ADSCRITAS À APLICAÇÃO POR ANALOGIA.

Definido aquilo em que consistem precedentes judiciais para os fins dessa dissertação (decisão prévia que serve como modelo para o julgamento de um caso posterior), é ainda

¹⁵ TROPER, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶ TARUFFO, *op. cit.*

¹⁷ SAUSSURE, Ferdinand de. **Cours de linguistique générale** (1916). Librorium editions: [s.l.], 2020. p. 36: “toute définition faite à propos d’un mot est vaine; c’est une mauvaise méthode que de partir des mots pour définir les choses”.

necessário entender o que é um precedente vinculante. Nesse sentido, Peczenik¹⁸ divide os precedentes em diversas categorias de acordo com seu “grau” de vinculância. Dessa forma, um precedente poderia ser “formalmente vinculante”, ocasião em que uma decisão que não o respeite seria antijurídica e sujeita à reforma pelas instâncias superiores.

Diferencia, ainda na categoria dos precedentes formalmente vinculantes, aqueles estritamente vinculantes (não sujeitos à superação – *overruling*) dos relativamente vinculantes (devem ser aplicados em todos os casos, salvo exceções). Além disso, haveria os “precedentes não formalmente vinculantes, mas com força” (sujeitando a críticas aquele que não o observe e aumentando a chance de reforma nas instâncias superiores). Essa força, novamente, seria relativa quando admitisse exceções ou contrabalanceável quando devesse ser aplicado, salvo a existência de razões em contrário.

Por fim, destaca as duas últimas categorias: “não formalmente vinculante e sem força, mas possibilitando apoio” (pode ser ou não aplicado, mas pode servir como suporte para a decisão e aumenta sua fundamentação) e “meramente ilustrativos”.¹⁹ O autor se antecipa, durante o texto, a críticas sobre a categoria de precedentes “estritamente vinculantes”, uma vez que à época já era questionada a ideia de precedentes não sujeitos à superação (*overruling*)²⁰.

Deve-se notar que a nomenclatura adotada por Peczenik é mais fluída do que parece à primeira vista e o autor encerra seu ensaio tratando da existência de graus de vinculância, evitando uma classificação binária entre precedentes formalmente vinculantes e não formalmente vinculantes²¹. De modo geral, pode-se resumir a noção de vinculância para o autor como a possibilidade de utilizar o precedente como um fundamento (“*authoritative reason*”²²) para uma decisão judicial, variando o grau de assertividade ou peso de acordo com o quanto o precedente se aproxima ou se afasta das categorias acima descritas.

Thomas Bustamante, similarmente, fala em graus de vinculância, que de certa forma variam entre os polos de um precedente obrigatório em sentido forte, obrigatório em sentido

¹⁸ PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. in MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, R. S.; GOODHART, A. L. **Interpreting Precedents**. [s.l.] Routledge, 2016. p. 461-480.

¹⁹ *Ibid.*, p. 462-463.

²⁰ *Ibid.*, p. 462-464.

²¹ *Ibid.*, p. 475-479.

²² *Ibid.*, p. 467.

fraco ou meramente persuasivo²³. Nesse sentido, ao descrever os precedentes dos tribunais superiores brasileiros antes da criação de regras que tornassem sua observância formalmente obrigatória, Bustamante define-os como vinculantes em sentido fraco²⁴ e não como não vinculantes.

Novamente, para definir aquilo em que consiste um precedente vinculante é necessário retornar ao objeto dessa dissertação. Entendendo que a parte essencial é compreender as eventuais dificuldades de reprodução de um precedente a um caso posterior, a sua vinculância interessa apenas ao tornar essa reprodução obrigatória.

Essa obrigatoriedade pode ser oriunda do próprio ordenamento jurídico, gerando um precedente formalmente vinculante, na forma descrita por Peczenik²⁵, ou de uma convenção entre os praticantes do direito (com força). Pode também ser vinculante apenas em razão daquilo que Warat chamava de "senso comum teórico" dos juristas²⁶ ou do que Bustamante²⁷ (e em certa medida Michel Troper²⁸) chama de fatores institucionais ou hierárquicos, enquadrando-se nas categorias de "precedentes não formalmente vinculantes, mas com força" e "não formalmente vinculante e sem força, mas possibilitando apoio".

O que é relevante é que se entenda que aquela decisão ou enunciado deva servir como modelo para o julgamento de um caso posterior. Nesse sentido, esse dever poderá ou não derivar do ordenamento jurídico. Quando essa condição estiver presente, haverá vinculância para os fins dessa dissertação. As consequências da inobservância do referido precedente ainda que possam, logicamente, interferir na forma de aplicação ou reprodução do precedente, não são o objeto da presente discussão.

Reconhece-se que essa definição não é, outra vez, generalizável. Para que o fosse, seria necessário adotar uma definição uníssona do que constitui essa obrigatoriedade, conceito sujeito a alto grau de subjetividade. Do ponto de vista da teoria kelseniana, seria obrigatória aquela conduta prescrita por uma norma jurídica, havendo uma sanção por seu

²³ BUSTAMANTE, op. cit., p. 235-266.

²⁴ *Ibid.*, p. 279-283.

²⁵ PECZENIK, op. cit., p. 462-463.

²⁶ WARAT, Luiz Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto alegre: Síntese, 1979. p. 19.

²⁷ BUSTAMANTE, op. cit., p. 265-278

²⁸ TROPER, p. 95-96.

descumprimento²⁹. Pode-se enxergar esse conceito como reflexo da crença de que a técnica jurídica é uma das técnicas sociais que servem para induzir determinados comportamentos, a qual se diferencia das demais por ser coercitiva, aplicando-se sanções por sua não observância³⁰. Evidentemente, trata-se de um conceito jurídico e formal de obrigatoriedade e a razão para sua não adoção nessa tese é, novamente, a incompatibilidade com o seu objeto.

A definição adotada permite que o discurso segundo o qual precedentes vinculantes geram segurança jurídica seja analisado da forma mais abrangente sob a ótica da indeterminação da linguagem e outros fatores. Assim, é possível enxergar a forma geral de reprodutibilidade dos precedentes aos casos concretos, examinando se essa é apta a produzir resultados similares em casos similares, aumentando a homogeneidade das decisões judiciais. É evidente que há mais incentivos para reproduzir uma solução jurídica cuja não observância deve gerar como consequência a reforma da decisão (uma espécie de sanção). Possivelmente, esse fator é levado em consideração pelos agentes no momento de decidir, ponto que será melhor explorado a seguir com a teoria dos constrangimentos da decisão³¹.

De toda forma, ainda que a não adoção da solução jurídica contida no precedente quando aplicável ao caso concreto deixe de gerar qualquer consequência no processo (sujeitando o julgador a meras críticas ou reduzindo a qualidade da fundamentação) mantém-se a problemática sobre a capacidade dessas decisões ou enunciados anteriores de produzir resultados mais homogêneos nos casos posteriores. Para além da forma binária de definir obrigatoriedade ou o caráter vinculante de um precedente, é útil pensar em graus de vinculância na forma defendida por Peczenik³² e Bustamante³³, de modo que a utilização de uma solução jurídica anterior como modelo para julgamento de um caso posterior depende de um conjunto amplo de fatores e não apenas da presença de uma regra jurídica que torne esse procedimento formalmente compulsório.

²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 11-41 e 82-84.

³⁰ KELSEN, Hans. The law as a specific social technique. **U. Chi. L. Rev.**, v. 9, 1941.

³¹ Conforme Khatarina Von Schlieffen (VON SCHLIEFFEN, Katharina Grafín. **Iluminismo Retórico: Contribuições para uma Teoria Retórica do Direito**. Trad. João Maurício Adeodato. 1ª ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2022. p. 45-68) e Troper (*op. cit.* p. 80-95).

³² PECZENIK, *op. cit.*, p. 467-479.

³³ BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 235-266.

Portanto, considerando tanto a literatura existente quanto o objeto dessa monografia, precedentes vinculantes são aqueles que devem servir de modelo para o julgamento de um caso concreto posterior, independentemente das origens (ordem jurídica, opinião dos pares etc.) e das consequências do descumprimento desse “dever” (reforma da decisão, críticas pelos pares etc.).

Sabendo em que sentido se fala de precedentes vinculantes, passa-se a falar da forma pela qual tais precedentes vinculam. Ou seja, a forma pela qual as soluções jurídicas adotadas por cortes anteriores seriam reproduzidas pelas posteriores. MacCormick *et al*³⁴, por exemplo, sugere a divisão em três modelos distintos de reprodução dos precedentes: (1) o modelo da analogia, pelo qual o caso anterior serve como exemplo para o julgamento do posterior, considerando suas similitudes fáticas; (2) o modelo da fixação de regras, em que se extrai uma *ratio decidendi* (fatores determinantes) do precedente, que deve ser aplicada pelas cortes posteriores, salvo em caso de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*); (3) por fim, o modelo da exemplificação de princípios, em que o precedente é uma espécie de suporte em cujas circunstâncias fáticas se destacam determinados princípios jurídicos que podem contribuir para o julgamento de casos similares posteriores³⁵.

Quanto à argumentação por analogia, Peczenik destaca a necessidade de um vínculo entre os casos. Segundo o autor, a própria utilização dos precedentes advém da ideia de que casos análogos devem ser decididos de forma similar³⁶. Para tanto, o autor argumenta que é necessário encontrar (1) a norma resultante do vínculo dos casos análogos (precedente e caso posterior) e (2) similaridades relevantes entre os casos, aptas a justificar a aplicação da norma³⁷.

Peczenik acrescenta que precedentes podem servir para excluir determinadas razões que de outro modo poderiam ser utilizadas para fundamentar uma decisão, visão que fundamenta em sua interpretação da teoria das razões excludentes (*exclusionary reasons*) de Joseph Raz³⁸. Dessa forma, é possível formular um quarto modelo de reprodução dos precedentes: (4) o modelo das razões excludentes, em que o precedente é usado para excluir determinadas razões da fundamentação do julgamento de casos posteriores. Esse modelo, contudo, poderia se

³⁴ MACCORMICK, D. Neil *et al.* Rationales for precedent. in MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, R. S.; GOODHART, A. L. **Interpreting Precedents**. [s.l.] Routledge, 2016. p. 481-503.

³⁵ *Ibid.*, p. 497-500.

³⁶ PECZENIK, *op. cit.*, p. 474.

³⁷ *Ibid.*, p. 474-476.

³⁸ *Ibid.*, p. 469-470

confundir com os três modelos citados anteriormente, uma vez que a forma de excluir essas razões pode se dar por analogia, reconhecendo uma regra jurídica ou mesmo por meio de princípios exemplificados na decisão anterior.

O autor Thomas Bustamante, por outro lado, defende que os precedentes são reproduzidos por meio da identificação e reprodução de normas adscritas extraídas de sua *ratio decidendi* (ou *rationes decidendi*). Segundo o modelo proposto por Bustamante, extrai-se uma norma ou conjunto de normas do precedente que é aplicado considerando as peculiaridades do caso concreto posterior, em uma espécie de reconstrução da norma no novo caso concreto. Trata-se de uma leitura dirigida pela Teoria Hermenêutica de uma forma híbrida dos modelos (2) e (3) propostos por MacCormick³⁹, cuja distinção essencial vem do fato de que Bustamante busca adotar um “conceito argumentativo de fontes”⁴⁰, de modo que seria necessário argumentar para definir quais partes da *ratio decidendi* deveriam ser utilizadas como norma no caso concreto posterior.

Embora esse modelo pareça implícito nos modelos (2) e (3) explorados anteriormente, pode-se pensar em outro modelo, ligeiramente distinto, de reprodução do precedente: (5) o modelo reconstutivo ou argumentativo, que considera a cadeia de razões (ou raciocínio) presentes na decisão judicial anterior e busca reconstruí-la considerando as peculiaridades do caso concreto⁴¹.

A exposição realizada sobre as formas pelas quais vinculam os precedentes pode ser esquematizada da seguinte forma:

Quadro 1 – Modelos sobre vinculação de precedentes

Modelo	Funcionamento	Derivado de outro modelo?
Modelo da analogia	Caso anterior serve como exemplo para o julgamento do posterior.	Não

³⁹ MACCORMICK *et al.*, p. 497-500.

⁴⁰ BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 256

⁴¹ *Ibid.*, p. 240-260.

Modelo da fixação de regras	Extraí-se a <i>ratio decidendi</i> do caso anterior que é usada como regra para julgar o posterior	Não
Modelo da exemplificação de princípios	O caso anterior contém princípios que podem ser utilizados no julgamento do posterior	Não
Modelo das razões excludentes	O caso anterior fornece motivos para excluir determinadas razões da fundamentação/solução do posterior	Em parte, os demais modelos são aplicáveis a esse. Substitui-se apenas o objetivo da reprodução pela exclusão de razões.
Modelo reconstrutivo ou argumentativo	Precedente como fonte de normas que podem ser utilizadas para o julgamento do caso posterior	Modelo híbrido com releitura pela teoria hermenêutica dos dois primeiros.

Fonte: próprio autor, com fundamento na exposição deste tópico.

A forma pela qual se dá essa reprodução da solução jurídica prévia para o caso posterior é relevante porque representa o prenúncio das formas de problema que podem surgir nessa operação, conforme será melhor explorado no último capítulo desta dissertação. Basta, por enquanto, considerar que essa passagem do precedente ao caso concreto depende, em todos os modelos, em maior ou menor grau, dos seguintes fatores: (i) delimitação da conjuntura fática do precedente e do caso concreto; (ii) definição da norma que passará do precedente ao caso concreto; (iii) e argumentação para transpor a solução jurídica, princípios ou normas do precedente ao caso concreto.

2.3. O DISCURSO DA TEORIA DOS PRECEDENTES SOBRE PRODUÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA POR MEIO DE PRECEDENTES VINCULANTES.

Realizados os esclarecimentos conceituais anteriores, passa-se a explorar o discurso da Teoria dos Precedentes sobre a produção de segurança jurídica por meio de precedentes vinculantes. Trata-se, como se verá, de discurso disseminado na literatura, embora divirja quanto à presença ou ausência de ressalvas dos autores acerca dessa produção de segurança jurídica. O primeiro alerta que se deve fazer ao adentrar a análise desse discurso é que se trata de um discurso plúrimo e não unificado. Portanto, este tópico ao pretender dissertar sobre o referido discurso findará, em maior ou menor medida, por criar um “espantalho”, isto é: uma versão simplificada e de certa forma parcial do fenômeno discursivo estudado.

O perigo de incorrer em uma espécie de falácia do espantalho é comum também às demais definições realizadas, mas é mais grave ao buscar-se definir em que consiste o discurso cujo objeto dessa dissertação é, de certa forma, criticar (ainda que de forma mediada, pela crítica da crítica existente). Com isso, é relevante realizar uma breve ressalva metodológica quanto ao risco de incorrer-se em uma falácia do espantalho ao caracterizar esse discurso de forma geral.

O próprio conceito daquilo em que consiste a falácia do espantalho é, contudo, relativamente controverso. Em seu ensaio *The Straw Man and its Baby Semantics*, Lewiński critica a ideia clássica da falácia do espantalho, segundo a qual essa consistiria em distorcer o real argumento de alguém, atacando o referido argumento distorcido. Segundo o ensaio, haveria certa infantilidade no conceito de “real argumento”, de modo que se deveria aceitar que em uma argumentação normal ambos os debatentes tendem a moldar, a seu favor, os significados das palavras e expressões utilizadas. Enfim, o autor sugere que esse jogo com o significado das palavras poderia ser para além de necessário uma forma produtiva de construção coletiva de significado⁴².

De fato, a intenção dessa dissertação não é encontrar um “real significado” do discurso segundo o qual precedentes judiciais geram segurança jurídica de modo a criticá-lo. Como será melhor explorado nos tópicos subsequentes, esse discurso é relativizado e citado pelos próprios autores da Teoria dos Precedentes. Sendo um discurso disseminado em um conjunto plural de obras e mesmo na prática cotidiana, estabelecer um conceito unificado implica uma seleção dos fatos e argumentos e, conseqüentemente, a exclusão de fatos e argumentos. De certa

⁴² LEWIŃSKI, Marcin. *The Straw Man and its Baby Semantics*. J. ANTHONY BLAIR; TINDALE, C. **W. Rigour and Reason: Essays in Honour of Hans Vilhelm Hansen**. [s.l.] University of Windsor, 2020.

forma, a própria ideia de que existe um discurso segundo o qual a obrigatoriedade da observância de precedentes gera segurança jurídica é um constructo que parte de exposições heterogêneas espalhadas pela literatura.

