

O PRECEDENTE JUDICIAL E A FENOMENOLOGIA PERCEPTIVA DE MAURICE MERLEAU-PONTY.

LUCAS LOPES MENEZES*

*“Muda, que quando a gente muda o mundo muda com a gente.
A gente muda o mundo na mudança da mente.
E quando a mente muda a gente anda pra frente.
E quando a gente manda ninguém manda na gente.
Na mudança de atitude não há mal que não se mude nem doença sem
cura.
Na mudança de postura a gente fica mais seguro, na mudança
do presente a gente molda o futuro!” (Gabriel O Pensador)*

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. A CONCEPÇÃO DE VERDADE SOB A PERSPECTIVA DA FILOSOFIA FENOMENOLÓGICA DE MAURICE MERLEAU-PONTY; 3. O PRECEDENTE JUDICIAL À LUZ DA METODOLOGIA FENOMENOLOGICA; 3.1 A *RATIO DECIDENDI*, O DIREITO E A PERCEPÇÃO DE MUNDO DO JUIZ; 3.2. A REVOGAÇÃO DO PRECEDENTE (*OVERRULING*) E ALTERAÇÃO DA PERCEPÇÃO DE MUNDO DO MAGISTRADO. 4. CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS

Resumo: Buscando se distanciar de uma análise estritamente dogmática dos aspectos relacionados à teoria do precedente judicial, o presente artigo analisa o precedente judicial sob uma perspectiva filosófica, mais precisamente à luz da visão fenomenológica de Maurice Merleau-Ponty.

Palavras-chave: Precedente Judicial, Merleau-Ponty, Fenomenologia.

Abstract: Seeking to get apart from a strictly dogmatic analysis of the aspects related to the theory of judicial precedent, this article analyzes the judicial precedent in a philosophical perspective, precisely based on the phenomenological view of Maurice Merleau-Ponty.

Keywords: Judicial precedent, Merleau-Ponty, Phenomenology.

* Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Processual Civil pelo Curso de Especialização *JusPodiVm* e em Direito Eleitoral pela UNIBAHIA. Advogado.

1 INTRODUÇÃO.

O precedente judicial, antes relegado às chamadas fontes secundárias do Direito, passou a ser uma realidade no sistema jurídico brasileiro. Aquilo que era, nas palavras de Émile Durkheim, patológico – e, portanto, desnecessário de ser regulamentado –, passou a ser um fato social normal, no nosso ordenamento jurídico, havendo, então, a necessidade de disciplinar a aplicação das normas jurisprudenciais¹. Não por acaso que a teoria do precedente judicial vem a cada dia ganhando mais força e relevância no direito brasileiro, circunstância que pode ser dimensionada por meio da análise das últimas reformas processuais de onde se extrai a importância que as decisões judiciais têm recebido dos legisladores (súmula vinculante, súmula impeditiva de recurso, improcedência *prima facie* etc.).

Por outro lado, o direito pátrio, apesar de ter suas origens no *civil law*², cada dia mais se aproxima do sistema norte americano do *judicial precedents*, prestigiando a atividade jurisdicional em sua dimensão criativa. Não se pode olvidar, ademais, que é possível estabelecer uma teoria do precedente “universal”, capaz de ser aplicada tanto aos regimes filiados ao *civil law* quanto ao sistema anglo-americano. Deveras, de acordo com as lições de Thomas da Rosa de Bustamante, os juízes do *civil law* e do *common law*, embora por métodos distintos, apresentam soluções semelhantes aos problemas judiciais postos a sua apreciação, denotando, com isso, uma proximidade entre os sistemas, o que, por sua vez, aponta para a possibilidade do desenvolvimento de uma teoria do precedente aplicável em ambos os regimes³.

¹ Tomando-se por base a concepção de fato social normal e fato social patológico defendida por Émile Durkheim, na sua obra *Regras do Método Sociológico*, é possível sustentar que apenas os fatos classificados normais carecem de regulamentação jurídica. Não por acaso, Durkheim afirma que a criminalidade é um fato normal. De tal sorte, o fato patológico, aqui entendido com aquele que não costuma ocorrer, dispensaria, ao menos em linha de princípio, disciplina jurídica. Seguindo essa linha de intelecção, bem pensadas as coisas, embora os precedentes no ordenamento pátrio não sejam, em tese, vinculantes, uma análise das decisões judiciais proferidas nos últimos anos possivelmente revelará que os fundamentos utilizados pelos juízes brasileiros, não raramente, estão fincados em precedentes judiciais. Ainda que se possa dizer que o precedente judicial não é vinculante, tem sido um fato comum o uso, pelos magistrados, dos precedentes judiciais para legitimar o seu discurso e justificar a sua decisão. Em outras palavras, a obediência – *ainda que não seja obrigatória* – ao precedente judicial se tornou uma realidade, vale dizer, um fato normal, revelando-se, com isso, a utilidade do estudo da teoria do precedente judicial. (DURKHEIM, Émile. **Regras do método sociológico**. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.)

