

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL BREDÁ CREMONINI

**A NORMATIVIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL
E SUA INTERFERÊNCIA PARA A ATIVIDADE
JURISDICIONAL**

VITÓRIA

2022

RAFAEL BREDA CREMONINI

**A NORMATIVIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL
E SUA INTERFERÊNCIA PARA A ATIVIDADE
JURISDICIONAL**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem

VITÓRIA

2022

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

C912n Cremonini, Rafael Breda, 1990-
A NORMATIVIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL E
SUA INTERFERÊNCIA PARA A ATIVIDADE
JURISDICIONAL / Rafael Breda Cremonini. - 2022.
110 f. : il.

Orientador: Tárek Moysés Moussallem.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Precedente judicial. 2. Normatividade do precedente judicial. 3. Classificação normativa. I. Moussallem, Tárek Moysés. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

A NORMATIVIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL E SUA INTERFERÊNCIA PARA A ATIVIDADE JURISDICIONAL

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito Processual.

Aprovado em __ de __ de 2022.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem
(Orientador - PPGDIR/UFES)

Prof. Dr. Gilberto Fachetti Silvestre
(PPGDIR/UFES)

Prof. Dr. Cláudio Iannotti da Rocha
(PPGDIR/UFES)

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior
(membro externo - FDV)

Dedico este trabalho a Deus e à minha amada
avó Cecília.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que permitiu que todas as conquistas em minha vida se concretizassem.

Agradeço à Universidade Federal do Espírito Santo, por me acolher como seu aluno em meio a tantas dificuldades e desvalorização da academia brasileira.

Agradeço ao meu orientador (e pai acadêmico), Dr. Tárek Moysés Moussallem, por ter me acolhido como seu orientando, me conferindo toda liberdade e apoio para concluir esse título.

Agradeço ao amigo que o mestrado me deu, professor Dr. Gilberto Fachetti Silvestre, pelas palavras de sabedoria, conhecimento profissional e de vida.

Ao professor Dr. Cláudio Iannotti da Rocha, pelas palavras de motivação e sugestões extremamente pertinentes ao trabalho.

Ao professor Dr. Américo Bedê Freire Júnior, por aceitar participar dessa banca e toda inspiração que me serviu durante a minha graduação.

Agradeço aos meus pais por me trazerem até este momento com todo o esforço e dedicação com minha educação, sem eles eu seria ninguém.

Agradeço ao meu irmão por estar sempre presente mesmo quando eu não estava.

Agradeço ao meu afilhado, Antônio, por me fazer refletir sobre as coisas mais simples da vida.

Agradeço, especialmente, à Manu, minha amada, por navegar comigo nesse mar desconhecido, remando ao meu lado mesmo durante a tempestade mais difícil.

A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.

(Arthur Schopenhauer)

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar se o precedente judicial é uma ferramenta hábil a vincular os operadores do direito, bem como quais as interferências esse instrumento é capaz de provocar na prática jurisdicional. Para isso, foram realizadas reflexões acerca da necessidade de aplicação adequada dos precedentes judiciais, tal como posto pelo Direito brasileiro. Objetiva-se, também, compreender quais são as mudanças necessárias para que essa ferramenta processual seja utilizada com maior eficácia no contexto atual do Direito brasileiro. Diante disso, a indagação que se pretende perseguir e solucionar por intermédio desta pesquisa é: Quais são as interferências do precedente judicial a que se refere o Código de Processo Civil brasileiro, sob a perspectiva normativa, na atividade jurisdicional? Para responder essa questão, a presente pesquisa se pautou na revisão bibliográfica sobre o tema, baseada na literatura jurídica brasileira, além da análise de pesquisas empíricas que oferecem dados relevantes para o assunto, e de notícias sobre descumprimentos de entendimentos dos Tribunais Superiores. Nesse contexto, constatou-se que o Direito brasileiro vem sofrendo modificações paulatinas dando a impressão que está caminhando para a adoção do sistema *Common Law*. Embora haja uma aproximação, as atuais características do Direito brasileiro impedem que isso ocorra de fato. É possível afirmar que o precedente judicial não retira dos magistrados o livre convencimento, apenas insere normas que restringem as possíveis interpretações das normas. Atestou-se que a promulgação do Código de Processo Civil não diminuiu o tempo de duração dos processos, pelo contrário, esse tempo vem aumentando. Verificou-se, ainda, que do precedente judicial com força vinculante é possível extrair duas normas jurídicas, uma geral e abstrata, outra individual e concreta. Com isso, foi possível confirmar a hipótese suscitada de que o precedente judicial com força vinculante constitui norma jurídica capaz de vincular o magistrado em suas decisões, de forma que a tomada de decisão deve considerar o precedente que verse sobre caso semelhante, seja para aplicá-lo ou para afastá-lo. No entanto, atestou-se que essa metodologia de julgamento, em regra, não vem sendo praticada efetivamente, de forma que a prática jurídica não coincide com o que está prescrito no dever-ser, necessitando de uma adequação cultural e metodológica da atividade processual, principalmente em relação a discussão, tramitação, julgamento e interposição de recursos.