Contudo, na linha defendida por Lewiński⁴³, encara-se essa definição como uma tentativa de comunicar algo cujo significado deve ser construído coletivamente. Dessa forma, ao longo deste tópico, explorando exemplos, será proposta uma definição unificada das características gerais do discurso segundo o qual precedentes vinculantes geram segurança jurídica. O objetivo, portanto, é provocar uma sensação de familiaridade suficiente no leitor de modo a que entenda aquilo de que se fala (ou seja, o discurso), sem pretensão à univocidade.

Feitas essas ressalvas, pode-se iniciar esse processo de definição por meio da análise do artigo *Rationales for Precedent*, citado anteriormente nessa dissertação, de MacCormick. O referido texto explora razões para seguir precedentes, destacando o ideal da uniformização da interpretação da ordem jurídica por meio da observância dos precedentes. Nesse sentido, ressalta que “não é suficiente que nominalmente o mesmo corpo de Direito escrito seja observado em diferentes regiões judiciais, é também necessário que vigore a mesma interpretação em todas as partes”⁴⁴.

Em seguida, aproximando-se da visão de precedentes formalmente vinculantes, o autor destaca a relevância do poder de reforma das decisões judiciais, que serviria para garantir a juridicidade das decisões sobretudo pela interpretação unificada do Direito, detalhando diferentes sistemas destinados a garanti-la⁴⁵. De modo geral, a argumentação do autor vai no sentido de que uma das razões para seguir precedentes é unificar e uniformizar a interpretação do Direito, gerando maior estabilidade e segurança jurídica de modo a aumentar a previsibilidade dos cidadãos acerca das consequências jurídicas de seus comportamentos⁴⁶.

Durante sua exposição, ressalta a distinção entre o respeito aos precedentes nos sistemas de *common law* e *civil law*, destacando que nos sistemas de *common law* há uma valorização das peculiaridades fáticas dos casos concretos, estabelecendo-se uma argumentação caso-a-

⁴³ *Ibid*, loc. cit.

⁴⁴ MACCORMICK *et al*, op. cit., p. 486: “it is not sufficient that nominally the same body of written law be observed throughout the different judicial regions, but it should be in force in the same interpretation in all parts”.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 486-487.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 486-491.

caso em uma espécie de cadeia de analogias. Essa forma de argumentação caso-a-caso evitaria a cristalização de proposições jurídicas muito amplas, bem como a limitação a generalizações também amplas em relação às quais seria difícil distinguir os casos concretos aos quais se aplicariam os precedentes. Nesse ponto, cita como contra-exemplo desse modelo o instituto da *massime* (súmula) italiana, em que haveria justamente uma regra ou princípio geral sem referência aos fatos dos quais esses derivam⁴⁷.

Já os sistemas de *civil law*, a exemplo da *massime* italiana, tenderiam a não valorizar de forma tão acentuada as peculiaridades dos casos concretos, focando na interpretação de princípio gerais e interpretação de dispositivos legais⁴⁸. O seguinte trecho do ensaio permite compreender de forma clara no que consistiria o discurso analisado, sintetizando boa parte da argumentação do autor:

Valores estreitamente relacionados, frequentemente subsumidos no ideal do *rule of law*, são aqueles de segurança jurídica, estabilidade jurídica e previsibilidade pelos cidadãos do modo provável de aplicação das normas legais. Esses bem-estabelecidos valores do estado de direito sustentam a prática de seguir precedentes e, em particular, seguir as linhas estabelecidas pelo precedente (...) Certamente, em qualquer sistema jurídico, a predisposição das cortes a dar algum peso à mera existência do precedente, independentemente dos méritos intrínsecos da decisão contida no precedente, pode ser justificada pelas necessidades de estabilidade e previsibilidade tanto do Direito quanto das decisões que as cortes tomam em nome do Direito. (...) isso é essencial para conceder aos cidadãos um nível tolerável de segurança jurídica e confiança no gozo dos direitos que o Direito os confere.⁴⁹

Importante destacar que o autor não defende que os precedentes devem ser mantidos de forma irrefragavelmente estável, petrificando-se. Na realidade, defende que é necessário que os precedentes, em alguma medida, adaptem-se aos novos tempos, valores e necessidades

⁴⁷ *Ibid.*, p. 489-491.

⁴⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁹ *Ibid.*, p. 488: “Closely related values, also often subsumed under the rule of law ideal, are those of legal certainty, legal stability and the predictability by citizens of the probable mode of application of legal norms. These well-established rechtsstaatlich values uphold a practice of following precedents and, particularly, of following settled lines of precedent (...). Certainly, in any legal system, a readiness of the courts to give some weight to the very existence of a precedent, independently of the intrinsic merits of the decision contained in the precedent, can be strongly justified by the needs for stability and predictability both of the law and of the courts’ decisions handed down in the name of the law (...) this is of the very essence of giving citizens a tolerable measure of legal security and confidence in their enjoyment of whatever rights the law confers on them”.

sociais⁵⁰. De toda forma, adentrar os argumentos do autor nesse ponto excederia o objeto da análise ora realizada.

Esse discurso encontra reflexos no pensamento de diversos autores, cuja menção exaustiva é tarefa dificilmente possível. Thomas Bustamante, por exemplo, embora defenda que a necessidade deontológica do respeito aos precedentes advém da própria razão prática, destaca que “os princípios formais da segurança jurídica e da previsibilidade atuam – sempre, embora às vezes com maior ou menor intensidade – como razões que militam para a observância do direito jurisprudencial”⁵¹.

De forma menos aparente, esse discurso encontra reflexos mesmo na obra de Michel Troper⁵². Apesar de destacar que a criação de regras gerais pelos tribunais adviria sobretudo de uma necessidade institucional e linguística, menciona que a jurisprudência serviria para complementar a legislação, esclarecendo obscuridades e adaptando-a a novas circunstâncias de forma a evitar injustiças. Dessa forma, sustenta que “portanto, é necessário que os tribunais produzam regras para paliar as insuficiências da lei”⁵³.

A partir de então, a exposição de Troper torna-se confusa. Ao passo em que destaca que os tribunais criam regras gerais que preencheriam as lacunas ou insuficiências dos enunciados legislativos, deixa de explorar em que sentido as regras gerais criadas pelos tribunais divergiriam das regras gerais contidas nos enunciados legislativos. Ou seja, se a regra geral criada pelos tribunais poderia ser ou não caracterizada como uma norma criada pelos tribunais (a significação atribuída por uma autoridade a um enunciado legislativo), no sentido troperiano, a qual não se confunde com o enunciado que a contém⁵⁴. Essa controvérsia será, novamente, abordada em detalhes posteriormente.

O importante é notar que o discurso sob análise encontra reflexos mesmo na obra de Michel Troper, quando entende que as regras gerais criadas pelos tribunais poderiam de certa forma reduzir o caráter vago (lacunas) das leis. Importante destacar que Michel Troper, em texto conjunto com Grzegorzczuk sobre o instituto do precedente na França⁵⁵, descreve

⁵⁰ *Ibid.*, p. 490-494.

⁵¹ BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 265-266.

⁵² TROPER, *op. cit.*, p. 93-94.

⁵³ *Ibid.*, p. 93: “il est donc nécessaire que les tribunaux produisent des règles pour parer les insuffisances de la loi”.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 80-95.

⁵⁵ TROPER; GRZEGORCZYK, *op. cit.*, p. 126-127.

justamente o discurso mencionado ao tratar de argumentos da dogmática francesa para a adoção de precedentes vinculantes. Nesse particular, descrevem os autores, a dogmática sustentaria que adotar precedentes vinculantes faria com que se unificasse o Direito, universalizando as soluções jurídicas adotadas em decisões anteriores e evitando injustiças.

De modo geral, esse discurso pode ser definido como uma defesa de que certa obrigatoriedade da observância ou apenas a observância de precedentes pode aumentar a previsibilidade da solução jurídica a ser concedida a um caso posterior hipotético. Ou seja, a ideia de que a observância dos precedentes judiciais poderia reduzir a indeterminação do Direito ou ao menos de sua aplicação. O debate sobre essa indeterminação será objeto do capítulo seguinte.

3. O DEBATE SOBRE A INDETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM NO DIREITO.

“Eu te conduzi alternadamente entre a crença e a descrença, e nisto tenho o meu objetivo”.

(Fiódor Dostoiévski - trad. de Paulo Bezerra).

3.1. A INDETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM EM WAISMANN.

Em um debate extenso como aquele da indeterminação da linguagem no Direito há uma elevada possibilidade de perder-se, adentrando uma espiral de pensamentos distintos. Para evitar esse vagar sem rumo, a presente dissertação partirá de um debate que se inicia com a recepção de um conceito da teoria da linguagem pelo mundo jurídico, qual seja: os reflexos da “textura aberta da linguagem” no pensamento sobre o Direito, sobretudo na teoria hartiana. Para tanto, se iniciará com uma análise do conceito de textura aberta tal qual formulado por seu criador, Friedrich Waismann. Em seguida, se explicará a sua reprodução um tanto inexata na teoria de Hart, bem como as consequências de tal transposição. Por fim, se passará a uma breve

exposição sobre uma teoria que deriva, nas palavras de Gustavo Just⁵⁶, de um ceticismo semântico radical: a teoria da norma de Michel Troper.

Para adentrar o conceito de “textura aberta da linguagem” é interessante começar pela distinção que Waismann faz entre “textura aberta da linguagem” e vagueza⁵⁷. Para o autor, uma palavra seria vaga quando seu uso efetivo fosse instável ou flutuante. De modo simplificado, vagueza é quando não são claras as situações que se encaixam em um determinado conceito, um problema de delimitação e denotação, conforme alerta Warat⁵⁸.

Um exemplo pode ajudar a esclarecer as coisas. João, José e Alberto estão reunidos. João, em um elogio a José, diz que a cor verde, de sua camisa, lhe cai bem. José, contudo, responde esclarecendo que sua camisa na realidade é azul. Alberto, por outro lado, assente à virtude aristotélica da ponderação e afirma que se trata de um azul um pouco esverdeado ou de um verde um tanto azulado. Nesse exemplo, os conceitos de “verde” e “azul”, enquanto categorias, parecem não permitir um acordo sobre a cor da camisa de José.

Nesse caso, os critérios intuitivos compartilhados por João, José e Alberto foram insuficientes para delimitar os conceitos de “verde” ou “azul” de forma suficiente a neles enquadrar a cor da camisa. Simplificando, não havia critérios que os três compartilhassem que permitisse um acordo sobre a classificação da cor da camisa. Portanto, os conceitos de “verde” e “azul” são vagos, uma vez que sua utilização para classificar a camisa varia de acordo com a pessoa que os utiliza.

A “textura aberta da linguagem”, por outro lado, é definida por Waismann como a “possibilidade de vagueza”⁵⁹. Conforme defendido pelo autor, os enunciados descritivos realizados sobre dados obtidos pela experiência não são nem podem ser completos. Em primeiro lugar, porque a quantidade de testes empíricos do enunciado descritivo é ilimitada. Em segundo lugar, porque não se podem prever todos os acontecimentos futuros que podem desqualificar o enunciado descritivo ou eventuais descobertas que podem levar a uma nova interpretação sobre os acontecimentos⁶⁰.

⁵⁶ JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. Tradução do autor. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro eletrônico.

⁵⁷ MACKINNON, WAISMANN, KNEALE, *op. cit.*, p. 122-123.

⁵⁸ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

⁵⁹ WAISMANN, *op. cit.*, p. 123

⁶⁰ *Ibid.*, 123-127.

A “textura aberta da linguagem” ou “porosidade” seria, de certa forma, um atributo desse tipo de enunciado linguístico. Adotando a nomenclatura de “porosidade”, aliás, o conceito fica mais claro. Pense em uma esponja, por exemplo. Uma esponja que se tem em casa para lavar a louça. O material de que é feita a esponja é poroso, com espaços “vazios” entre suas fibras que permitem a absorção da água com detergente que será utilizada para lavar os pratos. Caso completa, não porosa, sem espaços vazios, a esponja não absorveria a água com sabão e sua utilidade seria reduzida.

Embora o autor não adote a metáfora, trata-se de uma forma interessante de interpretar esse conceito. A “porosidade” da linguagem é, em certo sentido, como a “porosidade” da esponja: permite que aquele enunciado descritivo, ou conceito, absorva as novas experiências, alterando-se e adaptando-se a elas. As vantagens da metáfora da esponja residem, também, na oportunidade de enfrentar os problemas que dela decorrem. Em certo sentido, o autor formula o conceito de “textura aberta da linguagem” para falar de uma incompletude sistêmica dos enunciados descritivos. Essa incompletude sistêmica, contudo, não é descrita em termos de utilidade pelo autor, tal como a esponja, que é mais útil por ser porosa.

Além disso, a esponja é um objeto tridimensional delimitado, com o qual se tem certa familiaridade. Sabe-se, ao menos do ponto de vista do senso comum, o início e o fim de uma esponja. Ela, grosso modo, não se expande ou retrai, nem altera radicalmente sua estrutura senão pelo uso continuado e desgaste, mas não pela absorção da água. A esponja, pode-se dizer, possui uma estrutura empiricamente verificável. O conceito de “textura aberta da linguagem”, ao contrário da esponja, constrói-se na impossibilidade de limitar-se por completo alguns conceitos.

Um problema central é que ao passo que a porosidade da esponja representa uma estrutura útil das esponjas, o autor não descreve a “porosidade” da linguagem como uma estrutura útil da “linguagem”, embora ressalte que como consequência da “textura aberta” um determinado conceito pode ser alterado ou reinterpretado⁶¹. A metáfora, contudo, permite compreender aquilo de que fala o autor ao tratar de “incompletude essencial de uma descrição empírica”⁶². De certo modo, o autor fala de uma característica, uma essência de alguns

⁶¹ *Ibid.*, 123-127.

⁶² *Ibid.*, p. 124: “essential incompleteness of an empirical description”.

conceitos da linguagem, mesmo aqueles que parecem bem definidos como o conceito de “ouro”⁶³, qual seja: serem incompletos e sujeitos a um trabalho interminável de construção.

Para os fins dessa dissertação, não se necessita adentrar o debate sobre o que significa exatamente a ideia de “essência” no pensamento do autor, nem sobre as problemáticas que daí poderiam advir. Basta compreender que a “textura aberta da linguagem” é esta possibilidade de vagueza que compõe os enunciados descritivos, uma espécie de ilimitação ou abertura dos conceitos que não se pode suprir.

Brian Bix⁶⁴ e Frederick Schauer⁶⁵ distinguem o conceito de “textura aberta da linguagem” de outros relacionados à indeterminação da linguagem por meio dos exemplos de Waismann, argumentando que a “textura aberta da linguagem” seria a abertura de conceitos ordinários a situações extraordinárias que colocam sua delimitação em cheque. Frederick Schauer, em uma leitura um tanto parcial de Waismann⁶⁶, sustenta que a “textura aberta da linguagem” é uma característica geral dos enunciados linguísticos e que significaria uma ineliminável possibilidade de vagueza, mesmo para as palavras de definição aparentemente mais precisa⁶⁷.

Já Shapiro e Craige Roberts⁶⁸ defendem que o conceito de “textura aberta da linguagem” é compatível com a clareza dos enunciados linguísticos, realizando uma abordagem comunicativa e contextualista. Ou seja, defendem que para que a comunicação seja efetiva não é necessário que um enunciado seja delimitado em todas as situações imagináveis, mas apenas que seja determinado no contexto da comunicação realizada⁶⁹. Destacam, também, que a indeterminação de uma palavra em razão da aparição de uma circunstância inesperada pode ser

⁶³ *Ibid.*, p. 122-123.

⁶⁴ BIX, Brian. Waismann, Wittgenstein, Hart, and Beyond: The Developing Idea of ‘Open Texture’ of Language and Law . in DEJAN MAKOVEC; SHAPIRO, S.; SPRINGERLINK. **Friedrich Waismann: The Open Texture of Analytic Philosophy**. Cham: Springer International Publishing, 2019. p. 245-260.