² Fredie Didier Jr. afirma que o sistema jurídico brasileiro não integraria o *civil law*. Na verdade, haveria, aqui, a formação de um sistema peculiar, onde se pode ser constada a influência de ambas as tradições jurídicas. Fredie Didier Jr, inclusive, chega a afirmar que haveria um “*Brazilian Law*”. (DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processo Civil e Processo de Conhecimento**. ed. 14. Salvador: Editora JusPodvm, 2012, p. 40-41)

³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2012, p. 13.

Desse modo, o estudo do precedente judicial, no direito brasileiro, é tema atual e vem sendo bastante explorado por nossos doutrinadores. O tema, contudo, vem sendo abordado sob uma perspectiva dogmática. Analisa-se a natureza jurídica do precedente (se é ou não fonte do direito), quais as regras aplicáveis para a sua correta interpretação e revogação, se as regras de direito material são aplicáveis aos precedentes judiciais... Enfim, a doutrina brasileira vem analisando a teoria do precedente, buscando adequá-la à nossa realidade, fixando critérios e parâmetros para a sua aplicação ao direito pátrio.

Neste trabalho, porém, procuramos nos distanciarmos de uma análise estritamente dogmática dos aspectos relacionados à teoria do precedente judicial. Pretendemos analisar o precedente judicial sob uma perspectiva filosófica, mais precisamente à luz da visão fenomenológica de Maurice Merleau-Ponty.

Para tanto, abordamos, em um primeiro momento, a filosofia de Merleau-Ponty, buscando traçar a sua concepção de verdade por meio da fenomenologia. Após isso, no capítulo 3, analisamos alguns aspectos atinentes à teoria do precedente judicial, mais precisamente a *ratio decidendi* e o *overruling*, buscando compreender estes institutos à luz do pensamento de Maurice Merleau-Ponty.

Apesar do enfoque dado ao trabalho, não temos a pretensão de esgotar o pensamento merleau-pontyniano, o que, inclusive, esbarraria nas limitações deste autor. O presente artigo consiste apenas em breves reflexões que tivemos quando nos deparamos com o pensamento e a obra de Maurice Merleau-Ponty, durante as aulas da disciplina de Metodologia Científica ministradas pelos professores Rodolfo Pamplona Filho e Nelson Cerqueira, do programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia.

Com isso, pretendemos apenas fazer com o leitor interessado no estudo do precedente judicial reflita sobre os seus institutos sob uma perspectiva distinta daquela que estamos habituados a analisar. Oxalá, consigamos alcançar o nosso objetivo.

2 A CONCEPÇÃO DE VERDADE SOB A PERSPECTIVA DA FILOSOFIA FENOMENOLÓGICA DE MAURICE MERLEAU-PONTY.

"Se você está vendo um gigante, olhe para a posição do sol e examine se o gigante não é a sombra de um pigmeu."

A frase é atribuída à Friedrich Novalis, um dos mais importantes representantes do primeiro romantismo alemão do final do século XVIII, mas certamente poderia ter sido pronunciada por Maurice Merleau-Ponty cujas ideias traçaram o rumo deste ensaio.

Maurice Merleau-Ponty foi um filósofo das sensações. Nascido em 1908, em Rochefort sur Mer, na França, perdeu o pai ainda na infância – morto na Primeira Guerra Mundial, em 1914 –, tendo sido educado por sua mãe, juntamente com sua irmã e um irmão mais velho. A morte do seu pai na guerra não o impediu de servir, como Oficial do Exército Francês, durante a Segunda Guerra Mundial, em 1945.

Em Paris, frequentou os Liceus Janson-de-Sailly e Louis-le-Grand e, em 1926, aos dezoito anos, entrou para a *École Normale Supérieure*, onde estudou filosofia e conheceu Jean-Paul Sartre com quem manteve uma forte relação de amizade até a sua morte, apesar dos desentendimentos políticos⁴. Juntamente com Sartre, ainda estudante, questionou a filosofia ensinada nas Universidades e nos liceus. Para ele, a filosofia deveria se voltar para a existência humana, tratando de problemas da sua época, a exemplo das novas descobertas da psicologia e da psicanálise e da luta de classes⁵. Mais tarde, entre os anos de 1945 a 1952, Merleau-Ponty seria co-editor com Jean-Paul Sartre do jornal "Les Temps Modernes", considerada a mais importante consequência da colaboração entre os pensadores⁶.