PALAVRAS-CHAVE

Precedente judicial; Normatividade do precedente judicial; Classificação Normativa.

ABSTRACT

The present research aims to analyze whether the judicial precedent is a skillful tool to bind the operators of the law, as well as what interferences that this instrument is capable of causing in judicial practice. With this, reflections were carried out on the need for adequate application of judicial precedents as established by Brazilian law. It also aims to understand what changes are necessary for this procedural tool to be used more effectively in the current context of Brazilian law. Within this context, the question that is intended to be pursued and resolved through this research is: What are the interferences of the judicial precedent referred to in the Brazilian Civil Procedure Code, under the normative perspective, in the judicial activity? To answer this question, the present research was based on the bibliographic review on the subject, based on the Brazilian legal literature, in addition to the analysis of empirical research that offers relevant data to the subject and news about breaches of understandings of the Superior Courts. In this context, it was found that Brazilian Law has been undergoing gradual changes, giving the impression that it is moving towards the adoption of the Common Law system. Although there is an approximation, the current characteristics of Brazilian law prevent this from happening in fact. It is possible to affirm that the judicial precedent does not remove the free conviction from the magistrates, it only inserts norms that restrict the possible interpretations of the norms. Within the application of precedent, there is sometimes room for interpretation. It was attested that the enactment of the Civil Procedure Code did not decrease the duration of the processes, on the contrary, this time has been increasing. It was also found that from the judicial precedent with binding force it is possible to extract two legal norms, one general and abstract, the other individual and concrete. The individual and concrete norm and the general and abstract one. With this, it was possible to confirm the hypothesis raised that the judicial precedent with binding force constitutes a legal norm capable of binding the magistrate in his decisions so that the decision-making must consider the precedent that deals with a similar case, whether to apply it or to drive it away. However, it was attested that this judgment methodology, as a rule, has not been effectively practiced, so that the legal practice does not coincide with what is prescribed in the must-be, requiring a cultural and methodological adequacy of the procedural activity, mainly in relation to the discussion, processing, judgment and filing of appeals.

KEYWORDS

Judicial precedent; Normativity of judicial precedent; Normative Classification.

LISTA DAS SIGLAS

CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. OS PRECEDENTES E SEU USO NA POLÍTICA JUDICIÁRIA DO BRASIL	17
1.1. MODELO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA BRASILEIRO.....	19
1.2. O PRECEDENTE JUDICIAL	24
1.2.1. <i>Ratio decidendi</i>	32
1.2.2. <i>Obiter dictum</i>	37
1.2.3. <i>Distinguishing</i>	38
1.2.4. <i>Overruling</i>	40
1.2.5. Técnica de sinalização.....	42
1.3. PRECEDENTE JUDICIAL NO TEMPO.....	45
2. O PRECEDENTE E SUA NORMATIVIDADE	48
2.1. O PAPEL DA LINGUAGEM NA CONSTRUÇÃO DA NORMA.....	48
2.2. O QUE É NORMA JURÍDICA.....	56
2.3. CLASSIFICAÇÃO NORMATIVA.....	61
2.3.1. Norma Geral.....	63
2.3.2. Norma Abstrata	63
2.3.3. Norma Individual	64
2.3.4. Norma Concreta	64
2.4. POSSÍVEIS COMBINAÇÕES DAS CLASSIFICAÇÕES NORMATIVAS.....	65
2.4.1. Norma geral e abstrata.....	66
2.4.2. Norma geral e concreta	66
2.4.3. Norma individual e abstrata	67
2.4.4. Norma individual e concreta	68
2.5. CLASSIFICAÇÃO NORMATIVA DO PRECEDENTE JUDICIAL	68

2.6. PRECEDENTE ENQUANTO FONTE DO DIREITO	71
3. INTERFERÊNCIAS DA CARACTERÍSTICA NORMATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	76
CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100

INTRODUÇÃO

São inúmeras as questões que geram polêmicas e discordâncias relativas à atribuição da força vinculante dos precedentes judiciais aos magistrados, de forma que a doutrina e os operadores do direito encontram diversas situações que geram dúvidas de ordem prática e teórica.

Isso se dá, pois o Direito brasileiro encontra-se em um processo de transição, adequando a sua estrutura e metodologia para comportar um novo paradigma processual, conferindo maior importância às decisões dos Tribunais Superiores com a expectativa de oferecer maior coerência interna ao ordenamento jurídico.