⁶⁵ SCHAUER, Frederick. Friedrich Waismann and the Distinctive Logic of Legal Language in DEJAN MAKOVEC; SHAPIRO, S.; SPRINGERLINK. **Friedrich Waismann: The Open Texture of Analytic Philosophy**. Cham: Springer International Publishing, 2019. p. 261-277.

⁶⁶ Waismann não trata da “textura aberta da linguagem” como um conceito aplicável a todos os enunciados linguísticos, destacando que se trata de uma característica de muitos enunciados descritivos em linguagens naturais (*op cit.*, p. 119-128). Isso, aliás, implicaria uma espécie de enunciado metafísico ou ontologizante, cujos riscos se evidenciam na metáfora da esponja.

⁶⁷ SCHAUER, *op. cit.*, p. 262.

⁶⁸ SHAPIRO, S.; ROBERTS, Craige., Open Texture and Analyticity in DEJAN MAKOVEC; SHAPIRO, S.; SPRINGERLINK. **Friedrich Waismann: The Open Texture of Analytic Philosophy**. Cham: Springer International Publishing, 2019. p. 189-210.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 207-208.

solucionada por meio de um acordo daquela comunidade linguística em particular, ainda que a “textura aberta” tenda a permanecer⁷⁰.

Retornando a João, José e Alberto e seu debate sobre a cor da camisa de João, imaginemos que Arnaldo, físico teórico que ouvia a conversa do canto, intrometa-se no debate. Para tentar esclarecer a situação, afirma que na Física são considerados verdes os objetos que refletem as ondas eletromagnéticas de largura entre X e Y nanômetros e azuis aqueles que refletem ondas eletromagnéticas entre Z e N nanômetros de largura.

Agora, os três amigos se veem sobrepujados por um critério supostamente objetivo para definir a cor da camisa. Exploreemos mais a fundo a situação. Intrigados, João, José e Alberto resolvem entregar a camisa a Arnaldo que, após alguns testes, determina que aproximadamente 60% das ondas poderiam ser classificadas como verdes, 10% como azuis e o restante como outras cores. Nesse ponto, inicia-se uma outra discussão para determinar qual seria a cor da camisa: as ondas refletidas em maior quantidade? O comprimento médio das ondas consideradas em conjunto? Após intenso debate, concordam que seria o comprimento médio das ondas consideradas em conjunto, o que tornaria a camisa de fato verde. Ricardo, por outro lado, *designer* gráfico que ouvia o debate, se irritou, afirmando com certeza que aquela cor era a número XZW na escala N, um sub-tom de azul. De fato, consultando a companhia que fabricou a camisa, notou-se que a classificação indicada por Ricardo era a mesma utilizada pelo fabricante.

A partir de então, iniciou-se novo debate, em que Ricardo e Arnaldo discordavam quanto aos critérios para definição da cor. O debate dura anos sem acordo, até que Arnaldo, movido por uma recente descoberta científica sobre os comprimentos de ondas, passa a concordar com Ricardo que a cor da camisa há muito já destruída devia ser azul.

Há diversos debates que tal exemplo, um tanto absurdo, poderia suscitar. Para os fins dessa tese, basta notar que (i) há uma definição de Arnaldo que busca esclarecer a situação, estabelecendo um critério único para definir a cor da camisa de modo a eliminar a vagueza. Após testes, (ii) os participantes adentram um novo acordo argumentativo para estabelecer um novo critério para atestar a cor da camisa tendo em vista o percentual de ondas captadas. Posteriormente, (iii) Ricardo estabelece um outro critério para definição da cor, oriundo de outra área do conhecimento. A partir de então, se inicia um novo debate entre o conceito do

⁷⁰ *Ibid.*, p. 196-197.

Físico e do *designer* gráfico, até que (iv) movido por uma recente descoberta científica, Arnaldo muda de opinião.

Nos casos “i” e “ii”, a partir de uma série de acordos daquela comunidade linguística se concedem critérios mais claros para definir as cores, atingindo-se um acordo quase final sobre qual seria a cor da camisa. No caso “iii”, nota-se o que Waismann chama de “textura aberta” de “cadeias de inferência”⁷¹, quando critérios de áreas ou estratos distintos se encontram gerando mais indeterminação e discordâncias.

Por fim, no caso “iv” nota-se mais a fundo a “textura aberta da linguagem”, quando movido por uma circunstância futura e imprevista Arnaldo é forçado a alterar os critérios para definição da cor “verde” e da cor “azul”, alterando sua opinião sobre a cor da camisa.

De modo geral, o importante é compreender o que há de radical no conceito de “textura aberta da linguagem”, tal qual em Brian Bix⁷² e Frederick Schauer⁷³. Ou seja, essa abertura ineliminável dos conceitos e enunciados linguísticos em face de circunstâncias imprevistas, renunciando um trabalho perpétuo de reconstrução⁷⁴.

3.2. DIFERENÇAS ENTRE A INDETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM EM WAISMANN E HART

Passando agora ao tema que será mais familiar aos juristas, a dissertação adentrará a recepção do conceito de “textura aberta” pelo Direito. Mais especialmente, seus reflexos na teoria de Hart, sobretudo a partir da análise de Brian Bix⁷⁵. De modo geral, este capítulo pode ser sumarizado da seguinte forma: “Waismann escrevia sobre a linguagem em geral; Hart escrevia sobre a linguagem no contexto do Direito”⁷⁶.

A crítica geral que Brian Bix faz à recepção do conceito de “textura aberta” por Hart é que ao passo que o conceito de “textura aberta” em Waismann é parte da formulação de uma

⁷¹ WAISMANN, *op. cit.*, p. 130-134.

⁷² BIX, *op. cit.*

⁷³ SCHAUER, *op. cit.*

⁷⁴ SCHAPIRO; ROBERTS, p. 196-197.

⁷⁵ BIX, Brian. **Law, Language and Legal Determinacy**. Oxford: Clarendon Press, 2003

⁷⁶ *Ibid.*, p. 19 : “Waismann was writing about language in general; Hart was writing about language in the context of law”.

teoria da linguagem, o autor preocupa-se mais em estudar a aplicação de regras⁷⁷. Dessa forma, surgem alguns problemas: (i) os conceitos de vagueza e textura aberta não são diferenciados em Hart⁷⁸; (ii) o conceito de textura aberta em Hart é uma versão desradicalizada daquele de Waismann⁷⁹; (iii) Hart não parte da “natureza” da linguagem para concluir que há discricionariedade na aplicação do Direito, mas argumenta no sentido de que os juízes devem deixar certa margem para indeterminação na aplicação do Direito⁸⁰.

De fato, Hart não adentra a relevante diferenciação de Waismann entre vagueza e textura aberta⁸¹. Mas, como alerta Brian Bix, Hart, de modo geral, não define o que seria essa textura aberta⁸². O autor, contudo, dá indícios de sua compreensão de textura aberta como a indeterminação em razão da utilização de termos gerais de classificação⁸³, aparentemente ligada a três dificuldades de delimitar termos gerais de classificação em todas as direções: (1) o desconhecimento da integralidade dos fatos, (2) a indeterminação dos objetivos de tais enunciados, (3) e a existência de situações não antecipadas que coloquem em cheque o termo geral⁸⁴.

Em alguns pontos, o autor menciona que tais termos gerais de classificação, ainda que aplicáveis de forma não problemática à maior parte dos casos, teriam uma indeterminação em determinados casos limítrofes. Destaca, nesse ponto, que na maior parte dos casos essa indeterminação não existiria, sendo justamente essas situações de familiaridade ou aplicação não problemática de um termo geral que o concediam sua utilidade. Quando, entretanto, surge um caso não familiar ou imprevisto, seria necessário realizar uma escolha entre diferentes opções possíveis⁸⁵. De forma sintética, as regras gerais possuiriam um centro de certeza circundado por uma área de penumbra⁸⁶.

Notam-se, desde já, algumas diferenças relevantes em relação ao conceito de Waismann: (i) a análise de Hart é centrada no conceito de “termos gerais de classificação”, similares a regras ou padrões de conduta, ao passo que Waismann fala de enunciados

⁷⁷ *Ibid.*, p. 17-21.

⁷⁸ SCHAUER, op. cit., p. 263.

⁷⁹ BIX, 2003, p. 17-18.

⁸⁰ BIX, 2003, p. 17-19.

⁸¹ HART, H. L. A.. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Clarendon Law Series, 2012.

⁸² BIX, 2003, p. 18.

⁸³ HART, 2012, p. 125-128.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 127-129.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 126-129.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 10-14 e 120-123.

descritivos; (ii) apenas o ponto (3) trazido por Hart coincide com o conceito de “textura aberta” de Waismann, o ponto (1) é característico de uma espécie de vagueza e o ponto (2) não é mencionado por Waismann.

Portanto, conforme destacado por Schauer⁸⁷, Hart não diferencia a “textura aberta” enquanto possibilidade de vagueza, da própria vagueza ou indeterminação nos casos concretos. Talvez por isso os exemplos do autor sejam menos radicais que aqueles de Waismann, uma vez que este último buscava demonstrar a existência de uma abertura ineliminável dos conceitos em face a situações imprevistas e aquele primeiro a existência de vagueza nos casos concretos de modo a argumentar pela existência de casos familiares, de aplicação fácil dos termos gerais, e casos difíceis, em que seria necessário realizar uma escolha.

Uma diferença central entre os conceitos de Hart e Waismann é que Hart argumentava pela necessidade da “textura aberta”, para além de reconhecê-la como decorrente das linguagens naturais⁸⁸, ao passo que Waismann preocupava-se em descrever uma característica essencial dos enunciados descritivos⁸⁹. Em certa medida, o conceito de “textura aberta” em Hart é prescritivo, ao passo que o de Waismann é descritivo.

Explique-se: Hart defende que manter alguma “textura aberta” nas regras ou padrões de comportamento impostos seria positivo, uma vez que enrigesser sua definição implicaria que tais regras distoassem dos casos concretos aos quais deveriam se aplicar. O conceito é híbrido, em parte decorre da essência das linguagens naturais, em parte de um “dever ser” decorrente das vantagens de deixar um espaço aberto na interpretação das regras de modo a que possam abranger casos novos⁹⁰:

Fora essa dependência da linguagem como ela é com suas características de textura aberta, não devemos acolher, nem como um ideal, a ideia de uma regra tão detalhada que a questão sobre sua aplicabilidade ou inaplicabilidade a um caso particular esteja sempre previamente resolvida (...) A textura aberta do Direito significa que há, de fato, certas áreas de conduta em que muito deve ser deixado para ser desenvolvido pelas cortes (...) ponderando, à luz das circunstâncias, entre interesses em disputa os quais podem variar em peso de caso a caso⁹¹.

⁸⁷ SCHAUER, *op. cit.*, p. 263.

⁸⁸ HART, 2012, p. 128.

⁸⁹ WAISMANN, *op. cit.*, p. 124.

⁹⁰ HART, 2012, 127-135.

⁹¹ *Ibid.*, p. 128 e 134: “(...) apart from this dependence on language as it is with its characteristics of open texture, we should not cherish, even as an ideal, the conception of a rule so detailed that the question whether it applied or not to a particular case was always settled in advance (...) The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts (...) striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which may vary in weight from case to case”.

Retomando a metáfora da esponja, Hart não só admite, como Waismann, que a esponja é porosa e que isso permite que ela absorva a água com sabão, mas afirma que é bom que a esponja seja porosa, devendo-se manter sua porosidade de modo a torná-la mais útil. Aqui, novamente, a ausência de diferenciação conceitual entre vagueza e “textura aberta” leva Hart a propor formas ideais de eliminar essa indeterminação por meio do detalhamento das regras, sendo que a familiaridade das situações de aplicação de um termo classificatório geral, por exemplo, diz mais sobre a vagueza (a não variação de sua utilização naquele caso concreto) que sobre sua “textura aberta” (possibilidade da indeterminação).

Essa crítica é realizada por Brian Bix, que aborda o caráter prescritivo do conceito de “textura aberta” em Hart: “Sua preocupação era com a forma que regras legais são (e devem ser) aplicadas. Hart não provava pela natureza da linguagem que juízes devem ser discricionários; distintamente, ele deu razões pelas quais os textos legais devem ser interpretados de um modo que deixe certa margem de discricionariedade ao aplicar o Direito”⁹². Ou seja, o conceito de Hart é prescritivo, assumindo que em certos casos essa discricionariedade na interpretação de regras sequer seria necessária, ou ao menos seria evitável, mas argumentando pela vantagem de deixar essa margem de indeterminação aberta.

Assim, em Hart, a “textura aberta” é consequência da utilização de termos gerais de classificação, tais como regras jurídicas e padrões impositivos de comportamento. Essa utilização possui vantagens e desvantagens. É possível esclarecer ou limitar um termo geral de classificação, mas é mais vantajoso deixar certa margem de indeterminação⁹³. Essa limitação, contudo, parece não poder ser completa “porque somos homens e não deuses”⁹⁴, de modo que não seria possível determinar antecipadamente todos os fatos existentes, os objetivos do conceito geral e os fatos futuros eventualmente relacionados ao termo geral⁹⁵.

As principais diferenças entre os conceitos de ambos podem ser resumidas na seguinte tabela:

Quadro 2 – Textura aberta Waismann x Hart

	Waismann	Hart
--	-----------------	-------------

⁹² BIX, 2003, p. 18: “His concern was with the way that legal rules are (and should be) applied. Hart had not proven from the nature of language that judges must have discretion; rather, he gave reasons why legal texts should be interpreted in a way that leaves judges discretion in applying the law”

⁹³ *Ibid.*, p. 127-135.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 128: “because we are men, not gods”.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 127-129.

Objetivo	Descrever uma característica essencial de alguns conceitos linguísticos.	Argumentar pela existência de discricionariedade em determinadas decisões sobre a aplicabilidade de regras.
Extensão	Característica geral de grande parte dos conceitos, representando abertura insuperável.	Indeterminação eventual em casos não familiares, representando, por vezes, abertura superável.
Origem	Linguagem e existência de casos não previstos na formulação de conceitos.	Linguagem e vantagens em manter certa abertura, acomodando casos novos.
Caráter	Descritivo	Descritivo/prescritivo
Vagueza x textura aberta	Diferencia	Não diferencia
Cerne/objeto	Conceitos linguísticos no geral quando confrontados à possibilidade de experiências imprevistas.	Termos gerais de classificação e regras jurídicas em relação a casos não familiares.
Causa	Abertura ineliminável a novos acontecimentos que desafiam a definição do conceito.	Desconhecimento da integralidade dos fatos; desconhecimento do objetivo do termo geral; casos futuros e imprevistos.

Fonte: próprio autor, com fundamento na exposição precedente.

Na linha de Hart, o conceito de “textura aberta” é acolhido pelo Direito mais como epítome do fenômeno de indeterminação da linguagem que como a “possibilidade de vagueza” apontada por Waismann. Possivelmente, a melhor forma de compreender esse conceito é por meio do ensaio *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*⁹⁶, em que o autor descreve a existência de duas visões sobre a forma como os juízes decidem: seja descobrindo o Direito sem o criar (*Noble Dream*) ou criando o Direito sem o

⁹⁶ HART, H. L. A.. *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. in Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Clarendon Press: Oxford, 1983, p. 121-145.

descobrir (*Nightmare*). Para Hart, a posição correta seria a intermediária, de modo que por vezes os juízes criariam o Direito e por vezes não.

Seu conceito de “textura aberta” é melhor encaixado como representante da indeterminação da linguagem em sua teoria sobre a forma como juízes interpretam enunciados gerais para aplicá-los aos casos concretos (teoria da decisão judicial), que como um conceito efetivo sobre a linguagem. Ou, como coloca Brian Bix, um conceito “no meio do caminho entre uma teoria do significado e uma teoria da interpretação da lei”⁹⁷. Um conceito híbrido, entre a linguagem e a interpretação de regras, entre o inevitável (descrição) e o indesejável (prescrição), ao mesmo tempo mais e menos vasto que o de Waismann.

Perceber essa recepção do conceito de “textura aberta” em Hart é útil pois demonstra características persistentes do debate mais amplo sobre a indeterminação da linguagem no Direito, em boa parte relacionado à teoria da decisão judicial, à forma de interpretação de regras gerais e sua aplicação em casos particulares: o caráter criativo ou não criativo desta operação de transporte de uma regra geral ao caso concreto.