Após graduar-se em Filosofia, em 1931, lecionou em vários liceus, tendo regressado, em 1935, à *École Normale Supérieure* como tutor. Foi na *École Normale Supérieure* que Maurice Merleau-Ponty teve o seu primeiro contato com a fenomenologia de Husserl. Segundo Terezinha Petrúcia da Nóbrega, a sua aproximação “com a fenomenologia de Husserl, ocorreu por intermédio da Gestalt e dos trabalhos de Khol, Koffka, Wheithemer, Gelb, Goldenstein”⁷.

Apesar de ser fortemente influenciado pelo pensamento de Edmund Husserl, Merleau-Ponty desenvolve a sua teoria do conhecimento intencional, fundamentando-a na compreensão do “corpo-ao-mundo” e “na proposição da primazia da percepção”⁸.

No livro *Fenomenologia da Percepção*, considerado, juntamente com *A Estrutura do Comportamento*, a sua principal obra, Merleau-Ponty faz uma crítica às filosofias do

⁴ NÓBREGA, Terezinha Petrúcia da. **Merleau-Ponty: o corpo, o filósofo e o mundo de toda a gente**. In: II CONICE, 2007, Recife. Anais II CONICE, Recife: CBCE, 2007, p. 3.

⁵⁵⁵ Op.cit. loc.cit.

⁶ COBRA, Rubem Queiroz. **Resumos Biográficos**. Disponível em < <http://www.cobra.pages.nom.br/fc-ponty.html> > Acesso em 03.02.2014.

⁷ Op.cit. loc.cit.

⁸ Informações obtidas no site http://www.ufscar.br/~defmh/spqmh/bio_ponty.html. Acesso em 03.02.2014.

idealismo transcendental que leva às últimas consequências a separação cartesiana entre o corpóreo e o anímico⁹.

Segundo o filósofo, o mundo é anterior à consciência, de modo que a sua percepção se funda sempre na ideia de verdade do sujeito¹⁰. Para o autor, então, o corpo é o instrumento de compreensão da verdade filosófica cuja descoberta consiste justamente em reaprender a enxergar o mundo¹¹. O corpo cognoscente é, pois, a iniciação ao mistério do mundo e da razão. É por meio dele que o homem sente, enxerga, sonha, pensa, deseja, narra, ama, enfim, percebe o mundo e escolhe as suas decisões, destituindo “a consciência reflexiva de seu papel constituinte soberano ou do insensato projeto de posse do intelectual do mundo”¹².

Merleau-Ponty, portanto, contrariando as ideias cartesianas, promove uma aproximação entre o sujeito e o objeto, de modo que a sua concepção de verdade depende da percepção do sujeito em torno do objeto examinado, fazendo com ela seja variável no tempo e no espaço. Escreve o filósofo:

Com o olhar, dispomos de um instrumento natural comparável à bengala do cego. O olhar obtém mais ou menos das coisas segundo a maneira pela qual ele as interroga, pela qual ele desliza ou se apoia nelas. Aprender a ver as cores é adquirir um certo estilo de visão, um novo uso do corpo próprio, é enriquecer e reorganizar o esquema corporal.¹³

Com efeito, sendo o corpo o instrumento de percepção do mundo e, em última análise, da verdade, a sua identificação depende dos valores, sentimentos e das sensações do sujeito examinador. A verdade, então, poderá variar, de acordo com as alterações da percepção do sujeito. Daí porque o homem deixa de acreditar em Papai Noel, por exemplo. A perda da inocência infantil seria apenas a modificação da sua percepção do mundo. Deixamos de ser inocentes, porque, com o passar do tempo, apreendemos o mundo de forma diferente. O mundo não muda, nós que mudamos. E quando mudamos, como disse *o pensador Gabriel*, “o mundo muda com a gente”.

Talvez por isso que Sartre tenha nos dado uma ampla liberdade, permitindo que pudéssemos determinar, de acordo com as nossas convicções e valores, as nossas escolhas,

⁹ CHAUI, Marilena. **Merleau-Ponty: a obra fecunda**. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/merleau-ponty-a-obra-fecunda/>>. Acesso em 03.Fev.2014.

¹⁰ Op.cit.

¹¹ Op.cit.

¹² Op.cit.