Desde a introdução da súmula vinculante ordenamento jurídico, vem se sedimentando e se discutido a constitucionalidade dos magistrados se verem vinculados por uma norma produzida pelo próprio Poder Judiciário. A questão evoluiu de forma que o juiz passou a estar vinculado não só pela súmula vinculante, mas pelos demais tipos de decisões judiciais previstas no art. 927 do Código de Processo Civil.

Com essas mudanças surgiram expectativas de toda a espécie, seja para criticar a adoção dos precedentes, aduzindo que haveria engessamento dos magistrados, atentado ao livre convencimento do juiz, violações ao contraditório, oposição reiterada de embargos de declaração, entre outras. Por outro lado, gerou expectativas positivas a parte da comunidade jurídica, entendendo que essa metodologia traria celeridade processual, segurança jurídica, coerência entre decisões, diminuição de novas demandas e interposição de recursos.

Atualmente, a sociedade enfrenta o problema da insegurança jurídica, tendo em vista que é comum encontrar decisões divergentes proferidas por órgãos do mesmo nível hierárquico, ou até pelo mesmo órgão, além do descumprimento das decisões dos Tribunais Superiores. Tal fato acarreta a dificuldade de a pessoa adequar o seu comportamento ou suas atividades ao ordenamento jurídico vigente – principalmente quando se trata de empresas que necessitam realizar planejamentos tributários ou organizacionais –, devido à incompatibilidade de decisões judiciais em casos semelhantes.

Com a intenção de criar um procedimento mais célere de julgamento de causas e solucionar o problema da insegurança jurídica, o Código de Processo Civil introduziu no ordenamento jurídico ferramentas de solução de demandas múltiplas, dentre elas o precedente judicial, de forma a replicar a decisão paradigma aos demais casos que serão julgados em momento posterior.

Por haver a adoção do precedente judicial por parte do ordenamento jurídico brasileiro, muitas pessoas aventaram a hipótese de um direcionamento do Direito brasileiro ao sistema *Common Law*. Ocorre que esse instituto possui peculiaridades mais específicas do que apenas a força vinculante dos precedentes judiciais, demandando uma análise mais aprofundada sobre o assunto.

Dito isso, verifica-se que os precedentes judiciais demandam uma análise específica de sua utilização a fim de compreender seus contornos e particularidades, merecendo atenção para contribuir com a sua compreensão e entender como se insere dentro do ordenamento jurídico. Afinal, carece de um estudo sobre quais mudanças ainda são necessárias para que seja fomentada a utilização adequada dos precedentes, sendo essa a justificativa desta pesquisa.

Portanto, a problemática da pesquisa consiste na constatação de que é comum encontrar tanto decisões que não observam os precedentes judiciais, quanto a reiteração de recursos intermináveis com fundamento contrário aos entendimentos preestabelecidos dos Tribunais Superiores, de forma que representam uma afronta a essas decisões, contribuindo para o congestionamento do Poder Judiciário.

Dentro desse contexto, a indagação que se pretende perseguir e solucionar por intermédio desta pesquisa é: Quais são as interferências do precedente judicial a que se refere o Código de Processo Civil brasileiro, sob a perspectiva normativa, na atividade jurisdicional?

Diante desse problema, há a hipótese de que o precedente judicial com força vinculante constitui norma jurídica capaz de vincular o magistrado em suas decisões, de forma que a tomada de decisão deve considerar o precedente que verse sobre caso semelhante, seja para aplicá-lo ou para afastá-lo. No entanto, essa metodologia de julgamento não vem acontecendo efetivamente, de forma que a prática jurídica não coincide com o que

está prescrito no dever-ser, necessitando de uma adequação cultural e metodológica da atividade processual, principalmente em relação a discussão, tramitação, julgamento e interposição de recursos.

Logo, o objetivo da presente pesquisa é analisar se o precedente judicial é uma ferramenta hábil de vincular os operadores do direito, bem como quais as interferências que esse instrumento é capaz de provocar na prática jurisdicional. Com isso, pretende-se refletir acerca da necessidade de aplicação adequada dos precedentes judiciais tais como posto pelo Direito brasileiro. Objetiva-se também compreender quais são as mudanças necessárias para que essa ferramenta processual seja utilizada com maior eficácia no contexto atual do Direito brasileiro.

Para alcançar esses objetivos, a presente pesquisa é fundada na revisão bibliográfica sobre o tema, baseada na literatura jurídica brasileira, além da análise de pesquisas empíricas que ofereçam dados relevantes para o tema e de notícias sobre descumprimentos de entendimentos dos tribunais superiores.