Mantendo a metodologia dialética dessa monografia, será descrita uma teoria construída sobre a radicalização da ideia do caráter criativo da interpretação judicial: a teoria da norma de Michel Troper.

3.3. MICHEL TROPER: A NORMA QUE SURGE APENAS NA DECISÃO JUDICIAL

O conceito de norma de Michel Troper parte e é estruturado em torno da seguinte definição trazida pelo autor: “Ora, as normas são diferentes dos enunciados. Essas são somente a significação prescritiva destes. Mas um mesmo enunciado pode ter diversas significações muito diferentes”⁹⁸. De forma resumida, Troper entende que a norma não é seu enunciado, de modo que um mesmo enunciado pode conter diversas normas, a depender de sua interpretação. Além disso, ainda que a interpretação de um enunciado seja incontroversa, a necessidade de adequá-la ao caso concreto produz uma nova camada de indeterminação. Ou seja, a norma é o significado de um enunciado que contém uma regra geral⁹⁹.

⁹⁷ BIX, 2003, p. 22: “half-way between a theory of meaning and a theory of statutory interpretation”.

⁹⁸ TROPER, *op. cit.*, p. 56: “Or, les normes sont différentes des énoncés. Elles en son seulement la signification prescriptive. Mais un même énoncé peut avoir plusieurs significations très différentes”.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 56-61

Dessa forma, ao passo que o legislador pode criar os enunciados que contém regras gerais, não poderia criar uma norma¹⁰⁰. Essa norma seria criada apenas com a atribuição de um significado ao enunciado legislativo por uma autoridade competente de modo a formular uma prescrição, uma diretiva obrigatória em um determinado sistema¹⁰¹. Para Gustavo Just¹⁰², a posição de Michel Troper é exemplificativa de uma Teoria Realista da Interpretação, que o autor resume em três proposições: “a interpretação: (a) é uma função da vontade e não do conhecimento; (b) não tem como objeto normas, e sim enunciados ou fatos; (c) confere àquele que a exerce um poder específico”¹⁰³.

A primeira proposição diz respeito à inexistência de um sentido sem interpretação¹⁰⁴. As consequências dessa proposição seriam identificadas no debate sobre interpretação autêntica em Troper. Para Just, Troper não falaria apenas em diferença de estatuto epistemológico entre a interpretação autêntica e a inautêntica, mas em sua relação com a ordem jurídica, de modo que apenas a interpretação por uma autoridade habilitada – *i.e.* interpretação autêntica – se impõe de modo a criar um significado ou estabelecer o conteúdo de um texto em um determinado sistema¹⁰⁵. Sinteticamente, se não existe um significado anterior à interpretação, pode haver diversos significados para um mesmo enunciado. Para que o significado seja cogente em um determinado sistema (norma), deve ser atribuído por uma autoridade competente¹⁰⁶. Assim, interpretação autêntica é uma decisão sobre o significado de um enunciado que põe fim ao debate¹⁰⁷.

Trata-se de um ceticismo semântico radical, advindo do papel central da interpretação na Teoria Realista da Interpretação e de uma indiferenciação de estatuto epistemológico entre o texto anterior e posterior à interpretação, conforme argumenta Just¹⁰⁸. A consequência de uma reação à crise da indeterminação do Direito que a leva “muito a sério”¹⁰⁹. Esse radicalismo pode ser visualizado na negativa de Troper a que existam textos que não necessitem de interpretação:

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 61-62.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 62-76.

¹⁰² JUST, *op. cit.*, posições 3.284-4.919.

¹⁰³ *Ibid.*, posições 3.360-3.365.

¹⁰⁴ *Ibid.*, posições 3.365-3.430.

¹⁰⁵ *Ibid.*, posições 3.369-3.386.

¹⁰⁶ TROPER, *op. cit.*, p. 99-103.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 101.

¹⁰⁸ JUST, *op. cit.*, posições 4.030-4.458.

¹⁰⁹ *Ibid.*, posição 4.382.

“A ideia que um texto claro não necessita ser interpretado é somente um meio de dissimular um poder de interpretação”¹¹⁰.

Não se trata mais, portanto, da posição moderada de Hart, o qual, movido por seu conceito de “textura aberta” defende que os juízes por vezes criam e por vezes não criam o Direito ao decidir os casos concretos. Trata-se uma posição segundo a qual não apenas os juízes criam o Direito ao decidir os casos concretos, mas o Direito - ou as normas que compõem o sistema de diretivas cogentes - só é criado quando uma autoridade competente decide sobre o significado de um enunciado.

Dessa forma, é possível perceber parte da amplitude do impacto de ideias sobre a indeterminação da linguagem no Direito, restando, ainda, abordar reações defensivas a tal ideia, como a de Michael Moore¹¹¹, o que será feito ao longo do próximo capítulo. A finalidade geral deste capítulo foi demonstrar o seguinte processo: (i) a formulação do conceito de “textura aberta da linguagem” por Waismann enquanto a possibilidade ineliminável de vagueza dos conceitos e enunciados linguísticos; (ii) a recepção do conceito de “textura aberta” pelo Direito por intermédio da teoria de Hart, tornando a noção de “textura aberta” um epítome da indeterminação da linguagem no Direito; (iii) a formulação da Teoria Realista da Interpretação, exemplificada em Michel Troper, a qual é fundada em um ceticismo semântico radical e toma como pressuposta (há uma crítica nesse sentido, mas não se empreende muito esforço) a indeterminação dos textos e fatos, entendendo que o enunciado não possui significado antes da interpretação.

Não se pretendeu o que não se poderia alcançar: esgotar o debate sobre a indeterminação do Direito. Todavia, se por meio da exposição dialética realizada neste capítulo foi possível formular uma ideia geral que permita a comunicação daquilo que se pretende dizer ao falar-se de “indeterminação da linguagem no Direito”, o objetivo da exposição foi concretizado. Agora, a dissertação adentrará seu objeto propriamente dito: a crítica ao discurso segundo o qual precedentes vinculantes geram segurança jurídica e o esboço de uma crítica à crítica.

¹¹⁰ TROPER, *op. cit.*, p. 102. “L’idée qu’un texte clair ne doit pas être interprété est seulement un moyen de dissimuler un pouvoir d’interprétation”.

¹¹¹ MOORE, S. Michael. Interpreting interpretation. in **Law and Interpretation**: Essays in Legal Philosophy. MARMOR, Andrei (Org.). Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 1-30.

4. A INCOMPLETUDE DA CRÍTICA EXISTENTE SOBRE A INDETERMINAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.

“According to native mythology, which is literally accepted and strongly believed, canoes could be even made to fly, had not the necessary magic fallen into oblivion (...) magic is not taken by the natives as an ethnographic document, allowing of interpretation and developments, but as an instrument of power. The words are there to act, and not to teach”.

(Bronisław Malinowski)

4.1. CRÍTICA HERMENÊUTICA À TEORIA DOS PRECEDENTES.

Uma forma interessante de entrar na crítica hermenêutica sobre a indeterminação dos precedentes judiciais é começar de fora da crítica hermenêutica. Nesse sentido, esse capítulo se iniciará pela crítica de Hart. O autor inicia sua dissertação sobre as consequências da textura aberta da linguagem no Direito justamente pela ideia de aplicação dos precedentes judiciais, tratando-os como a comunicação de regras ou padrões de conduta por meio de exemplos¹¹², refletindo em parte o “modelo da analogia” descrito anteriormente.

Em uma linguagem bastante simples, Hart descreve que os precedentes comunicam regras por meio de exemplos do tipo “faça como eu”¹¹³, forma de comunicação que deixaria amplos espaços para dúvidas acerca do que realmente deveria ser feito ou qual ponto da conduta paradigmática deveria servir como guia para a conduta subsequente. O autor, então, passa a descrever o que chama de áreas de “textura aberta” dos precedentes, resumindo suas observações em três pontos: (i) não há um critério único para determinar a regra segundo a qual os precedentes são compulsórios; (ii) não há uma única formulação correta das regras a serem extraídas do caso concreto; (iii) e qualquer que seja o *status* compulsório da regra contida nos

¹¹² HART, 2012, p. 124-125.

¹¹³ *Ibid.*, p. 125: “do as i do”.

precedentes, as cortes subsequentes podem alterá-los e até mesmo contrariá-los. Dessa forma, o sistema de precedentes representaria um corpo amplo de regras, com algum espaço para inovação, tal qual a legislação escrita¹¹⁴.

A parte interessante da crítica é que se toma o precedente, inicialmente, como menos determinado que a legislação escrita, que pareceria mais clara, bastando, em tese, “reconhecer termos verbais claros, para ‘subsumir’ fatos particulares a termos classificatórios gerais e desenhar uma simples conclusão silogística”¹¹⁵. Em seguida descreve o movimento da teoria do Direito no sentido de relativizar as distinções entre a indeterminação da comunicação de regras pelo exemplo (precedente) e pela formulação de regras gerais (legislação), admitindo que mesmo a formulação de regras gerais está sujeita a certo grau de indeterminação¹¹⁶.

Com isso, adentra-se a crítica por sua imagem invertida: o caminho conceitual presente em Hart que demonstraria a superação da ideia de que os precedentes seriam indeterminados, ao passo que as regras gerais da legislação seriam passíveis de uma aplicação menos problemática. Como se viu, o discurso da Teoria dos Precedentes consistiria, na realidade, em considerar que os precedentes reduziriam a indeterminação dos enunciados legislativos. A crítica a tal discurso, de forma inversa ao caminho conceitual descrito por Hart, consiste na tentativa de superar a ideia de que os enunciados legislativos seriam indeterminados, ao passo que os precedentes poderiam ser aplicados de forma menos problemática.

Tendo em mente a imagem invertida apontada acima, tem-se que a Teoria Hermenêutica, na forma descrita por Gustavo Just¹¹⁷, pode ser resumida em três proposições: (i) a conexão entre conhecimento e interpretação; (ii) a conexão entre interpretação e aplicação e (iii) a interferência da interpretação na realidade interpretada.

Destaca, então, que a Teoria Hermenêutica ataca a ideia da possibilidade da decisão judicial representar uma operação mecânica, automática, defendendo que não é possível separar a interpretação do Direito da interpretação dos fatos. Portanto, o ato de interpretação se revestiria de uma certa concretude: interpretar seria resolver o caso concreto, não existindo a interpretação da norma em abstrato¹¹⁸. Dessa maneira, segundo a Teoria Hermenêutica, a tomada de uma decisão judicial passaria por três etapas: (i) a pré-compreensão; (ii) a decisão e

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 124-125.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 125: “recognize instances of clear verbal terms, to ‘subsume’ particular facts under general classificatory heads and draw a simple syllogistic conclusion”.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 125-129.

¹¹⁷ JUST, *op. cit.*, posições 957-962.

¹¹⁸ *Ibid.*, posições 1.560-1.622.

(iii) a escolha dos métodos de interpretação¹¹⁹. A decisão em si, portanto, seria anterior à sua justificação, ou motivação pelo juiz e dependeria de sua pré-compreensão sobre a matéria¹²⁰. Não há decisão sem pré-compreensão, não há aplicar sem conhecer (interpretar).

Essa impossibilidade da “subsunção” automática das regras gerais ao caso concreto e o caráter incindível da interpretação de fatos e normas marca a crítica da Teoria Hermenêutica, bem como o recorte dos fatos e das próprias normas aplicadas durante a pré-compreensão que leva à decisão. Além disso, afrontada com o problema da legitimidade das decisões em face de seu caráter não automático, a Teoria Hermenêutica, na concepção de Just, traria um modelo de norma como “modelo de regulação” aberto¹²¹. Embora tal teoria entenda não haver um modelo lógico de aplicação da norma, nem um critério unívoco para decidir o caso concreto, haveria “uma tensão entre ‘razão material’ (ligada mais diretamente ao horizonte de expectativas) e ‘racionalidade sistemática’ (associada ao horizonte da norma)”¹²² que concederia certa estabilidade e controlabilidade às decisões judiciais.

Partindo da crítica da Teoria Hermenêutica e contrapõe-se à defesa da adoção de um sistema de precedentes vinculantes no Direito brasileiro, Lênio Streck critica a ideia de que tais precedentes vinculantes poderiam gerar segurança jurídica. Para a análise ora empreendida, destacam-se três pontos interessantes trazidos por Streck: (i) precedentes vinculantes seriam casos concretos com pretensão à universalização e, como tal, perderiam a natureza de casos concretos (são destituídos de sua concretude); (ii) não faria sentido cindir a interpretação da aplicação, não sendo possível fugir à interpretação e (iii) os precedentes, assim como as normas elaboradas pelo legislativo, são um texto, padecendo, portanto, da mesma indeterminação¹²³.

Quanto ao primeiro ponto, é sujeito, à luz da abordagem da Teoria dos Precedentes realizadas anteriormente, a questionamentos evidentes. A ideia de precedentes vinculantes como casos concretos que se tornariam imperativos universais seria compatível apenas com uma das abordagens mencionadas da Teoria dos Precedentes: justamente com a crítica de MacCormick ao instituto da *massime* (súmula) italiana, que representaria um enunciado geral com reduzida referência aos casos concretos dos quais deriva¹²⁴.

¹¹⁹ *Ibid*, posição 1.693.

¹²⁰ *Ibid*, posição 1.694.

¹²¹ *Ibid.*, posições 1.560-2.120.

¹²² *Ibid.*, posição 2.216.

¹²³ STRECK, *op. cit.*

¹²⁴ MACCORMICK *et al*, *op. cit.*, p. 489-491.

Como foi extensamente debatido, o precedente é a solução jurídica anterior que serve como modelo para a solução de um caso concreto posterior e os distintos modelos de reprodução dos precedentes vinculantes passam, em maior ou menor grau, pela delimitação das circunstâncias fáticas do caso precedente e do caso concreto. O modelo de argumentação caso-a-caso como uma cadeia de analogias na forma descrita por MacCormick¹²⁵ e a descrição do modelo de aplicação de precedentes por analogia por Peczenik¹²⁶ demonstram que o conhecimento e interpretação das circunstâncias fáticas são centrais para a “reprodução” da solução jurídica ao caso concreto posterior.

Os segundo e terceiro pontos, distintamente, merecem maior atenção. A argumentação no sentido de que a aplicação é incindível da interpretação foi descrita anteriormente, partindo-se da ideia de que “não há decisão sem pré-compreensão, não há aplicar sem conhecer (interpretar)”. Mais intuitivo e comum é o terceiro ponto, segundo o qual precedente é texto, também é texto o enunciado legislativo, de modo que não é possível dizer que o problema da pluralidade de interpretações e consequentemente da insegurança jurídica seja superado com a adoção de um sistema de precedentes vinculantes.

Raatz, Dietrich e Morbach¹²⁷ detalham mais o argumento, no sentido de que como precedentes, assim como enunciados legislativos, estão fundados na linguagem, padecerão dos mesmos problemas: vagueza, “textura aberta”, ambiguidade, entre outros. Dessa forma, criticam a “solução mágica” apontada pela Teoria dos Precedentes brasileira no sentido de que a adoção de um sistema de precedentes vinculantes solucionaria o problema da segurança jurídica, da indeterminação do Direito. Segundo o argumento, essa indeterminação é inescapável, com ou sem códigos, com ou sem precedentes.

Essa crítica parece partir das questões levantadas sobre o acolhimento do debate sobre a indeterminação da linguagem no Direito para rejeitar a noção de aplicação mecânica do precedente, assim como rejeitou-se àquela de aplicação mecânica do enunciado legislativo. A Teoria dos Precedentes, contudo, já conhece e admite as deficiências e riscos na reprodução da solução jurídica a ser adotada em um caso concreto posterior, a qual será explorada a seguir de modo a evitar uma espécie de “solipsismo” teórico direcionado da crítica mencionada.

¹²⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹²⁶ PECZENIK, *op. cit.*, p. 474-476.

¹²⁷ RAATZ, I.; DIETRICH, W. G.; MORBACH, G. A Filosofia da Linguagem Ordinária e a (inescapável) Indeterminação do Direito. **REI – Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 1, p. 334-375, 5 ago. 2018.