¹³ MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 212.

mudando, com isso, o mundo que está ao nosso redor¹⁴. Neste aspecto, inclusive, a concepção de verdade merleau-pontyniana se aproxima do existencialismo de Jean-Paul Sartre, na medida em que, como adverte Terezinha Petrucia da Nóbrega,

Para compreender o sentido da subjetividade em Merleau-Ponty precisamos compreender também a noção de liberdade, posto que o mundo existe independente de nossas formulações individuais sobre os fatos, os acontecimentos, as situações. Mas, sob um segundo aspecto o mundo não está inteiramente constituído, depende de nossas ações individuais e coletivas. Para Merleau-Ponty a liberdade é sempre o encontro do nosso ser interior com o exterior e as escolhas que fazemos têm sempre lugar sobre as situações dadas e possibilidades abertas. Somos, ao mesmo tempo, uma estrutura psicológica e histórica, um entrelaçamento do tempo natural, do tempo afetivo e do tempo histórico.¹⁵

Então, “É preciso escolher”¹⁶, mas a cada escolha, a cada mudança, mudamos junto com o mundo, afinal fazemos parte dele e, conseqüentemente, a nossa percepção tende a mudar. Há nesse processo uma relação circular, na medida em que as nossas escolhas não estão dissociadas da realidade concreta. O meio influencia a decisão tomada pelo indivíduo nas suas escolhas que, através delas (as escolhas), muda o meio.

A verdade, portanto, será construída, na perspectiva de Merleau-Ponty, através desse fenômeno cíclico em que o sujeito ao mesmo tempo que apreende o mundo é por ele influenciado, tomando, a partir da sua percepção decorrente dessa reciprocidade mundo-sujeito, as suas decisões.

3 O PRECEDENTE JUDICIAL À LUZ DA FENOMENOLOGIA DE MERLEAU-PONTY.

3.1 A *RATIO DECIDENDI*, O DIREITO E A PERCEPÇÃO DE MUNDO DO JUIZ.

Segundo Alf Ross¹⁷, o direito é um fenômeno social proveniente da interpretação e aplicação das normas pelo magistrado. Vale dizer, o direito não decorre da lei, mas da interpretação judicial das normas legais. Não seria, portanto, o legislador o responsável pela criação do direito, mas sim o juiz ao interpretar e aplicar a lei no caso concreto¹⁸.

¹⁴ SARTRE, Jean-Paul. **O Existencialismo é um humanismo; A imaginação; Questões de Método; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha**. Traduções de Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas, Bento Prado Júnior. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, 149-184.

¹⁵ NÓBREGA, Terezinha Petrucia da. **Merleau-Ponty: o corpo, o filósofo e o mundo de toda a gente**. In: II CONICE, 2007, Recife. Anais II CONICE, Recife: CBCE, 2007, p. 3.

¹⁶ SARTRE, Jean-Paul. Op.cit. p. 155.

¹⁷ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 430.

¹⁸ Kelsen, em sua obra a Teoria Pura do Direito, já afirmava que: “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 164.

A criação judicial do direito sempre foi admitida, embora não sem resistência, nos países que adotam o sistema jurídico do *common Law*. No Brasil, cujo sistema jurídico, ao menos em princípio¹⁹, pertence ao *civil law*, a compreensão da atividade criativa do juiz começou a ganhar força a partir da ideia de que era possível controlar os atos legislativos, submetendo-os aos princípios constitucionais.

Como adverte Luiz Guilherme Marinoni, “se o direito não está na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição”²⁰. O método de controle de constitucionalidade, portanto, foi o mote para o início do redimensionamento do papel do juiz no ordenamento jurídico pátrio, que passou de “uma mera e passiva inanimada atividade de pronunciar as palavras da lei”²¹, para “um destacado *dinamismo* ou *ativismo* na efetivação dos preceitos constitucionais”²².

Por outro lado, segundo Ronald Dworkin, “o direito pode não ser uma trama inconsútil”²³, entretanto as suas “costuras” devem ser tecidas de forma harmoniosa, observando-se a coerência das decisões judiciais em face dos princípios que as fundamentam. Friedrich Müller, por sua vez, propõe uma associação entre a Dogmática, a Metódica e a teoria da norma jurídica para dizer que a estrutura material do direito não é concebida “unicamente em bases estáticas, mas segundo um modelo dinâmico de concretização”²⁴. Assim, “norma jurídica é mais do que o seu texto de norma”²⁵, figurando resultado de um processo não só de interpretação, como também de concretização e realização do próprio direito.

Neste contexto, o magistrado, ao interpretar os textos normativos diante do caso concreto, cria a partir dele uma outra norma que servirá para regular as situações semelhantes ao caso julgado. Origina-se, então, o precedente.

Das decisões proferidas pelos tribunais que, como visto, criam direito, surgem o precedente judicial, que nada mais é do que “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto cujo núcleo essencial pode servir de diretriz para o julgamento posterior de casos

¹⁹ Vide nota de rodapé de número 2.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 68.