Além disso, serão pesquisadas notícias de confrontos entre o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais de piso, decorrentes da inobservância dos precedentes firmados pelas Cortes Superiores, e de que forma as normas estabelecidas pelos precedentes regem essa situação.

O corte metodológico se cinge à análise teórica dos precedentes judiciais conforme posto pelo Direito brasileiro, socorrendo-se da doutrina nacional e estrangeira para contribuir com a interpretação do instituto. E, em segundo momento, a verificação empírica da repercussão dos precedentes judiciais no Direito brasileiro, a fim de conceber uma resposta única aos jurisdicionados.

O método adotado é o construtivismo lógico-semântico, que se trata de um esforço de dissecar os signos linguísticos e analisá-los individualmente em seus possíveis significados para realizar a construção de sentido. Trata-se de um método que se utiliza da linguagem para ampliar a compreensão dos termos afastando os vícios decorrentes da ambiguidade e vagueza.

A abordagem utilizada é, num primeiro momento, qualitativa da revisão da literatura jurídica, no intuito de aprofundar os conceitos e teorias de direito processual. No

que concerne especificamente a essa matéria, já no segundo momento se revela uma abordagem empírica analisando as situações concretas em que houve a inobservância do precedente judicial estabelecido pelos Cortes Superiores e suas consequências.

Com isso, a presente pesquisa divide-se em três capítulos que versam sobre os seguintes assuntos.

O capítulo um realizará uma análise da forma de organização judiciária brasileira dentro do contexto da utilização do precedente judicial vinculante, abordando possíveis adequações necessárias à correta aplicação do sistema de precedentes no direito brasileiro. Na sequência, serão descritos o precedente judicial e a forma como se insere dentro do contexto da política judiciária brasileira, expondo seus elementos, que traduzem os métodos de sua utilização, criação e revogação. E, por fim, a aplicação do precedente judicial no tempo, tendo em vista as possíveis modificações de entendimento, possibilidades de modulações de efeitos, limitações temporais e ultratividade.

Já o capítulo dois versará sobre a norma jurídica, aduzindo sobre o papel da linguagem na construção normativa, sendo explanado as classificações normativas utilizadas dentro das premissas estabelecidas e as possíveis combinações entre essas definições. Com base nas classificações aventadas, será aduzida a identificação do precedente judicial. Para, então, entender como ele se relaciona com as fontes do direito brasileiro, dentro da perspectiva do constructivismo lógico semântico.

Por fim, no capítulo três será apresentado o contexto de vinculação dos precedentes na prática jurídica brasileira, expondo notícias e pesquisas empíricas sobre o assunto. Abordará as possíveis razões de quem entende que não deve se vincular a esses entendimentos, além de verificar a validade dessas razões em face das normas estabelecidas no ordenamento jurídico.

Neste sentido, esta pesquisa repassa pelas premissas teóricas do Direito, a fim de resgatar conceitos importantes e analisar os precedentes judiciais, salvando a coerência com esses conceitos. Mais que isso, suscita essas questões teóricas no campo prático, revolvendo o trabalho de uma análise em consonância com a realidade.

1. OS PRECEDENTES E SEU USO NA POLÍTICA JUDICIÁRIA DO BRASIL

A definição de precedente judicial não é pacífica na literatura jurídica, pois existem variadas correntes de pensamento sob enfoques diferentes quanto à matéria.

Antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil de 2015 já se defendia a existência de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, que criou as súmulas vinculantes, e, até mesmo, como uma decorrência da própria lógica estrutural do sistema.

Acredita-se que a Emenda Constitucional nº 03 de 1993 representou um marco para essa evolução sistêmica a partir da disposição constitucional do controle de constitucionalidade, passando a prever, expressamente, decisões com efeitos vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo¹.

Na sequência, foi editada a Lei 9.868 de 1999 disciplinando o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, regulamentando a aplicação dos efeitos vinculantes dessas decisões. No mesmo período, também foi editada a Lei nº 9.882 de 1999 regulamentando a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Todos esses instrumentos tanto possuem características de precedentes judiciais com efeitos vinculantes que atualmente integram o rol previsto no artigo 927 do Código de Processo Civil. Portanto, é possível concluir que há anos o Brasil vem inserindo no ordenamento jurídico, de forma paulatina, os precedentes judiciais com efeitos vinculantes.

Somente com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 que foram inseridos no ordenamento jurídico formalmente conceitos como a *ratio decidendi* (art. 489, §1º, incisos V), *distinguishing* (art. 489, §1º, incisos VI) e *overruling* (art. 489, §1º, incisos VI).

¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: Instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. Revista de Direito Administrativo. jul/set, nº 241. Fundação Getúlio Vargas: 2005, p. 178-179.

A ideia do precedente ser uma decorrência lógica do sistema, mesmo antes do Código de Processo Civil de 2015, advém de algumas características do ordenamento jurídico brasileiro, como o fato de o Poder Judiciário ser detentor da última resposta para a solução do caso concreto, e, também, estar prevista, na Constituição da República, o direito à segurança jurídica e a igualdade, estes fatores criam um cenário favorável para sustentar a característica vinculante dos precedentes judiciais mesmo sem uma previsão legal expressa para tanto².

Afinal, o Estado tem o dever de dar respostas iguais a casos iguais. Essa obrigação se mostra uma decorrência do princípio da igualdade, confiança e segurança jurídica, conferindo às pessoas a previsibilidade do direito, no sentido de ter certeza (ou ao menos um direcionamento) das interpretações jurídicas. Para que o cidadão exerça sua liberdade inerente ao Estado Democrático de Direito, é necessário que a aplicação do Direito se origine de um discurso racional com certa previsibilidade na interpretação³.

Por anos o Brasil vem enfrentando uma crise decorrente do excesso de litigiosidade, que, além de outros fatores, ocasionou na sobrecarga do Poder Judiciário. Somada a insegurança jurídica provocada pela discrepância de entendimentos entre os magistrados, tornando imprevisível o resultado dos processos. O Legislador optou por positivizar no Direito brasileiro os precedentes judiciais como forma de solução de parte dos problemas do Poder Judiciário^{4,5}.

² Toda decisão judicial é potencialmente relevante para futuras decisões. Essa assertiva é intuitivamente aceitável, e foi reconhecida até mesmo no período arcaico do direito romano, como podemos ver na advertência feita por Cícero ao pretor Lúculo (76 a.C.), no sentido de que futuras demandas seriam definidas por aquela determinada decisão então prestes a ser tomada. Nada mais natural, pois na hipótese em que uma tese busca a persuasão de um julgador com base no prestígio (qualitativo ou quantitativo) de outro órgão julgante, a decisão poderia ser considerada, no mínimo, como um argumento *ab auctoritate*. Assim sendo, toda decisão pode ser considerada *prima facie* um precedente, dependendo do grau de persuasão que possa ter (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. Precedentes Vinculantes e Jurisprudência Dominante na Solução das Controvérsias. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 32).

³ RODOVALHO, Thiago. Constitucionalidade dos precedentes judiciais vinculantes do CPC/15. In: ROSSI, Francisco Vicente; MIGUEL, Jamil; PANUTTO, Peter (org.). *Estudos do Código de Processo Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Editora Ideias & Letras, 2022. p. 388.

⁴ RODRIGUES, Marcely Ferreira. *Cortes de sobreposição e formação de precedentes*. 2020. 161 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-04052021-223126/publico/10236795_Dissertacao_Parcial.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022, p.150-151.

⁵ Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira,

Entretanto, a importação do instituto basilar do sistema de Common Law não foi realizada de forma completa, de modo que o Brasil passou a trabalhar com o precedente judicial sem estabelecer regras gerais e técnicas sobre seu manuseio⁶.

A adoção de um sistema de precedentes judiciais com efeitos vinculantes tem, em tese, a capacidade de conferir certeza jurídica em relação às questões jurídicas predeterminadas, conferindo às partes ferramentas que facilitam a solução de conflitos, até mesmo em âmbito extrajudicial e pré-processual⁷.

A organização judiciária adotada pelo Direito brasileiro, por sua vez, enfrenta problemas de superlotação, o ano de 2019 encerrou-se com 77,1 milhões de processos em tramitação⁸, considerando que a estimativa da população brasileira nessa época é de 211 milhões de pessoas⁹, isso corresponde a quase um processo a cada dois brasileiros. Problema esse que decorre do fato de ter sido alargado o gargalo do acesso à justiça, sem que se tenha criado estrutura judiciária para comportar a nova demanda.

1.1. MODELO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA BRASILEIRO

Ordinariamente, é possível encontrar dois modelos de “Cortes Superiores” nos ordenamentos jurídicos, a corte de cassação e a corte de revisão, sendo que aquela “cassa” sem substituir a decisão adotada por outro órgão hierarquicamente inferior, determinando a observância de sua tese jurídica enunciada. Por sua vez, a corte de revisão, tradicionalmente,

o princípio constitucional da isonomia. Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. [...]Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores. (FEDERAL, Senado. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 29 e 31)

⁶ RODRIGUES, Marcely Ferreira. *Cortes de sobreposição e formação de precedentes*. 2020. 161 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-04052021-223126/publico/10236795_Dissertacao_Parcial.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022, p. 151.