4.2. A AUTO-CRÍTICA DE AUTORES DA TEORIA DOS PRECEDENTES.

Conforme destacado por Peczenik ao tratar do efeito vinculante dos precedentes¹²⁸ a operação de reprodução de uma solução jurídica anterior ao caso concreto posterior suscita diversos problemas. Em primeiro lugar, seria necessário estabelecer qual norma ou regra pode-se encontrar no precedente e, ainda que se consiga determiná-la, o escopo de aplicação da referida norma permaneceria indeterminado, uma vez que a norma só seria aplicável a casos similares. Para tanto, em segundo lugar, seria necessário avaliar quais similaridades são ou não relevantes de modo a justificar a aplicação do precedente, falando-se em graus de similaridade. Ainda, as próprias regras que definem a vinculância dos precedentes possuem “textura aberta”¹²⁹, aqui trazida, no sentido hartiano, como decorrente da adoção de termos gerais e abstratos.

Dessa forma, critica a ideia de que a aplicação dos precedentes seria mecânica e não problemática, destacando a indeterminação nas etapas de reprodução da solução jurídica contida nos precedentes, desde a identificação da obrigatoriedade de seguir precedentes, à identificação da regra a ser aplicada e à descrição das similaridades relevantes entre os casos. Destaca, portanto, a necessidade de um processo de ponderação (“*outweighing*”) na aplicação de precedentes¹³⁰.

Nas palavras do autor, que parece adotar uma teoria moderada da “textura aberta” no Direito:

E no entanto aparentemente não há um algoritmo de ponderação, um conjunto finito de critérios não ambíguos (...) Seguir precedentes é raramente um processo mecânico de seguir regras pré-existentes. É, na realidade, como ponderar e balancear razões, *inter alia* regras e princípios pré-existentes dos precedentes, de modo a criar novas regras.¹³¹

MacCormick, no mesmo sentido, destaca críticas à ideia de que precedentes contêm regras diretamente aplicáveis aos casos concretos posteriores, as quais identifica como advindas do movimento realista do Direito estadunidense, bem como trata de uma crescente “textura

¹²⁸ PECZENIK, op. cit.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 474-476.

¹³⁰ *Ibid.*, loc. cit.

¹³¹ *Ibid.*, p. 474-475: “Yet there appears to be no algorithm of weighing, no finite set of unambiguous criteria (...) Following precedents is seldom a mechanical process of following pre-existing rules. It is rather like weighing and balancing of reasons, *inter alia* pre-existent precedent rules (or principles) in order to make new rules”

aberta” das regras jurídicas, inclusive aquelas postas pelas cortes, em razão da necessidade de solucionar questões cada vez mais complexas e abstratas¹³², na linha, novamente, do conceito hartiano de “textura aberta”.

O autor, contudo, propõe, como Hart, uma teoria moderada da indeterminação, defendendo que:

Entre os extremos da certeza absoluta e da arbitrariedade total, há um espaço de tomada de decisões razoáveis, genuinamente guiadas por princípios, regras promulgadas e precedentes, o qual admite um grau tolerável de certeza e previsibilidade e que dá uma substância real, mas não um peso absoluto ao ideal, ou se preferirem ideologia, da igualdade perante a lei e do *rule of law*.¹³³

Thomas Bustamante, no mesmo sentido, adota uma teoria moderada da indeterminação do Direito, entendendo, no sentido da Teoria Hermenêutica, que os juízes ao aplicar precedentes ou enunciados legislativos em certo sentido criam algo novo, mas também são vinculados ao Direito preexistente. Especialmente quanto aos precedentes, entende que a corte que os firma tem discricionariedade dentro dos marcos ou limites do Direito¹³⁴;

Destaca, nesse sentido, uma espécie de processo contínuo de formação do precedente, em que o juiz anterior cria regras que podem ser excepcionadas ou não pelo juiz posterior¹³⁵. De forma central, tonando evidente a existência de uma auto-crítica pela Teoria dos Precedentes bastante similar àquela da Teoria Hermenêutica, Bustamante afirma que “precedentes judiciais são como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação”¹³⁶.

Não se pretende com essa exposição afirmar que toda a Teoria dos Precedentes critique o discurso segundo o qual precedentes vinculantes produzem segurança jurídica. O objetivo é mostrar que ao menos alguns dos autores que defendem ou reproduzem esse discurso entendem os limites da reproduzibilidade dos precedentes judiciais e destacam a impossibilidade ou ao menos dificuldades em sua reprodução automática.

Disso pode-se extrair um indício que, ao menos em alguma medida, o discurso da Teoria dos Precedentes segundo o qual precedentes vinculantes produzem maior segurança jurídica

¹³² MACCORMICK *et al*, *op. cit.*, p. 491-496.

¹³³ *Ibid.*, p. 495: “Between the extremes of absolute certainty and total arbitrariness, there is a range of reasonable decision making, genuinely guided by principles, enacted rules and precedents, which admits of tolerable certainty and predictability, and which gives real substance but not absolute weight to the ideal, or if you will ideology, of equality before the law and the rule of law”.

¹³⁴ BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 231-233.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 227-231.

¹³⁶ BUSTAMANTE, p. 226.

convive – se não de forma coerente, ao menos simultânea – com a ideia jurídica de indeterminação da linguagem. De certa forma, a crença nesse discurso sobrevive à indeterminação da linguagem. É esse o problema que será abordado no tópico seguinte.

4.3. INSUFICIÊNCIAS E INCOMPLETUDE DA CRÍTICA EXISTENTE.

O primeiro questionamento que vem à mente ao ler-se o título desse tópico, tendo em vista a exposição realizada sobre a indeterminação da linguagem, é que a incompletude da crítica existente ao discurso da Teoria dos Precedentes deve-se à própria linguagem. Não é isso, no entanto, que se pretende comunicar por “incompletude”. A intenção não é completar a crítica, nem esgotá-la, mas sim criticá-la de modo a evidenciar seus pontos fracos e, consequentemente, suas possibilidades de evolução.

Novamente, a entrada no debate se dará por uma via pouco ortodoxa: por um autor que não pertence nem à Teoria Hermenêutica, nem à Teoria dos Precedentes, Michel Troper. Conforme abordou-se anteriormente, Troper adota um conceito de norma como distinta do enunciado que a contém, de modo que a norma é o significado de tal enunciado conforme estabelecido por uma autoridade competente¹³⁷.

Esse argumento advém da noção de que o texto admite diversas interpretações, podendo gerar significados distintos. Da recusa da existência de um texto cuja obtenção do significado independa de interpretação. Ao analisar a questão dos precedentes, entretanto, a teoria de Michel Troper parece deixar amplo espaço para debates.

Tal qual trazido anteriormente, Troper chama jurisprudência “o conjunto de regras resultante da atividade dos tribunais”¹³⁸. Justifica a necessidade de criação jurisprudencial do Direito em razão da incompletude da lei, sua obscuridade, a incapacidade do legislador de prever os casos futuros em que a aplicação da lei poderia ser incerta, entre outros pontos. Passa a criticar a separação tradicionalmente realizada entre criação e aplicação do Direito (ou juiz como “boca da lei”) e estende-a à ideia de Kelsen de que o poder de criação dos magistrados estaria limitado a uma norma superior. Realiza uma distinção esperada entre a norma concreta criada pelo juiz ao decidir um caso concreto das regras gerais firmadas pelos tribunais.

Enfim, encerra sua exposição sobre o tópico explicando que as regras gerais formuladas pelos tribunais, mesmo em países que não adotam o que chama de “regra do precedente”,

¹³⁷ TROPER, *op. cit.*, p. 56-76.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 92: “l’ensemble des règles résultant de l’activité des tribunaux”.

reproduzem-se pela estrutura hierarquizada do Judiciário. Dessa sorte, os tribunais inferiores aplicam regras estabelecidas por uma corte superior em razão da possibilidade de terem a decisão reformada por recurso de modo contrário¹³⁹. Esse é um ponto que o autor descreve com maior profundidade em outra oportunidade¹⁴⁰.

Até então, a única inquietação a que se chega é uma ausência de esclarecimento sobre o conceito de “regra”, ao menos de um conceito troperiano de regra, e se haveria uma distinção desse em relação ao conceito de “norma”. Haveria distinção entre o enunciado legislativo interpretado pelo intérprete autêntico no caso concreto de modo a gerar uma norma e a regra geral estabelecida pelos tribunais de modo a reduzir as lacunas da lei? Essa pergunta não é respondida diretamente pelo autor, mas Just indica o caminho para compreender o problema por meio de sua crítica no sentido de que a Teoria Realista da Interpretação não faz uma diferenciação de estatuto epistemológico entre o texto antes e depois da interpretação¹⁴¹.

Em outras palavras: a interpretação de um tribunal que fixa uma regra geral para as instâncias inferiores altera o texto interpretado de modo a reduzir sua indeterminação? De uma forma indireta, parece que a resposta do autor é positiva. A razão para tal é simples: ao tratar do poder das cortes supremas, Troper abandona seu conceito de “regra” e fala expressamente em “normas gerais” produzidas por tais tribunais:

as normas que eles produzem são gerais, ou seja, visam reger o comportamento de um número indeterminado de sujeitos. Estes só podem se conformar se pensarem que a norma que lhes será aplicada será a mesma produzida pela interpretação dada pela jurisdição suprema.¹⁴²

Ou seja, caso se queira manter a coerência da argumentação do autor, os precedentes firmados pelas cortes supremas interpretam os enunciados legislativos e os complementam criando enunciados cujo significado é pré-determinado, a interpretação concedida pelo intérprete autêntico é capaz de produzir normas gerais e não apenas concretas, definindo a interpretação na solução de um caso particular. Cria, de certo modo, textos cuja interpretação já foi dada de modo a criar uma regra de conduta não apenas às partes no processo, mas ao público geral.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 92-96.

¹⁴⁰ TROPER; GRZEGORCZYK, *op. cit.*

¹⁴¹ JUST, *op. cit.*, posições 4.030-4.458.

¹⁴² TROPER, *op. cit.*, p. 112: “les normes qu’elles produisent sont générales, c’est-à-dire qu’elles visent à régler le comportement d’un nombre indéterminé de sujets. Ceux-ci ne peuvent s’y conformer que s’ils pensent que la norme qui leur sera appliquée sera la même que celle qui a été produite par l’interprétation donnée par la juridiction suprême”.

As razões para tal raciocínio podem ser diversas, desde o seu conceito de intérprete autêntico, com uma releitura da diferenciação kelseniana entre enunciados descritivos da doutrina e prescritivos das autoridades, a suas tendências positivistas. De toda forma, há um certo estranhamento em pensar que apesar de seu ceticismo semântico radical Troper admite que há uma regra geral que por ter sido formulada por uma corte superior passaria do texto à norma, ainda que com o mesmo formato do enunciado legislativo (de forma geral, abstrata). Uma explicação plausível é que como a corte superior possuiria competência para formular tais regras gerais e as cortes inferiores não possuiriam a mesma competência, a reinterpretação da regra geral estabelecida pela corte superior pelas inferiores não seria autêntica.

De todo modo, mantém-se sinais de contradição mesmo ante a tal explicação. Muito embora a abordagem por meio do conceito de intérprete autêntico seja razoável, não se sabe por qual razão o enunciado geral formulado pela corte superior não poderia, ao menos em tese, possuir significados diversos para a própria corte superior (a qual pode superar sua jurisprudência). Essa noção de um texto pré-interpretado por um intérprete autêntico superior a ser aplicado por outros intérpretes autênticos em instâncias inferiores não é, no entanto, expressa e buscar uma explicação oculta na teoria de Troper seria sujeitar-se a conjecturas com elevada probabilidade de equívoco.

Mais interessante é notar os problemas que surgem dessa “mistura” conceitual. Brian Bix expõe um argumento que pode ajudar a esclarecer as coisas. Defende que o problema da aplicação de regras adviria, em parte, de que aquele que as formula não é o mesmo que as aplica:

Os problemas que os teóricos do Direito enfrentam na área da aplicação de regras vem em grande medida do fato de que aqueles que aplicam as regras estão, de modo geral, aplicando regras escritas por outrém (...) Em tal contexto, o visão sobre como regras deveriam ser aplicadas (interpretadas, modificadas, suplementadas) deve depender parcialmente da teoria que se tem sobre qual seria o devido papel de diversas instituições e das relações entre elas.¹⁴³

Esse argumento não formula o problema enfrentado como um todo, muito menos o soluciona, mas aponta uma direção interessante: a interpretação das regras depende, de certa forma, das relações institucionais entre criador e aplicador. De uma espécie de “telefone-sem-

¹⁴³ BIX, 2003, p. 23: “The problems legal theorists face in the area of rule-application come largely from the fact that those who apply rules are usually applying rules written by someone else (...) Within such a context, one’s view about how rules should be applied (interpreted, modified, supplemented) must depend in part on one’s theory about the proper role of various institutions and the relationships among them”.

ção”, interpenetrado pelas relações institucionais e hierárquicas entre quem dá a ordem e quem a “reproduz”.

Importante destacar que não se trata de uma retomada do problema criação-aplicação do Direito, mas de um novo problema enunciado por Bix: um problema da comunicação. Comunicação, de certa forma, no sentido saussureano¹⁴⁴ em que o conceito associado a uma imagem acústica contido no cérebro de “A” é transmitido por meio da fonação a “B”, que recebe a imagem acústica correspondente pela audição, se fazendo a conexão entre a imagem acústica percebida e o conceito no cérebro de “B”¹⁴⁵.

Falta a Brian Bix, contudo, o salto saussureano de considerar que “a língua não é completa em ninguém, ela só existe perfeitamente na massa”¹⁴⁶. Ou seja, analisar o ato de comunicação como um fenômeno social, de modo que a relação entre quem firma e quem “aplica” a regra deve ser analisada levando em consideração os fatores sociais determinantes. Além disso, é possível que abordando a questão de uma perspectiva social ou institucional, se encare que o problema não é apenas de comunicação entre duas personalidades distintas.

Em outras palavras, a mesma instituição ou personalidade que estabelece a regra pode ter problemas ao reproduzi-la em casos posteriores. A coisa fica mais clara pensando em exemplos relacionados aos tribunais: os precedentes estabelecidos por um corpo X de magistrados em uma corte superior pode ser superado ou aplicado de forma distinta pelo corpo Y do mesmo tribunal após algumas alterações em sua composição. E mesmo considerando a ausência de alterações em sua composição, o mesmo tribunal, composto pelos mesmos membros, está sujeito a dificuldades ao interpretar o precedente que firmou, sobretudo em face de casos inesperados aos quais aplicar a mesma solução jurídica pareceria absurdo (aqui retorna-se ao conceito waismanniano de “textura aberta”).

Nesse ponto, no Supremo Tribunal Federal brasileiro, por exemplo, após o momento em que é firmado um precedente vinculante, costuma haver um aumento e não uma diminuição do número de demandas judiciais debatendo a controvérsia na própria corte¹⁴⁷. Ou seja, de certa forma, o debate sobre a interpretação do Direito não se encerra com o precedente vinculante, podendo, inclusive, intensificar-se.

¹⁴⁴ SAUSSURE, *op. cit.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 32-35.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 35: “la langue n’est complète dans aucun, elle n’existe parfaitement que dans la masse”.

¹⁴⁷ TINARRAGE, R. et al. **Empirical analysis of Binding Precedent efficiency in the Brazilian Supreme Court via Similar Case Retrieval**. Disponível em: <<https://arxiv.org/abs/2407.07004>>. Acesso em: 25 jan. 2025.

O que se pretende sugerir é que a incompletude da crítica ao discurso da Teoria dos Precedentes advém, em certa medida, de enxergar o fenômeno linguístico como isolado do fenômeno social (ainda que esse movimento não pareça deliberado). Na forma proposta por MacCormick¹⁴⁸ ao enfrentar o problema da indeterminação da linguagem, talvez a solução seja admitir o caráter essencialmente argumentativo do Direito, possibilidade que será explorada no capítulo seguinte, após um breve debate sobre as semelhanças e distinções entre os enunciados legislativos os precedentes judiciais.

5. PRECEDENTES VINCULANTES E ENUNCIADOS LEGISLATIVOS: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS.

“if an unfathomable, insatiable emptiness lay hid behind everything, what would life be but despair? (...) as God created man and woman, so too he shaped the hero and the poet (...) The latter has none of the skills of the former (...) Yet he, too, no less than the hero, is happy; for the hero is so to speak, that better nature of his in which he is enamoured, though happy that it is not himself, that his love can indeed be admiration. He is the spirit of remembrance, can only bring to mind what has been done, do nothing but admire what has been done”.