²¹ CUNHA JR., Dirley da. **Interpretação constitucional e a criação judicial do direito**: contributo para a construção de uma doutrina da efetividade dos direitos fundamentais. Disponível em: <www.grupos.com.br/group/posdireitodoestado8/>. Acesso em 02 de outubro de 2011.

²² Op.cit.

²³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 182.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. Prefácio da obra MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Neumann. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2005, p. III.

²⁵ MÜLLER, Friedrich. *Ibd.*, p. 2.

análogos”²⁶.

Segundo Cruz e Tucci, o precedente judicial é composto de duas partes. A primeira consiste nas circunstâncias de fato que fundamentam a controvérsia, enquanto a segunda é a tese ou princípio assentado na motivação do provimento decisório (*ratio decidendi*)²⁷. É a segunda parte do precedente, ou seja, a *ratio decidendi*, que possui força obrigatória, vinculante²⁸.

A *ratio decidendi* – *holding* para os norte-americanos²⁹ – é a “opção hermenêutica adotada na sentença”³⁰. É, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni, “a regra geral cuja ausência o caso seria decidido de outra forma.”³¹. A *ratio decidendi* é, portanto, a “verdadeira” norma jurídica criada pelo juiz diante do caso concreto. Ela é, em outras palavras, o Direito judicialmente fabricado pelo magistrado, no momento da prolação da decisão judicial.

Por sua vez, ao analisar o caso e julgá-lo, o juiz inevitavelmente leva em consideração a sua percepção sobre o mundo, não se dissociando dos seus valores, dos seus princípios, dos seus sentimentos e das suas sensações. Compreender, pois, conforme ensina Eros Roberto Grau, é um ato existencial, de modo que a interpretação (*rectius*: compreensão) do objeto do direito não pode ser realizada independentemente do sujeito³². Neste passo, o que se exige do juiz é uma imparcialidade, evidenciada apenas pela ausência de interesse no litígio. O magistrado não é, portanto, neutro, afinal de contas, como bem lembra Rodolfo Pamplona Filho,

Só mesmo a inconsciência da realidade leva à crença da possibilidade da neutralidade. O órgão julgador, apesar do princípio da legalidade tão valorizado pelo positivismo formalista como pressuposto lógico e condição indispensável para a certeza e segurança jurídica, não pode se mostrar alheio à realidade da sociedade em que vive.³³

De tal sorte, no Direito, a modificação da percepção do mundo reflete, em última análise, na sua própria existência, em especial se o compreendermos na perspectiva egológica.

²⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. 4. ed. Salvador: Editora JusPodVm, 2009, p. 386.

²⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente Judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 125.

²⁸ Id.Ibd.loc. cit.

²⁹ *Op., cit.*, p. 385.

³⁰ *Op., cit.*, p. 381.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op., cit.*, p. 224.

³² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/Aplicação do direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p.37.

³³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2052>>. Acesso em: 1 fev. 2014.

Para Cossio, o Direito é conduta, ou seja, Direito é fato, de modo que o cientista jurídico não se debruça sobre normas, ele examina fatos, examina condutas. As normas jurídicas – onde para Cossio repousam os valores jurídicos³⁴ – decorrem da análise dos fatos pelo juiz. O juiz, então, cria o Direito, examinando e valorando os fatos e as condutas humanas e o faz de acordo com a percepção que ele tem sobre o mundo.

Desse modo, assim como um quadrado visto obliquamente é quase um losango e a imagem de um gigante pode ser apenas a sombra de um pigmeu a depender da posição do sol, a percepção do magistrado variará conforme os seus traumas, os seus desejos e anseios, os seus conflitos internos e as suas experiências. Um juiz que, por exemplo, visitou uma fazenda e presenciou o exercício de trabalho escravo, certamente, terá uma percepção diferenciada daquele que não saiu do conforto do seu gabinete³⁵. Do mesmo modo, um juiz que adquiriu um imóvel “na planta” e sofreu com o atraso desproporcional na sua entrega terá uma percepção distinta daquele que nunca passou por semelhante situação. Isso porque a interpretação reflete uma “experiência conflitual do intérprete, de modo tal que a norma de decisão por ele produzida traz bem impressas em si as marcas desse(s) conflito(s)”³⁶. É a velha história do cavalo mordedor, bem retratada por Piero Calamandrei:

Sei, por experiência, quão perigosos são os cavalos mordedores: faz muitos anos, enquanto subia com meu filhinho em uma carruagem de aluguel, o cavalo lhe cravou os dentes em um braço deixando-o meio desmaiado de dor e de medo. A lei deve ser rigorosíssima contra os cavalos mordedores³⁷.