⁷ Destaca-se que isso é uma possibilidade extraída a partir de uma análise teórica do instituto, de forma que parece prematura a realização de uma pesquisa empírica para atestar tal hipótese.

⁸ Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020, p. 93.

⁹ THE WORLD BANK. World development indicators. Disponível em: <https://datatopics.worldbank.org/world-development-indicators/>. Acesso em: 25 fev. 2022.

casta e substitui a decisão, aplicando, de imediato, a tese firmada em um novo julgamento de mérito, porém limitados ao reexame fático¹⁰.

Já no modelo brasileiro é possível observar que as Cortes Superiores¹¹ se comportam de forma mista, ora atuando como um modelo ora como o outro.

Sendo desarrazoado que, além da função de criar paradigmas e uniformizar a interpretação da lei, lhe seja conferida a função de uma terceira ou quarta instância revisora, incumbida no papel de corrigir os erros de julgamentos de todos os tribunais do país a que estão vinculados.

Daniel Raichelis Degenszajn entende que o Superior Tribunal de Justiça deve se afastar do modelo das cortes de revisão, evitando se tornar uma terceira instância. Para concretizar esse objetivo, deve adotar precedentes com fundamentação profunda capaz de orientar a sociedade e os órgãos a este vinculados e, assim, exaltar a unidade do direito e provocar segurança jurídica¹².

Os magistrados das Cortes Superiores devem realizar um julgamento apurado, considerando que suas decisões estão sujeitas a pouca, senão nenhuma, revisão, além de produzirem efeitos para outros casos¹³. Apenas as Cortes Superiores podem rever seus próprios julgados, sendo que as instâncias inferiores estão vinculadas àqueles.

¹⁰ DEGENSZAJN, Daniel Raichelis. *A divergência no Superior Tribunal de Justiça: recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial e embargos de divergência*. 2016. 263 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 29-30.

¹¹ Cortes Superiores se refere ao coletivo composto por: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar.

¹² DEGENSZAJN, Daniel Raichelis. *A divergência no Superior Tribunal de Justiça: recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial e embargos de divergência*. 2016. 263 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 36-38.

¹³ DEGENSZAJN, Daniel Raichelis. *A divergência no Superior Tribunal de Justiça: recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial e embargos de divergência*. 2016. 263 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 26-27. No mesmo sentido: RODOVALHO, Thiago. Constitucionalidade dos precedentes judiciais vinculantes do CPC/15. In: ROSSI, Francisco Vicente; MIGUEL, Jamil; PANUTTO, Peter (org.). *Estudos do Código de Processo Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Editora Ideias & Letras, 2022. p. 385-402 e MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um tribunal de teses. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 443-467, set. 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo2/revista_v21_n3_tomo2_443.pdf. Acesso em: 16 fev. 2022.

Trata-se de um sistema que, estruturalmente, se assemelha ao adotado por países de *Common Law*¹⁴. Ilustrativamente, o sistema judicial federal estadunidense se organiza hierarquicamente da seguinte forma: *US District Courts* (1ª instância), *US Courts of Appeal* (2ª instância) e *US Supreme Court* (equivalente ao Supremo Tribunal Federal brasileiro)¹⁵.

A principal característica do precedente judicial nesse sistema é o denominado *stare decisis* (originalmente *stare decisis et non quieta movere* – em tradução livre, respeite as decisões e não mexer no que está estabelecido)¹⁶. Essa característica é fundamental para resgatar a ideia de estabilidade e previsibilidade do direito, embora, como já foi dito, não comporte exceções. Disso também decorre a vinculação dos julgamentos futuros, seja em sentido horizontal ou vertical, às decisões já estabelecidas¹⁷.

Os sistemas de *Common Law* são caracterizados por se pautarem, principalmente, nas normas provenientes dos precedentes criados a partir dos casos julgados e não na legislação propriamente dita, visto que essa costuma ser mais escassa. Cada interpretação da lei comum deve ser reconhecida como plenamente válida e vinculativa, regendo as decisões nesse caso particular¹⁸.

Mesmo nesse sistema se distinguem os precedentes vinculantes (*binding precedents*), cuja autoridade é total, dos persuasivos (*persuasive precedents*), o qual possui autoridade reduzida, secundária, atuando mais no plano da moral¹⁹.