(Søren Kierkegaard)

“O mytho é o nada que é tudo”

(Fernando Pessoa)

5.1. PRECEDENTES VINCULANTES E ENUNCIADOS LEGISLATIVOS COMO TEXTO E REGRA.

¹⁴⁸ MACCORMICK *et al*, *op. cit.*, p. 491-497.

Partir dos conceitos de texto e regra para auxiliar na compreensão do que seriam precedentes vinculantes e enunciados legislativos é como tentar explicar o que é um café com leite começando pela estrutura molecular dos compostos do café e do leite. Trata-se de uma excessiva complexificação da matéria que, entretanto, não ajuda o ouvinte a compreender exatamente aquilo que é um café com leite.

Por que, então, seguir esse caminho que tende a não levar a lugar algum? Na realidade, não se pretende demonstrar a estrutura molecular dos compostos do café e do leite, mas sim apontar alguns problemas que podem advir da análise dessa estrutura molecular. Em outras palavras, não se quer explicar ou dar um conceito definitivo de texto ou regra, senão apenas expor os perigos em tomar tais conceitos como pressupostos.

Logo, este tópico não definirá o que é texto, o que é regra. Não se dirá que precedentes vinculantes enunciam uma regra, da mesma forma que os enunciados legislativos, que ambos são textos que expressam um comando de modo que carregam certa carga de indeterminação. Na realidade, o que se pretende é apontar que os conceitos de “texto” e “regra” são sujeitos a algum grau de plurivocidade, embora essa plurivocidade ainda permita uma razoável comunicação do que se pretende dizer ao falar em tais conceitos.

Como entrada para esse debate, vale lembrar certa passagem cômica em um ensaio de Hart¹⁴⁹, quando ao descrever seu debate com Kelsen lembra que este último teria afirmado de forma severa que “‘Norma era Norma’, e não outra coisa”¹⁵⁰. É possível que a definição mais razoável de “texto” ou “regra” seja exatamente essa: “texto é texto” e “regra é regra” e não qualquer outra coisa. Ao se definirem conceitos tão vagos e complexos, o mais provável é que sejam irremediavelmente transmutados em uma coisa alheia àquilo que por eles se entende. De toda forma, essa transmutação ou deformação é útil ao permitir ampliar ainda que não a compreensão, ao menos as inquietações em relação ao conceito.

Iniciando o debate propriamente dito, texto, para Paul Ricoeur¹⁵¹ é “qualquer enunciado ou série de enunciados fixado pela escrita”¹⁵². Para defender sua definição, distingue o texto da fala, sobretudo pela dimensão do diálogo em oposição à leitura : haveria uma conexão dialógica

¹⁴⁹ HART, H. L. A.. Kelsen Visited. in HART, H. L. A.. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Clarendon Press: Oxford, 1983. p. 286-308.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 287: “‘Norm was Norm’, and not something else”.

¹⁵¹ RICOEUR, Paul. What is a Text: Explanation and Interpretation. In RASMUSSEN, D. M. **Mythic-Symbolic Language and Philosophical Anthropology**. Dordrech: Springer, 1971. p. 135-150

¹⁵² *Ibid.*, p. 135: “every utterance or set of utterances fixed by writing”.

bastante direta entre ouvinte e falante, mas o colocar o discurso na forma escrita implicaria um duplo apagamento ou afastamento entre o leitor e o escritor¹⁵³.

Durante sua exposição, o autor explora duas ideias sobre texto, a explicação e a interpretação. Para Ricoeur, a explicação diria respeito à estrutura do texto, suas relações internas (semiologia), suspendendo a relação entre o texto e o mundo. Já a interpretação consistiria em agregar um novo discurso ao discurso do texto, o falar de algo a alguém (semântica), estruturar a relação entre texto e mundo¹⁵⁴. A interpretação seria caracterizada por uma apropriação daquilo que o texto pretende dizer, o que não se confunde com a intenção do autor, mas sim uma interpelação do próprio texto. Uma comunidade de intérpretes em que um intermedia, enquanto tradição, a interpretação do outro no caminho iniciado pelo próprio texto¹⁵⁵.

Com isso, o texto torna-se, em Ricoeur, um processo intersubjetivo de significação ou atualização com uma direção objetiva determinada pelo próprio texto. Reconciliam-se explicação e interpretação ao passo que o texto é (i) isolado do diálogo e até mesmo do discurso pela explicação e (ii) reinserido no discurso por meio da atualização iniciada com a interpretação, a qual, contudo, se dá na direção apontada pelo próprio texto (incluindo as relações interpretativas que o compõem), tendo como a apropriação do significado o fim de tal processo¹⁵⁶.

O conceito de Ricoeur, dessa forma, mostra três características interessantes dos textos: (i) sua insularidade, isolamento ou descolamento; (ii) sua continentalidade, intersubjetividade, contextualização; (iii) e sua abertura, caráter “inacabado”, procedimental ou acoplável. Enquanto possibilidade de crítica, revela uma fraqueza do cognitivismo, resguardando o ato de apropriação do texto pelo leitor para o fim do processo interpretativo¹⁵⁷ (possivelmente esse “fim” está mais como finalidade ou direção que como término ou encerramento).

Ou seja, o conhecer aquilo que o texto diz concretamente é uma etapa no processo de significação iniciado pelo próprio texto, essencialmente aberto. Uma metáfora pode auxiliar: basta ao pensar no texto como um bloco de “lego”, em que se encaixam outros blocos que condicionam os locais de encaixe uns dos outros na direção apontada por aquele primeiro. Isso

¹⁵³ *Ibid.*, p. 135-137.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 137-144.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 144-149.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 150.

¹⁵⁷ *Ibid.*, loc. cit.

evidencia o caráter coletivo da interpretação como formação do texto, bem como sua abertura essencial.

Michael Moore, por outro lado, parte de uma crítica ao que chama de modelo intencionalista e comunicativo da interpretação, segundo o qual o significado de um texto seria resultado da intenção do autor, defendendo que texto é tudo aquilo que pode dar uma razão para crer em algo ou agir de determinada maneira¹⁵⁸. Nas palavras de Moore:

Há um texto, e portanto interpretação no sentido desejado, sempre que (1) as pessoas tenham algum bom motivo, (2) para tratar algum fenômeno cujo significado ainda não conhecem como sendo significativo, (3) no sentido de que tais significados dão-lhes sejam motivos para crença ou motivos para ação. (...) O raciocínio interpretativo é distinto do raciocínio moral ou científico ordinário ao envolver uma dança de dois passos: pergunte primeiro se há um texto e o que ele é; pergunte em segundo lugar o que esse texto significa no sentido de como se aplica à situação enfrentada.¹⁵⁹

Como destaca Just¹⁶⁰, para Moore a interpretação é uma atividade como outra qualquer, com a peculiaridade de que, para ser realizada, necessita um texto. Partindo desse pressuposto, Moore cria uma regra de reconhecimento do texto que independeria de seu conhecimento (a possibilidade de obter razões para ação ou crença por meio da interpretação) e defenderia um critério instrumental da interpretação.

Essa interpretação, encontrado um texto, seria válida ao servir à utilidade do texto, permitindo perceber da melhor forma as razões para crença ou ação que justificam considerar algo como texto¹⁶¹. Portanto, a interpretação fica vinculada à sua finalidade e não a uma correspondência real com o seu objeto (encontrar de fato aquilo que o texto significa). Se a regra de reconhecimento de um texto é que este providencie ao intérprete razões para crença e para ação (texto enquanto instrumento), a interpretação correta depende justamente de encontrar essas razões.

Desta sorte, no mesmo instante em que se encontra um texto, surge um critério para avaliar a validade de sua interpretação. Ora, se o próprio conceito de texto é intrinsecamente ligado à sua finalidade (se só existe um texto se for justificável tratá-lo como tal para concretizar

¹⁵⁸ MOORE, *op. cit.*, p. 7-10.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 8 e 10: “There is a text, and thus interpretation in the desired sense, whenever: (1) people have some good reason, (2) to treat some phenomenon they do not yet know the meaning of, as being meaningful, (3) in the sense that such meanings give them either reasons for belief or reasons for action. (...) Interpretive reasoning is distinct from ordinary moral or scientific reasoning in that it essentially involves a two-step dance: ask first whether there is a text and what it is; ask second what that text means in the sense of how it applies to the situation at hand”.

¹⁶⁰ JUST, *op. cit.*, posições 5.144-5.188.

¹⁶¹ MOORE, *op. cit.*, p. 17.

determinado fim) e a interpretação é a forma de alcançar tal finalidade, tem-se necessariamente um critério objetivo para avaliar sua correção: o alcançar-se ou não a finalidade pretendida. Até esse ponto, o argumento aparente uma certa circularidade: a ideia de que possa haver uma interpretação válida parece surgir justamente da correlação entre a potencialidade da interpretação e a existência de um texto.

Nesse sentido, Just critica a ideia de que esse ato de encontrar um texto seria destituído de um caráter interpretativo e ressalta o aspecto prescritivo dos conceitos de Moore. Assim, e o significado objetivo da interpretação deveria ser a finalidade do intérprete, um horizonte, a causa para que essa atividade se inicie. Mas o autor não defenderia a existência, em si, desse significado objetivo, o qual seria absorvido pela interpretação, mas apenas a necessidade (“dever ser”) de tratar os textos como se dotados de tal significado¹⁶².

Adentrando os aspectos jurídicos da teoria de Moore, Just destaca o que a tornaria radicalmente oposta à Teoria Hermenêutica, afirmando que essa repousaria em três componentes: (i) a ideia de que a linguagem faz referência a realidades objetivas; (ii) os textos jurídicos possuem autoridade pela necessidade de solucionar pacificamente os conflitos e (iii) a instrumentalidade da interpretação¹⁶³.

Em seguida, descreve as tendências solipsistas de tal pensamento que ante à pluralidade das interpretações possíveis, indica como juiz ideal aquele que tem capacidade de chegar à interpretação correta. Nesse ponto, recusa-se que a verdade da interpretação se encontre em acordos intersubjetivos ou mesmo em um consenso sobre o significado do texto: a interpretação correta derivaria do conhecimento real dos direitos concretos dos indivíduos¹⁶⁴.

Nessa linha, a decisão bem fundamentada conteria “(1) um enunciado normativo, (2) um enunciado de fato e (3) um enunciado interpretativo”¹⁶⁵ que explica a norma e sua aplicabilidade ao caso concreto. Retomando o início da exposição, para Moore primeiro deve-se identificar a existência de um texto e sua natureza para então extrair seu significado por meio da interpretação. É esse primeiro passo (a identificação do texto) que permite, em certa medida, a identificação da correção da interpretação, uma vez que o critério para reconhecer a existência do texto atua como uma espécie de “âncora axiológica”, inaugurando a busca por um valor predeterminado cuja função da interpretação é encontrar.

¹⁶² JUST, *op. cit.*, posições 5.206-5.278.

¹⁶³ *Ibid.*, posições 5.271-5.275.

¹⁶⁴ *Ibid.*, posições 5.278-5.495.

¹⁶⁵ *Ibid.*, posição 5.526

Just, contudo, faz uma crítica relevante a essa ideia, argumentando que mesmo esse primeiro passo é dotado de um aspecto interpretativo¹⁶⁶. Pelo objeto dessa dissertação, não interessa verificar se a crítica de Just é correta, ou se a teoria de Michael Moore explica de fato a ideia de texto ou interpretação. Mais relevante é compreender os pontos de interconexão entre os discursos mencionados que permitem ampliar a possibilidade de crítica.

Na realidade, Michael Moore e sua ideia do juiz solipsista defendem o mesmo aspecto contrafactual abordado pelos teóricos da intersubjetividade. Apenas aposta que essa controlabilidade contrafactual da interpretação virá não de uma racionalidade idealizada no *socius*, mas de uma racionalidade idealizada no juiz solipsista, no ego. As duas teorias partem, contudo, de um certo racionalismo, da ideia de controlabilidade racional da interpretação.

É possível identificar, portanto, três formas de argumentos sobre como se dá a interpretação dos textos: (i) a solipsista, em que a interpretação correta independe da intersubjetividade; (ii) a intersubjetiva, que encontra a correção, ainda que potencial, da interpretação no *socius*; (iii) a da interpretação como um processo acoplável ao texto, instaurado por uma interpelação do próprio texto.

Essas são as peculiaridades acerca do texto que se pretendiam apontar e que serão relacionadas ao debate sobre enunciados legislativos e precedentes vinculantes após uma breve exposição sobre o conceito de regra.

Ao adentrar o conceito de regra, é valiosa a contribuição de Von Wright¹⁶⁷. O autor encara “norma” como um conceito plurívoco, com significados distintos dentre os quais norma enquanto regra e norma enquanto prescrição. Dessa forma, seu conceito inicial de regra é diretamente relacionado a ideia de regras de um jogo, representando as instruções do que se deve ou não fazer para desempenhar aquela atividade. Já as normas prescritivas implicariam comandos ou permissões dirigidos por uma pessoa com autoridade a outra ou outras. Aponta, então, três formas gerais de normas: regras, prescrições e diretivas, estas últimas se referindo a normas técnicas, manuais¹⁶⁸.

Em seguida, discorre sobre características gerais atinentes às normas, quais sejam: (i) seu caráter, ou tipo de “comando”; (ii) seu conteúdo, ou o que deve ou não ser feito e (iii) sua condição de aplicação, ou as condições que devem ser satisfeitas para que se cumpra o conteúdo

¹⁶⁶ *Ibid.*, posição 5.548.

¹⁶⁷ VON WRIGHT, George Henrik. **Norm and Action**. London: Routledge e Kegan Paul, 1963.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 1-10.

da norma¹⁶⁹. Acrescenta, quanto às normas prescritivas outras características como (iv) a autoridade que ordena a prescrição, (v) o sujeito alvo da prescrição e (vi) a ocasião em que o comando ou permissão deve ser realizado¹⁷⁰.

Além disso, identifica distinções entre prescrições gerais, eminentemente gerais e particulares. As prescrições particulares são particulares quanto ao sujeito ao qual se dirigem e à ocasião em que o comando deve ser realizado, as gerais são particulares apenas quanto ao sujeito ou à ocasião e as eminentemente gerais são gerais quanto ao sujeito e à ocasião. É nesse ponto da exposição que Von Wright reformula seu conceito de regra entendendo que se trataria de uma prescrição geral quanto à ocasião, não importando sua generalidade quanto ao sujeito¹⁷¹.

Ou seja, conforme essa reformulação conceitual de Von Wright, regra é uma espécie de prescrição que independe de uma ocasião particular para ser realizada. Seguindo um exemplo similar ao dado pelo autor¹⁷², o comando “acorde todos os dias às 8h” seria uma regra, ao passo que o comando “acorde amanhã, depois de amanhã e daqui a uma semana às 8h” não o seria.

Essas distinções conceituais, contudo, parecem pouco úteis à análise dessa dissertação. Pouco importa para compreender como se dá a reprodução da solução jurídica contida em uma decisão anterior ao caso concreto posterior se um precedente vinculante deve ser aplicado apenas no dia 10 de janeiro de 1999 ou em todas as datas subsequentes até sua revogação. O mesmo vale para os enunciados legislativos, se seus comandos são ou não vinculados a determinadas ocasiões, isso não influencia de maneira significativa sua reprodução. O único efeito que esse debate poderia causar na reprodução de precedente ou enunciado legislativo é a nova carga de indeterminação que surge com a necessidade de identificar a ocasião para a aplicação do precedente ou do enunciado legislativo.

Regra, portanto, de modo um tanto hartiano e um tanto vonwrightiano, será encarada como um padrão geral de comportamento que é imposto a outrem por alguém. Em um precedente vinculante, portanto, a obrigatoriedade de reprodução da solução jurídica é a regra e seu conteúdo seria a solução jurídica a ser reproduzida. Identificar o conteúdo da solução jurídica a ser reproduzida como a regra implicaria uma tomada de posição em relação ao debate sobre a forma de vinculação dos precedentes, reduzindo o objeto da análise. É possível, contudo, que esse conteúdo implique o reconhecimento de uma regra.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 70-75.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 70-81.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 77-83.

¹⁷² *Ibid.*, p. 82-83.