Desse modo, a opção hermenêutica adotada pelo juiz no momento da sua decisão dependerá da sua percepção sobre os fatos da causa, de sorte que podemos afirmar que a *ratio decidendi* será criada de acordo com os valores morais, políticos e sociais do magistrado, o que, em última análise, implica dizer que o Direito é fruto, em grande medida, da percepção de mundo dos juízes.

É preciso perceber, contudo, que os juízes são membros integrantes da sociedade, sendo, portanto, influenciados pela comunidade. A percepção de mundo dos magistrados é definida de acordo com as experiências por eles vivenciadas na sociedade, razão pela qual as

³⁴ COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954, p. 80-81.

³⁵ Exemplo extraído das discussões realizadas pelo professor Rodolfo Pamplona Filho durante as aulas de metodologia da pesquisa do Mestrado de Direito Público da Universidade Federal da Bahia.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/Aplicação do direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p.37.

³⁷ CALAMANDREI, Piero. **A Crise da Justiça**. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 17.

suas decisões acabam, de certo modo, por refletir os anseios da própria comunidade que, por sua vez, controla os atos decisórios, legitimando-os³⁸.

Neste contexto, o processo, enquanto método de produção de norma jurídica³⁹, é um instrumento de *convergência de percepções sobre o mundo*, no qual as partes expõem e discutem as suas ideias, as suas experiências, as suas sensações, na tentativa de fazer prevalecer, por meio de “argumentos racionais”, a sua percepção de mundo. Deveras, embora a decisão final caiba ao magistrado, a sua compreensão sobre os fatos possivelmente não será a mesma após ele se deparar com as alegações das partes. Daí porque a criação da norma jurisprudencial (*ratio decidendi*) não é fruto de um ato arbitrário. Não é apenas a percepção de mundo dos magistrados que prevalece, mas sim a sua percepção após a influência das partes⁴⁰.

3.2 A REVOGAÇÃO DO PRECEDENTE (*OVERRULING*) E ALTERAÇÃO DA PERCEPÇÃO DE MUNDO DO MAGISTRADO.

As normas jurídicas criadas pelos tribunais, embora devam ser respeitadas, possuindo força obrigatória perante o próprio tribunal (eficácia horizontal) e os órgãos que lhe são inferiores (eficácia vertical), não são eternas, podendo ser revogadas⁴¹. À revogação do precedente dá-se o nome de *overruling*.

O *overruling*, portanto, é a técnica de superação do precedente por meio da qual a *ratio decidendi* perde a sua força vinculante e é substituída por uma outra⁴², podendo ser expressa (*express overruling*), quando o tribunal de forma explícita revoga o precedente,

³⁸ Vale lembrar, aqui, que a fundamentação legitima a atuação judicial justamente porque permite não apenas o exercício de um controle por parte daqueles que atuaram no processo (função endoprocessual da motivação), mas também por quem dele não participou (função extraprocessual da motivação).

³⁹ DIDIER, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. ed. 2. Salvador: Editora *JusPodvm*, 2013, p. 63.

⁴⁰ Não sem razão, Lucas Buriel, Mateus Pereira e Ravi Peixoto afirmam que a construção da decisão judicial é atividade cooperativa, de modo que, para uma correta aplicação da teoria do precedente judicial, no direito brasileiro, será imprescindível que o juiz promova um efetivo diálogo com as partes, permitindo que as questões postas nos autos sejam amplamente discutidas. (MACEDO, Lucas Buriel de; PEREIRA, Mateus Costa; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura. In: **Projeto do Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos**. Salvador: Editora *JusPodVm*, 2012, p. 540-541).

⁴¹ Apesar da inexistência de norma legal impondo o efeito vinculante das decisões judiciais proferidas pelos Tribunais – exceção feita apenas ao art. 103-A da Constituição Federal –, entendemos, seguindo a linha de raciocínio traçada por Luiz Guilherme Marinoni na obra *Precedentes Obrigatórios*, que o sistema judicial pátrio permite concluirmos que o precedente judicial, no Brasil, tem, sim, eficácia obrigatória, não podendo o magistrado deixar de aplicar uma regra jurisprudencial fixada pelas Cortes que lhe são superiores. Os limites deste trabalho, porém, não permitem tratar especificamente sobre o tema, ficando apenas o nosso registro, a título de esclarecimento.

⁴² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. *Op. cit.*, p. 395.

criando uma outra norma jurídica, ou implícita (*implied overruling*) quando o tribunal adota um posicionamento contrário com a posição anterior⁴³.