¹⁴ “O direito brasileiro possui uma conformação híbrida, conformado por um direito infraconstitucional orientado segundo a tradição *civil law* e um direito constitucional, recepcionado do *rule of law* escrito, isto é, do modelo norte americano. O *common law* norte americano foi recepcionado no direito brasileiro a partir da Constituição da República de 1891 e desenvolvido por intermédio das doutrinas de controle dos atos dos poderes públicos (*judicial review*). De outro giro, a prática jurídica infraconstitucional brasileira apresentou influências da Europa continental desde seus primórdios, em vista da formação dos nossos juristas sobretudo em Portugal, França, Alemanha e Itália. O ápice das influências do *civil law* se dá na codificação processual civil de 1973.” (RIBEIRO, Julio Cesar Medeiros. *A importância do precedente do Superior Tribunal de Justiça no contexto estado democrático constitucional: uma análise crítica da chamada jurisprudência lotérica*. 2015. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2015. Disponível em: https://sappg.ufes.br/tese_drupal/tese_9101_RIBEIRO%2C%20J.%20C.%20M.%202015.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022, p. 146-147)

¹⁵ FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 89, v. 782, pp. 90-96, dez. 2000, p. 91.

¹⁶ SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito inglês e norte americano*. São Paulo: Landy, 2001, p. 109.

¹⁷ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Súmula Vinculante e Guerra Fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 381-382.

¹⁸ FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. *AMERICAN LAW in a Global Context: the basics*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 602.

¹⁹ SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito inglês e norte americano*. São Paulo: Landy, 2001, p. 110.

No Direito inglês, por exemplo, se utiliza do método da “jurisprudência do caso” (*case law*), de forma que o valor vinculante do precedente decorre da sua reiteração pelos casos futuros. Logo, quanto mais antigo o precedente sendo reiterado, maior poder de vinculação tem²⁰.

Já no Direito americano, a existência de uma Constituição escrita, embora seja sintética, exigiu o surgimento do *judicial review* para assegurar a supremacia constitucional, sendo essa a origem da força vinculante do precedente judicial.

Parece de extrema importância que o Direito brasileiro adote essa característica para que haja o sucesso na utilização do precedente judicial dentro de seu ordenamento. Afinal, um precedente sem qualquer vinculação é apenas uma decisão que soluciona um caso concreto. O seu efeito vinculante é o que o torna merecedor de atenção pela sociedade, sendo fundamental que exista para a lógica do sistema.

Os precedentes judiciais com força vinculante foram inseridos formalmente no ordenamento jurídico brasileiro com a expectativa de conferir maior celeridade e economia processual a atividade jurisdicional, sendo uma das possíveis ferramentas que colaboraria na diminuição do acúmulo de ações no Poder Judiciário. No entanto, já havia um histórico de utilização de julgados como uma fonte influenciadora no momento de proferir as decisões desde à época do Império²¹. Isso porque, a lógica por trás de um sistema judiciário tem como princípio a igualdade ou a segurança jurídica, o que exige que casos semelhantes sejam julgados da mesma forma²².

²⁰ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Súmula Vinculante e Guerra Fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 380-381.

²¹ Conforme afirma Marcus Seixas Souza “Em resumo, as características do respeito aos precedentes no Direito brasileiro remontam à herança deixada pelo Direito português e ao momento de formação do Direito nacional no Império, quando se consolidou o modelo *jurisprudence constante*, herdado pelo Direito republicano” (SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: colônia e império*. 2014. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014, p. 139).

²² “Além das suas imbricações com o princípio de protecção da confiança, as ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes. (2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. - Coimbra: Almedina, 1995, p. 380).

Busca-se garantir dois predicados fundamentais para a política judiciária, quais sejam a estabilidade e previsibilidade do direito. Um sistema judicial que tem por objetivo a pacificação social deve observar tais preceitos que caminham de mãos dadas, a fim de evitar injustiças aos seus jurisdicionados.

A previsibilidade do direito é tida como um desdobramento da segurança jurídica e da confiança, no sentido de que haja um conhecimento prévio das consequências aplicáveis ao caso concreto. Ou seja, a pessoa X sabe que ao matar Y receberá pena de 8 a 20 anos de prisão.

Enquanto a estabilidade é a garantia de que o direito não sofrerá alterações repentinas ou frequentes. Em outras palavras, a empresa X sabe que a legalidade da operação da sua empresa não alterada de forma inesperada, causando-lhe prejuízo.

Partindo para outro ponto de vista, percebe-se que a adoção dos precedentes judiciais vinculantes no direito brasileiro representa uma mudança de paradigma na forma de litigar, carecendo, portanto, de instrução dos operadores do direito. Isso porque, a metodologia de julgamento e discussão dos casos muda de forma considerável.

Sendo assim, os precedentes são formados diante de um caso concreto e gerarão eficácia vinculante às decisões futuras. No Direito estadunidense, por exemplo, essa característica está fundada no *stare decisis*. Trata-se de um sistema que vincula as decisões dos magistrados tanto verticalmente (as decisões das Cortes Superiores vinculam as decisões das Cortes inferiores na linha de recursos), quanto horizontalmente (decisões anteriormente tomadas pela Corte devem ser observadas nas decisões posteriores)²³.