Esse conceito pode ser disputado e não é central à análise ora empreendida. O cerne é perceber que a ideia de que precedentes e enunciados legislativos são textos e que, portanto, padecem de certa carga de indeterminação é inadequada ou insuficiente para explicar a relação entre precedentes e segurança jurídica (estabilidade das decisões judiciais). Na realidade, o problema não parece estar centrado na ideia de texto, regra ou norma, mas sim no debate sobre a controlabilidade da interpretação, assim como os limites de tal controle.

A aproximação de precedentes a enunciados legislativos por meio do conceito de texto na crítica da Teoria Hermenêutica sobrepõe-se a um problema mais profundo: sobre a forma pela qual se opera a reprodução de algo (uma prescrição?) nesse texto por meio da interpretação aos casos concretos. Em outras palavras: o problema mais profundo é o problema da forma como decidem os juízes.

O objeto dessa dissertação, é importante ressaltar, não abrange a teoria da decisão judicial de modo que não pretende explicá-la. A proposta geral é que iluminando o debate sob análise como versando sobre a forma pela qual se dá a decisão judicial tem-se uma oportunidade de aprofundá-lo. À forma deleuziana¹⁷³, não importa exatamente o que os precedentes e enunciados legislativos são, mas sim como funcionam nas decisões judiciais.

5.2. CRÍTICAS À IDEIA DE SUBSUNÇÃO OU CARÁTER LÓGICO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO.

Com essa mudança de eixo, pode-se começar a falar na mudança de paradigma que implica a superação da crença em um modo matemático de raciocínio jurídico para a compreensão do caráter argumentativo da fundamentação jurídica, fundado em probabilidades, verossimilhanças. Dessa forma, retornando ao modelo do orador que busca persuadir um auditório, a prática jurídica tenderia a utilizar-se de lugares comuns e opiniões respeitadas de modo a produzir uma sensação de segurança. Trata-se de uma forma de superar momentaneamente a incerteza por meio do recurso a argumentos verossimilhantes apresentados como reprodução de normas válidas¹⁷⁴.

Nas palavras de Khatarina Von Schlieffen:

¹⁷³ DELEUZE, Gilles. GUATTARI, Félix. **Capitalisme et Schizophrénie: L'Anti-OEdipe**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1972.

¹⁷⁴ VON SCHLIEFFEN, 2022, p 19-43.

o pensamento jurídico não se dirige ao conhecimento da verdade, mas – um tema central da teoria retórica do direito – permanece orientado para a ação e preso a situações no âmbito opinativo (...) Sua tarefa é encontrar um caminho, além de outros pontos de vista, em uma situação incerta, por meio da referência ponderada ao que já é reconhecido; as prudências dão amparo à organização provisória da contingência.¹⁷⁵

O essencial nesse pensamento é compreender que a tarefa do jurista é tornar finito um debate infinito, seja no conceito a ser explorado de contrangimento da decisão¹⁷⁶, seja ao ultrapassar por meio de saltos lógicos o vazio entre a tipicidade e os fatos¹⁷⁷. Nesse contexto, a forma de fundamentação jurídica seria constituída por argumentos e figuras retóricas, destacando-se como modelo da fundamentação jurídica o entimema, em que haveria uma aparente relação de necessidade plausível entre a assertiva “q” e a fundamentação “p”¹⁷⁸.

Não é necessário enfrentar aqui o debate sobre o que seria o entimema ou detalhes sobre a forma de fundamentação jurídica identificada pela Teoria Retórica do Direito, basta centrar-se, por enquanto, em dois pontos que serão explorados mais à frente: (i) a contraposição entre produção e apresentação das decisões judiciais (ii) e a crítica à ideia de subsunção.

Von Schlieffen contrapõe as noções de produção e apresentação da decisão, que não se confundiriam com os conceitos idealistas de tomada de decisão e fundamentação. Os conceitos são quase intuitivos e se compreendem através do conceito de apresentação, qual seja: a apresentação da decisão seria o aspecto artificial, fictício ou aparente dos processos de produção da decisão. Um artefato retórico que “legitima” e fundamenta a decisão produzida. De todo modo, essa separação conceitual não implica um afastamento de apresentação e produção na prática, de modo que tais conceitos se interpenetram¹⁷⁹.

A subsunção seria uma forma importante de apresentação não mimética da decisão judicial segundo a qual fatos seriam subordinados a normas (tipicidade), advinda de uma crença racionalista de que o particular poderia ser remetido ao geral, ou a espécie ao gênero. Nesse sentido, a subsunção não produz a decisão. Trata-se de um modelo de apresentação antiquado, mas relevante na prática jurídica, de uma tentativa de superar a fissura entre a tipicidade e os

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 30.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 48.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 90-95 e 192-244

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 169-205.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 90-95 e 207-217.

fatos, entre norma e realidade por meio de transições plausíveis, com referência a enunciados com autoridade (lei, doutrina etc.)¹⁸⁰:

Por meio dessa forma de apresentação decifram-se os enigmas residuais em torno da igualdade essencial entre o geral e o particular, com uma referência à opinião e ao poder da opinião profissional institucionalizada. Ela prescreve o que vale e em que casos é possível apoiar-se em que frases. Para falar de modo mais simples: uma situação fática permite-se subordinar a uma tipicidade quando esta é compatível com a dogmática jurídica.¹⁸¹

O central nessa argumentação é que a subsunção não é parte da produção da decisão judicial, nem tampouco é uma forma de apresentação sem problemas. Ao longo da exposição da autora, fica claro o caráter improvisado e incompleto da subsunção, os saltos lógicos que dá por meio da referência a enunciados de autoridade de modo a realizar o salto final do geral ao particular. Seu fundo, portanto, seria o entimema enquanto explicação do processo de argumentação jurídica pelo qual vincula-se a decisão ou assertiva (“q”) ao fundamento (“p”), com lacunas, faltas e um salto não lógico ou silogístico, como apresentado, mas apenas plausível¹⁸².

Nota-se o que há de artificial nessa ideia de transpor diretamente a solução jurídica em uma norma ao caso concreto, a tipicidade à realidade. O ponto central no Direito é que essa transposição é relevante do ponto de vista da apresentação, provocando a sensação de segurança de que se falou anteriormente. No modelo de Perelman¹⁸³, por exemplo, essa leitura da subsunção seria enquadrada na ideia de argumento quase lógico, que extrai sua força persuasiva de uma aproximação do raciocínio lógico-formal, embora seja na prática fundado em probabilidades¹⁸⁴. Ou seja, a subsunção seria uma forma de apresentação da decisão judicial que buscaria aumentar a aceitabilidade da referida decisão por meio de uma imitação imperfeita e improvisada da lógica.

Essa crítica contribui de forma bastante concreta à análise dessa dissertação: a distinção entre o raciocínio jurídico, que se dá por meio de aproximações conceituais, plausibilidades e probabilidades e a lógica ou raciocínio formal. Em termos mais simples, até o presente momento se identificava um duplo problema: (i) a indeterminação dos fatos relevantes do caso

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 207-244.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 241.

¹⁸² *Ibid.*, p. 85-123 e 225-228.

¹⁸³ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: A Nova Retórica**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 219-295.

concreto e de sua adequação aos fatos do precedente e (ii) a indeterminação do próprio enunciado ou solução jurídica do precedente.

Agora, nota-se um terceiro ponto, levantado de forma pouco detalhada no tópico sobre a forma de vinculação dos precedentes judiciais, que será melhor explorado no tópico seguinte: (iii) o caráter argumentativo da transposição da norma aos fatos.

5.3. CARÁTER COMPLEXO DA DECISÃO JUDICIAL E TEORIA DOS CONSTRANGIMENTOS.

Na realidade, como elucida Perelman, os próprios fatos e verdades no discurso são parte da argumentação, de modo que os fatos seriam aquilo sobre o que há um “acordo universal não controverso”¹⁸⁵, sendo que essa condição de fato ou verdade está sob disputa. Da mesma forma, as noções ou conceitos são dotados de certa margem de indeterminação e são alvo de disputas e sujeitos a acordos sobre seu significado¹⁸⁶.

Perelman destaca, afastando-o da lógica, o caráter argumentativo do Direito em que fatos, dados e conceitos estão em disputa, sujeitos a uma seleção e a uma construção:

O juiz só decidirá depois de ter ouvido as duas partes. Mas passar dessa exigência à afirmação de que é preciso apresentar a totalidade dos elementos de informação, concedendo a cada um o lugar que lhe cabe, é supor que existe um critério que possibilita determinar quais são esses elementos relevantes e é supor que a totalidade assim definida poderia ser esgotada. Pensamos que isso é uma ilusão e que a passagem do subjetivo ao objetivo só pode ocorrer através de ampliações sucessivas, das quais nenhuma pode ser considerada a última. (...) essa escolha não é, aliás, somente seleção, mas também construção e interpretação (...) o juiz não pode, a exemplo do lógico formalista, limitar, de uma vez por todas, o campo de aplicação de seu sistema.¹⁸⁷

Um ponto relevante em Perelman é que ele admite que o juiz não pode limitar o campo de aplicação de “seu sistema” pois, de certa forma, é obrigado a julgar¹⁸⁸, a decidir. Esse ponto é abordado por Von Schlieffen em sua teoria dos contrangimentos¹⁸⁹, uma espécie de meio termo entre as ideias de arbitrariedade e determinação das decisões judiciais. Nesse sentido, a autora menciona sete contrangimentos que atuam sobre o sistema jurídico:

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 76.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p.138-168

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 136 e 149.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 149.

¹⁸⁹ VON SCHLIEFFEN, *op. cit.*, p. 45-58.

- (i) O constrangimento da decisão: advém do confronto entre os debates acadêmicos intermináveis e a necessidade de concluir o debate na prática, apresentando tal conclusão como uma solução;
- (ii) O constrangimento do acomplamento: surge do fato de que o Direito não existe isoladamente, exigindo um trabalho cotidiano de evocação no presente e abertura para renovação no futuro;
- (iii) O constrangimento da invenção: o caráter linguístico do Direito faria com que por meio da linguagem tivesse de construir uma segunda realidade persuasiva ou atraente;
- (iv) O constrangimento da autorreferência: explicado pela metáfora do espelho, como um segundo nível que reflete o primeiro (da invenção), embora enquanto uma representação de ordem prescritiva. A autorreferência é subdividida em autorreferência genuína (relacionada à efetiva forma de reprodução do sistema jurídico, ou produção) e pseudoautorreferência (apresentação da forma de reprodução do sistema jurídico, ou simplesmente apresentação);
- (v) O constrangimento da reflexividade: é o efeito do caráter prescritivo desse segundo nível, de modo que a representação é alterada pelo representado e o representado pela representação;
- (vi) O constrangimento da latência: é a ocultação das formas efetivas de produção do Direito, um “fazer de contas”;
- (vii) O constrangimento da adequação: é a necessidade de que o discurso do Direito seja encarado como adequado pelo público ao qual se dirige, o que não significa que deva corresponder às opiniões majoritárias de tal público.¹⁹⁰

Tais constrangimentos atuam como influências sobre o ato da decisão judicial, enxergada como uma construção temporária sobre as constantes alterações do mundo da vida¹⁹¹. O âmago da teoria dos constrangimentos é um compromisso entre a consciência da impossibilidade da determinação, da artificialidade da produção jurídica de decisões e a consciência de que, de algum modo, essa produção jurídica das decisões tende a se reproduzir.

Von Schlieffen, por exemplo, ataca a vertente racionalista do Direito, a qual colocaria uma ênfase profunda na produção jurídica como oriunda do Direito positivo, da lógica, do

¹⁹⁰ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 45-58.

silogismo, de modo que ocultaria as formas não racionais de produção (não apenas *logos*, mas também *pathos* e *ethos*)¹⁹². Explora a comum ocultação das normas as quais supostamente comporiam a premissa maior do raciocínio lógico-jurídico, ressaltando que haveria meras alusões às normas, entre o “silêncio” e sua “explicitação verbal”¹⁹³, classificando a crença em uma lei capaz de antever e solucionar todos os conflitos como parte de um “estoque de ilusões sociais”¹⁹⁴.

Ao analisar as fundamentações jurídicas na prática, contudo, destaca que a maior parte do raciocínio pauta-se em argumentos já existentes e consagrados, de sorte que o espaço para inovações é bastante limitado. Isso decorreria dos próprios constringimentos mencionados anteriormente, que incentivariam o jurista a recorrer a uma espécie de repertório comum, os *topói*¹⁹⁵.

Da mesma forma, embora avance do campo das probabilidades e plausibilidades para a ideia de determinação da decisão judicial, Michel Troper fala da margem de interpretação dos tribunais, dividida em: (i) interpretação do enunciado legislativo de modo a extrair um significado prescritivo do texto (norma); (ii) interpretação no sentido de decidir quais são os fatos da demanda em análise; (iii) e qualificação jurídica dos fatos (ou a subsunção dos fatos à norma), a qual poderia se dar de modo geral (definir em termos gerais a conduta analisada e ligá-la à conduta realizada no caso concreto) ou concreto (apenas qualificar a conduta concreta sem referência a uma definição geral)¹⁹⁶.

Dessa forma, renova os ataques à concepção do raciocínio jurídico como lógico. Para o autor a lógica se preocupa com o caráter verdadeiro ou falso das proposições, ao passo que o Direito preocupa-se com a validade ou invalidade das normas. Nesse particular, as normas, enquanto prescrições, não podem ser verdadeiras ou falsas, mas apenas válidas ou inválidas. Além disso, também não seria possível equiparar a veracidade de uma proposição à validade de uma norma, uma vez que uma norma inválida sequer seria uma norma, ao passo que a proposição falsa continua sendo uma proposição. Ainda que se pudesse concretizar um silogismo logicamente correto, isso não implicaria a validade da norma, já que a validade e a veracidade são dimensões distintas. De fato, isso resume o cerne de sua argumentação:

¹⁹² *Ibid.*, p. 85-123

¹⁹³ *Ibid.*, 127-140.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 128.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 141-168.

¹⁹⁶ TROPER, *op. cit.*, p. 106-108.

separação entre validade e veracidade, de modo que a validade não advém de um processo racional ou lógico, mas da autoridade do intérprete que cria a norma no sistema jurídico¹⁹⁷.

Troper descreve, também, o seguinte problema: como não há norma antes da interpretação, isso concede um poder considerável ao intérprete autêntico, o qual pode interpretar, no caso das cortes constitucionais, até mesmo os limites de sua competência¹⁹⁸. De todo modo, destaca que apesar dessa potencial arbitrariedade ilimitada, o ato de interpretação ou exercício de poder pelas cortes tem quatro limites: (i) a incapacidade da corte de executar suas próprias decisões; (ii) o caráter coletivo da interpretação, de modo que eventual interpretação da corte pode ser alterada por meio da atividade legislativa; (iii) a possibilidade de controle das decisões da corte inferior pela corte superior, incentivando a obediência pela corte inferior à interpretação da corte superior; e (iv) quanto às cortes constitucionais ou supremas, apesar de juridicamente não limitadas em seu poder interpretativo, tendem a interpretar de forma constante e coerente por razões sociais¹⁹⁹.

Os pontos “iii” e “iv” mencionados acima podem ajudar a compreender no que Troper fala quando admite a possibilidade de fixação de normas gerais pela jurisprudência: são normas gerais pois, apesar de poderem ser interpretadas pelas cortes inferiores, mantém-se a possibilidade jurídica de reversão do julgamento por meio de recursos (a derradeira interpretação autêntica); e mesmo a corte cujas interpretações não podem ser reformadas tende a manter suas interpretações estáveis e coerentes por força de fatores sociais. Ou seja, mesmo a corte suprema ao aplicar suas próprias interpretações seria coagida à corência. Nas palavras do autor: “Ela é juridicamente livre, mas socialmente determinada”²⁰⁰.

É esse o raciocínio que forma o instrumental teórico desta monografia: a ideia de que apesar de uma aparente indeterminação que circunda e penetra a decisão judicial, oriunda em grande parte de uma indeterminação da linguagem, a prática tende a reproduzir-se de forma mais ou menos não problemática. Ou ao menos não problemática o suficiente para provocar a ilusão ou sensação de segurança, salvo casos excepcionais.