Há, ainda, situações em que tribunal, malgrado não reexamine a questão, revogando, expressa ou implicitamente a *ratio decidendi*, passa a proferir novas decisões cujos fundamentos são incompatíveis com os precedentes. Essas situações dão margem ao chamado *anticipatory overruling*, que consiste na não aplicação do precedente pelos órgãos inferiores ao tribunal que o editou, “em virtude de ter fortes fundamentos de que a Suprema Corte, caso tivesse o caso em mãos para julgamento, revogaria o precedente”.⁴⁴.

O precedente poderá ser revogado sempre que o fato que o originou deixar de existir. Com efeito, deixando de existir o fato regulamentado pelo precedente, a norma jurisprudencial perderá a sua eficácia. Em verdade, uma norma jurídica cujo suporte fático é incompatível com a realidade social e política de uma dada sociedade é uma regra desprovida de eficácia. Vale lembrar que a regra de direito, como afirma Miguel Reale, deve ser “formalmente válida” e “socialmente eficaz”, não se devendo confundir vigência e eficácia⁴⁵.

Por outro lado, o precedente também poderá ser revogado quando, embora não houvesse qualquer alteração dos fatos por ele regulamentados, a percepção da sociedade – e, portanto, do magistrado, afinal ele faz parte da sociedade – fosse modificada.

Se, por exemplo, a questão do casamento homoafetivo fosse levada ao Supremo Tribunal Federal, na década de 50, possivelmente o resultado teria sido outro. A percepção, pois, da sociedade sobre o relacionamento homoafetivo, naquela década, era diferente da atual percepção. Aliás, na década de 50 possivelmente nem se cogitava a hipótese de tal tema ser levado ao exame do Judiciário. A concepção, contudo, mudou, mas os fatos não mudaram. A união entre pessoas do mesmo sexo que ocorre hoje é a mesma união que ocorria há 50 anos. O que mudou foi a forma como essa união passou a ser vista. O que houve uma correção da miopia que assolava a sociedade e que a impedia de enxergar o problema da forma correta. Aliás, será mesmo que essa forma é a mais correta ou, em verdade, agora é que nos tornamos míopes? Querer pretender responder a essa pergunta com uma resposta absoluta, mormente se analisada a questão sob a perspectiva merleau-pontyniana, é algo temerário, sobretudo porque seria ingenuidade de nossa parte “considerar o individuo desvinculado da sua tradição, da

⁴³ Op.cit., loc.cit.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 409.

⁴⁵ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. ed. 27. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112-114.

cultura e sociedade a que inevitavelmente pertence”⁴⁶. Enfim, “Toda consciência é consciência de seu tempo”⁴⁷, razão pela qual o que podemos afirmar é que, nos dias atuais, **de acordo com a atual percepção de mundo do judiciário brasileiro**, essa é a visão mais correta e ela poderá ser revista, futuramente, bastando apenas que haja uma alteração da percepção da sociedade em torno do tema.

Desse modo, sempre que houver uma modificação dos valores **morais, políticos e econômicos** da sociedade sobre determinado assunto, haverá a necessidade de modificar ou revogar uma norma jurídica onde podemos incluir o precedente.

Todavia, identificar que a percepção do juiz sobre os fatos influencia, de forma significativa, a sua análise e, conseqüentemente, a criação do direito, parece ser algo fácil e talvez isso não gere grandes discussões. Questão mais delicada, contudo, é identificar se houve, realmente, uma modificação dos valores da sociedade em torno de um determinado tema, a ponto de justificar a revogação do precedente ou se o contexto que determinará a revogação da norma jurisprudencial decorreu apenas da vontade individual dos membros da Corte.

É que, não raro, o operador do direito, enquanto “cientista”, manipula as informações, de modo a justificar o seu discurso para alcançar a verdade que ele deseja alcançar, afinal de contas todos os motivos que podem servir para justificar uma interpretação constituem fonte do Direito⁴⁸. Nesse caso, a revogação do precedente, ao contrário do que se espera, não terá sido fruto da modificação dos valores da sociedade, mas apenas da simples vontade do julgador, o que, em última análise, acaba por comprometer a segurança jurídica, na medida em que o Direito ficará ao talante do magistrado.

Talvez por isso Luiz Guilherme Marinoni, baseado na doutrina de Melvin Eisenberg, sustenta que um precedente está pronto para ser revogado quando **deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica** e, ao mesmo tempo, **os valores que sustenta a estabilidade** – basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta – mais fundamentam a sua revogação do que a sua manutenção⁴⁹.

⁴⁶ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 233.

⁴⁷ Op.cit., loc. cit.

⁴⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2012, p. 294.

⁴⁹ EISENBERG, Melvin *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.391.

O precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar as proposições morais, políticas e de experiência da sociedade⁵⁰. Ao juiz cabe a difícil tarefa de “perceber” o surgimento dessa incompatibilidade, revogando a norma jurisprudencial, cabendo, por outro lado, à sociedade exercer o controle dos atos jurisdicionais para preservar os seus valores.