Ou seja, não basta encarar o problema da reprodução seja de enunciados legislativos, seja de precedentes vinculantes como um problema de linguagem, reduzindo-os ambos ao estatuto de texto e igualando-os em um mesmo horizonte de indeterminação. Conforme alerta

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 112-125.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 109-111.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 111-112.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 112: “Elle est juridiquement libre, mais socialement déterminée”.

Warat, a significação de uma formação discursiva depende sempre de uma prática política e há “uma história político-institucional dos discursos que a semiologia ainda não tematizou”²⁰¹. Há uma linguagem que se produz e espalha sob a proteção do poder, instituições que oficializam a linguagem, apropriando-se das significações e a explicação dos discurso não está contida apenas no próprio discurso²⁰².

Esse ir além da visão do discurso ou da linguagem enquanto fenômeno cognoscível por um ser racional, uma espécie de crítica ao racionalismo excessivo, foi formulado de diferentes formas ao longo dessa tese. Contudo, conforme alerta Perelman, “todo discurso é limitado no tempo”²⁰³, de tal forma que a crítica apresentada não pode, nessa oportunidade, representar senão o limiar de uma crítica possível. Para formular uma crítica *per se* do argumento segundo o qual seria possível apreender racionalmente o significado de uma proposição prescritiva e transportá-lo aos casos concretos interpretados também de forma racional seria necessário extrapolar significativamente o objeto desta dissertação.

De toda forma, serve essa exposição ao menos para demonstrar que a formulação da crítica ao discurso da Teoria dos Precedentes no sentido de que precedentes e enunciados são textos e, dessa forma, são indeterminados é também criticável. Isso porque parte de um pressuposto, mais ou menos explícito, de que bastaria conhecer o significado da prescrição (seja ela contida em um precedente ou em um enunciado legislativo) para eliminar o problema da insegurança jurídica. Mas que como esse ato de conhecimento não é possível, a adoção de precedentes em nada auxiliaria a reduzir tal insegurança.

Tendo em mente o caráter não lógico ou estritamente racional do raciocínio jurídico, bem como que, ainda assim, esse raciocínio não é completamente indeterminado, abre-se espaço a uma análise mais profunda do discurso segundo o qual precedentes vinculantes produziram segurança jurídica, reduzindo a indeterminação.

Novamente pelas limitações da presente exposição está-se impossibilitado de dar um passo adiante e definir em que consistiria essa “análise mais profunda do discurso” da Teoria dos Precedentes. Enumeram-se, contudo, algumas possibilidades que poderiam surgir de tal análise:

- (i) Precedentes ampliariam o repertório de *topói* e argumentos plausíveis, dotados de autoridade, reduzindo a necessidade de invenções. Dessa forma, durante o

²⁰¹ WARAT, 1984, p. 101.

²⁰² *Ibid.* p. 101-102.

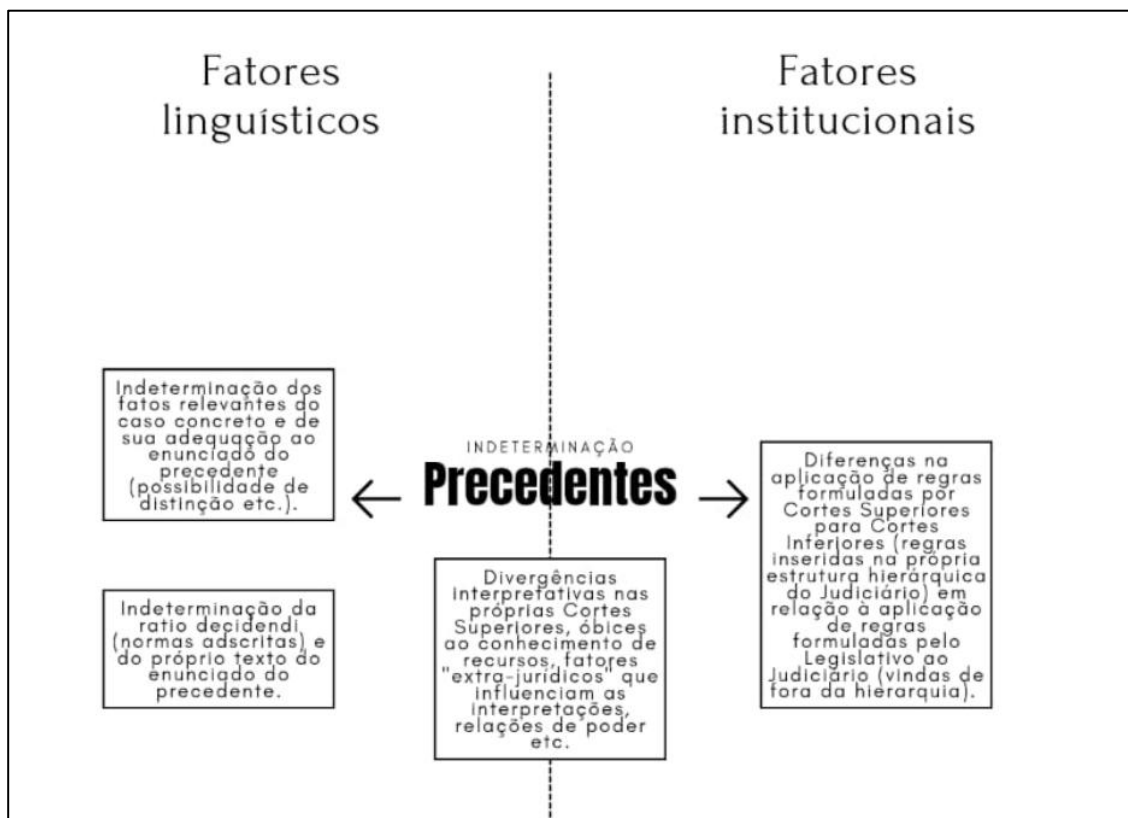
²⁰³ PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, p. 162.

raciocínio jurídico, o caráter compulsório de remeter-se a exemplos ou regras vinculantes oriundas do julgamento de casos similares constrange o jurista a decidir de forma mais uniforme ou plausível;

- (ii) Há fatores institucionais que constroem a aplicação ou reprodução das soluções jurídicas contidas nos precedentes, de modo que a possibilidade de reforma da decisão de uma corte inferior pela corte superior constrangeria aquela primeira a manter sua interpretação, ao menos a nível de apresentação, em consonância com a desta última;
- (iii) Essa existência de uma hierarquia no Judiciário, em que a corte superior firma o precedente e a corte inferior deve segui-lo sob pena de reforma da decisão, pode auxiliar na aparência de reprodução da solução jurídica. Ou seja, o fato daquele que deve seguir o precedente situar-se na mesma estrutura hierárquica do que firma o precedente pode constroer o “aplicador” da norma a evitar interpretações aparentemente distoantes daquela da corte superior.

Tais possibilidades podem ser resumidas no seguinte esquema, o qual aponta fatores linguísticos e institucionais que poderiam elucidar, potencialmente, os fatores que determinam e indeterminam os precedentes judiciais enquanto parte da argumentação jurídica:

Figura 1 – Fatores que podem influenciar a indeterminação de precedentes



Fonte: próprio autor com fundamento na exposição realizada.

Importante destacar que a linha tracejada que divide os fatores institucionais e linguísticos não foi mera distração ou resultado de uma inabilidade do autor da dissertação em relação ao *design* gráfico. Na realidade, o tracejado da linha serve para mostrar não apenas o caráter fluído da divisão, mas também o imbricamento recíproco de fatores institucionais e linguísticos, divididos apenas para fins didáticos, uma vez que a crítica do discurso da Teoria dos Precedentes tende a essencializar o fenômeno linguístico, descolando-o de seu aspecto também institucional.

6. CONCLUSÃO

*Les passions engendrent souvent qui leur contraires
(...) La plus grande ambition n'en a pas la moindre
apparence lorsque'elle se rencontre dans une
impossibilité absolue d'arriver où elle aspire (...)
Pour bien savoir les choses, il en faut savoir le détail;
et comme il est presque infini, nos connaissances sont
toujours superficielles et imparfaites.*

(François de La Rochefoucauld)

Essa dissertação percorreu diversos capítulos e tópicos os quais podem ser agregados em três grandes etapas: (i) a definição de conceitos centrais para a análise, como precedente, precedente vinculante e o discurso segundo o qual precedentes vinculantes produzem segurança jurídica; (ii) a crítica ao discurso segundo o qual precedentes vinculantes produzem segurança jurídica; (iii) e uma espécie de crítica à crítica, que busca ampliá-la apontando suas insuficiência enquanto pontos de evolução.

A conclusão dessa tese é, de certa forma, fundada mais em uma aprofundamento das dúvidas que em uma formulação de certezas. Trata-se de compreender que o instrumental da Teoria Hermenêutica e da crítica existente ao discurso da Teoria dos Precedentes segundo a qual precedentes judiciais e enunciados legislativos são textos e, com isso, são indeterminados

não responde à seguinte pergunta: enquanto textos que compõem a argumentação jurídica e a decisão judicial, os precedentes vinculantes produzem ou não segurança jurídica?

Todavia, não se pode ir mais adiante e determinar em que sentido precedentes vinculantes geram ou não segurança jurídica. Foram indicados alguns caminhos, com fundamento em uma análise retórica ou cética do Direito. Não se pretendeu apontar qualquer desses caminhos como o correto ou aquele que de uma vez por todas explicaria as eventuais distinções entre precedentes e enunciados legislativos na prática argumentativa e decisória do jurista.

É esse o limite dessa exposição, seu limiar enquanto fim e enquanto possibilidade. Enquanto interpretação que se acopla ao texto apenas para representar um novo local de acoplamento de alguma outra interpretação²⁰⁴, um outro passo no infinito, um outro significante nas fluídas cadeias de significante²⁰⁵.

Ao modo de Fernando Pessoa²⁰⁶, “Grandes são os desertos, e tudo é deserto”²⁰⁷ e nesse deserto empreendeu-se uma jornada, um lançar luz sobre algo. Não tanto uma explicação quanto uma viagem no deserto, tal qual uma viagem para Sintra em que se vai “Na estrada de Sintra, cada vez mais perto de Sintra”²⁰⁸, à aparência de uma aproximação, e ao mesmo tempo “Na estrada de Sintra, cada vez menos perto de mim”²⁰⁹, demonstrando um afastamento talvez irremediável daquilo que poderia ser uma conclusão. De forma mais simples, uma viagem que ao mesmo tempo aproxima e afasta o viajante de seu destino, um prenúncio de que o caminho talvez seja mais extenso do que se imaginava.

²⁰⁴ RICOEUR, *op. cit.*

²⁰⁵ DELEUZE, GUATTARI, *op. cit.*

²⁰⁶ PESSOA, Fernando. **Obra Poética de Fernando Pessoa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. Livro eletrônico.

²⁰⁷ *Ibid.*, posição 12.400.

²⁰⁸ *Ibid.*, posição 12.173.

²⁰⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

REFERÊNCIAS

BIX, Brian. **Law, Language and Legal Determinacy**. Oxford: Clarendon Press, 2003.

_____. Waismann, Wittgenstein, Hart, and Beyond: The Developing Idea of ‘Open Texture’ of Language and Law . *in* DEJAN MAKOVEC; SHAPIRO, S.; SPRINGERLINK. **Friedrich Waismann: The Open Texture of Analytic Philosophy**. Cham: Springer International Publishing, 2019. p. 245-260.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.html. Acesso em: 20 dez. 2024.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial**: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. 2007. 488 f. Tese (Doutorado em Teoria do Estado e Direito Constitucional). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

DEVANEY, J. G. The role of precedent in the jurisprudence of the International Court of Justice: A constructive interpretation. **Leiden Journal of International Law**, v. 35, n. 3, p. 1–19, 21 abr. 2022.

DELEUZE, Gilles. GUATTARI, Félix. **Capitalisme et Schizophrénie: L’Anti-OEdipe**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1972.

HART, H. L. A.. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Clarendon Law Series, 2012.

_____. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Clarendon Press: Oxford, 1983

_____. Kelsen Visited. *in* HART, H. L. A.. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Clarendon Press: Oxford, 1983. p. 286-308.

_____. American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. *in* **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Clarendon Press: Oxford, 1983, p. 121-145.

JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. Tradução do autor. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro eletrônico.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

_____. The law as a specific social technique. **U. Chi. L. Rev.**, v. 9, 1941.

LAMOND, Grant. DO PRECEDENTS CREATE RULES? **Legal Theory**. Oxford, vol. 11, ed. 1, março. 2005, p. 1-26. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/legal-theory/article/abs/do-precedents-create-rules/E389DCD2AB7B108FB8F0C7FDA00543FF>. Acesso em: 25 jan. 2025.

LEWIŃSKI, Marcin. The Straw Man and its Baby Semantics. J. ANTHONY BLAIR; TINDALE, C. W. **Rigour and Reason: Essays in Honour of Hans Vilhelm Hansen**. [s.l.] University of Windsor, 2020.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction, *in*. MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, R. S.; GOODHART, A. L. **Interpreting Precedents: a Comparative Study**. [s.l.] Routledge, 2016. p. 1-15.

MACCORMICK, D. Neil *et al.* Rationales for precedent. *in* MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, R. S.; GOODHART, A. L. **Interpreting Precedents**. [s.l.] Routledge, 2016. p. 481-502.

MITIDIERO, Daniel. 4 - Precedentes e Jurisprudência: a Necessidade de Reconstrução do Sistema Jurídico *In* MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2017.

MOORE, S. Michael. Interpreting interpretation. *in* **Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy**. MARMOR, Andrei (Org.). Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 1-30.

MURGE-VAROCILIER, Paul-Maxence. Le précédent en droit français. **Tirant Lo Blanch**, 2018. Disponível em: <https://hal.science/hal-04184357/document>. Acesso em 18 jan. 2025.

PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. *in* MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, R. S.; GOODHART, A. L. **Interpreting Precedents: a Comparative Study**. [s.l.]: Routledge, 2016. p. 461-480.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: A Nova Retórica**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

PESSOA, Fernando. **Obra Poética de Fernando Pessoa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. Livro eletrônico.

RAATZ, I.; DIETRICH, W. G.; MORBACH, G. A Filosofia da Linguagem Ordinária e a (inescapável) Indeterminação do Direito. **REI – Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 1, p. 334-375, 5 ago. 2018.

RICOEUR, Paul. What is a Text: Explanation and Interpretation. *In* RASMUSSEN, D. M. **Mythic-Symbolic Language and Philosophical Anthropology**. Dordrech: Springer, 1971. p. 135-150.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Cours de linguistique générale** (1916). [s.l.]: Librorium editions, 2020.

SCHAUER, Frederick. Friedrich Waismann and the Distinctive Logic of Legal Language *in* DEJAN MAKOVEC; SHAPIRO, S.; SPRINGERLINK. **Friedrich Waismann: The Open Texture of Analytic Philosophy**. Cham: Springer International Publishing, 2019. p. 261-277.

SHAPIRO, S.; ROBERTS, Cragge., Open Texture and Analyticity in DEJAN MAKOVEC; SHAPIRO, S.; SPRINGERLINK. **Friedrich Waismann: The Open Texture of Analytic Philosophy**. Cham: Springer International Publishing, 2019. p. 189-210.

STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. São Paulo: JusPODIVM, 2023.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/download/587/428>. Acesso em: 15 jan. 2025.

TINARRAGE, R. et al. **Empirical analysis of Binding Precedent efficiency in the Brazilian Supreme Court via Similar Case Retrieval**. Disponível em: <<https://arxiv.org/abs/2407.07004>>. Acesso em: 25 jan. 2025.

TROPER, Michel. **La Philosophie du droit**. [s.l.] QUE SAIS-JE, 2011.

TROPER, Michel. GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. in MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, R. S.; GOODHART, A. L. Interpreting Precedents: a Comparative Study. [s.l.] :Routledge, 2016. p. 103-141.

VON SCHLIEFFEN, Katharina Grafín. **Iluminismo Retórico**: Contribuições para uma Teoria Retórica do Direito. Trad. João Maurício Adeodato. 1ª ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2022.

VON WRIGHT, George Henrik. **Norm and Action**. London: Routledge e Kegan Paul, 1963.

WAISMANN, F. Verifiability. **Proceedings of the Aristotelian Society**. Supplementary Volumes , 1945, Vol. 19. p. 119-150.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

_____. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto alegre: Síntese, 1979.