Para que a decisão revogadora não seja proferida apenas em razão da simples mudança de entendimento dos membros do tribunal, é preciso que órgão julgador justifique a revogação, expondo as razões para a aplicação do *overruling*. Aqui, pois, mais uma vez ganha relevância a função extraprocessual da fundamentação, permitindo um maior controle das decisões judiciais por quem não tenha sido parte no processo no qual venha a ser proferida a decisão que implicar o *overruling*⁵¹.

Além disso, é preciso também que haja um redimensionamento do princípio do contraditório, na medida em que o processo deve ser compreendido como um instrumento de produção de norma jurídica geral e abstrata, sendo lícito ao jurisdicionado participar da construção dessa norma jurídica⁵². Deve-se, então, repensar as hipóteses de cabimento das modalidades de intervenção de terceiro para abarcar o interesse reflexo na criação de um precedente judicial⁵³. Isso porque, ao fim e ao cabo, a verdade que deve prevalecer nas decisões judiciais é aquela que venha a ser construída por meio das convergências das percepções de sujeitos envolvidos no seu processo de criação.

4 CONCLUSÕES

Diante das razões expostas, em síntese conclusiva, pode-se pontuar o seguinte:

- 1) Sob a perspectiva filosófica de Merleau-Ponty, a verdade é fruto da interação entre sujeito e o objeto, razão pela qual ela variará no tempo e no espaço.
- 2) A *ratio decidendi* será criada de acordo com os valores morais, políticos e sociais do magistrado, o que, em última análise, implica dizer que o Direito é fruto, em grande medida, da percepção de mundo dos juízes. No entanto, considerando o processo

⁵⁰ Op.cit. p. 392.

⁵¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. 4. ed. Salvador: Editora JusPodVm, 2009, p. 399.

⁵² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. Op.cit. p. 399.

⁵³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. Op.cit. p. 399.

constutivo da norma jurisprudencial, a *ratio decidendi* não é fruto de um ato arbitrário, não sendo apenas a percepção de mundo dos magistrados que prevalece, mas sim a sua percepção após a influência das partes exercida processualmente.

- 3) O precedente judicial deverá ser revogado sempre que a percepção da sociedade – e, portanto, do magistrado, afinal ele faz parte da sociedade – for alterada. Porém, para evitar que as regras jurisprudenciais sejam alteradas simplesmente em razão da vontade dos magistrados, é preciso que órgão julgador justifique a revogação, expondo as razões para a aplicação do *overruling*, permitindo, com isso, o controle dos atos jurisdicionais.
- 4) A verdade que deve prevalecer nas decisões judiciais é aquela que venha a ser construída por meio das convergências das percepções de sujeitos envolvidos no seu processo de criação.

REFERÊNCIAS

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2012.

CALAMANDREI, Piero. **A Crise da Justiça**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

COBRA, Rubem Queiroz. **Resumos Biográficos**. Disponível em <<http://www.cobra.pages.nom.br/fc-ponty.html>> Acesso em 03.02.2014.

CHAUÍ, Marilena. **Merleau-Ponty: a obra fecunda**. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/merleau-ponty-a-obra-fecunda/>>. Acesso em 03.Fev.2014.

COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954.

CUNHA JR., Dirley da. **Interpretação constitucional e a criação judicial do direito: contributo para a construção de uma doutrina da efetividade dos direitos fundamentais**. Disponível em: <www.grupos.com.br/group/posdireitodoestado8/>. Acesso em: 02 out.2011.

DIDIER, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. ed. 2. Salvador: Editora *JusPodvm*, 2013.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional**. 4. ed. Salvador: Editora *JusPodVm*, 2009.

DURKHEIM, Émile. **Regras do método sociológico**. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 182.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/Aplicação do direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p.37.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 164.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO, Lucas Buril de; PEREIRA, Mateus Costa; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura. In: **Projeto do Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos**. Salvador: Editora *JusPodVm*, 2012, p. 540-541.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Forum, 2009, n. 68.

_____, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Peter Naumann (trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NÓBREGA, Terezinha Petrucia da. **Merleau-Ponty: o corpo, o filósofo e o mundo de toda a gente**. In: II CONICE, 2007, Recife. Anais II CONICE, Recife: CBCE, 2007.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 6, n. 51, 1 out. 2001](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2052>>. Acesso em: 1 fev. 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. ed. 27. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: EDIPRO, 2000.

SARTRE, Jean-Paul. **O Existencialismo é um humanismo; A imaginação; Questões de Método; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha**. Traduções de Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas, Bento Prado Júnior. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.