Frederick Schauer aduz que o peso das regras generalizadas pelos precedentes é interpretado por profissionais e construído a partir de decisões anteriores. Nesse sentido, quando um Tribunal tem a liberdade de rejeitar uma deliberação anterior, sem competência para revogar o precedente, por considerá-la equivocada em seu mérito, não há *stare decisis*²⁴.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

²⁴ SCHAUER, Frederick. *Las reglas em juego: um examen filosófico de la toma de decisiones basada em reglas em el derecho y em la vida cotidiana*. Tradução de Claudina Orunesu. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 248-250.

Isso não quer dizer que é impossível afastar um precedente dentro do *stare decisis* sem que haja um justo motivo dentro das hipóteses de *distinguishing* ou *overruling*, e não apenas se apresente como uma mera discordância da decisão paradigma.

Frederick Shauer conclui que se trata de um sistema que busca se blindar dos erros dos julgadores e limita a discricionariedade, já que diminui a possibilidade de resultados ruins em um número maior de casos em detrimento da otimização da interpretação das regras caso a caso²⁵.

Dito isso, uma das principais diferenças entre o *Common Law* e o *Civil Law* é que neste o precedente possui apenas uma força persuasiva, enquanto naquele o precedente judicial exerce a força vinculante²⁶. Embora estejam presentes em ambos os sistemas, a importância que lhes é dada é o que os diferencia.

Na verdade, a questão da força vinculante dos precedentes dentro da política judiciária de cada país pode variar muito. No sistema italiano, por exemplo, a posição hierárquica do tribunal determinará o grau de sua força vinculante, logo, quanto maior for a posição hierárquica do Tribunal que expedir o precedente, mais forte será²⁷. Enquanto em outros ordenamentos jurídicos, cada tribunal tem competência para uma matéria, de forma que a força do precedente estará atrelada a sua antiguidade.

1.2. O PRECEDENTE JUDICIAL

Importante destacar que o precedente judicial é uma figura com característica polissêmica. Dentre os possíveis significados da palavra, podemos destacar os que mais interessam para o presente estudo:

²⁵ SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, Stanford, v. 39, n. 03, p. 571-605, Feb, 1987, p. 590.

²⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil e ideologia: subsídios estratégicos ao advogado do contencioso*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 182.

²⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil e ideologia: subsídios estratégicos ao advogado do contencioso*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 183.

(1) precedente-enunciação, como ato de fala; (2) precedente-documento, como texto do acórdão; (3) precedente-caso, a relação jurídica de cunho processual que foi posta ao Poder Judiciário para solução de um conflito (real ou presumido); (4) precedente-significação (ou *ratio decidendi*, em homenagem ao termo consagrado na doutrina), o conteúdo significativo formulado pelo intérprete ao ter contato com o precedente-documento; (5) norma concreta do precedente, norma jurídica concreta e individual que pôs termo a “3”; e (6) precedente-norma, a norma jurídica abstrata e geral formulada a partir do precedente-significação (“4”) e também de outros conteúdos de significação já definidos pelo intérprete²⁸.

A característica polissêmica do precedente judicial pode ocasionar diversas dificuldades na compreensão e no intercâmbio de informações entre sujeitos sobre o objeto. De forma que essas e outras questões podem ser analisadas e sanadas pela ciência do direito. No presente trabalho, ordinariamente, será utilizado o termo precedente judicial (ou precedente, ou precedente vinculante) com o significado de precedente-norma, ou seja, a norma geral e abstrata formulada a partir do precedente significação.

Sob uma análise puramente normativa da política judiciária prevista no Código de Processo Civil de 2015, foi introduzido de forma tímida o sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. Percebe-se, em uma análise geral, que o legislador introduziu conceitos jurídicos indeterminados que remontam a elementos dos precedentes judiciais, como estabelecido no sistema *stare decisis*. Sendo assim, ficou a cargo dos operadores do Direito, com apoio na ciência jurídica, interpretar esse instituto com suporte, inclusive, no Direito estrangeiro, o qual já possui alguma experiência.

A partir de então a literatura jurídica buscou analisar e destrinchar esses conceitos, conforme pode-se verificar adiante.

Antes de mais nada, merece que seja esclarecida a diferença entre precedente judicial e jurisprudência. O precedente sempre decorrerá de um pronunciamento judicial acerca de um caso concreto, de forma que não é possível o conceber se a interpretação dada a norma aplicada ao caso não estiver conectada ao objeto do que foi decidido²⁹.

²⁸ MOUSSALLEM, Tárek Moysés; TEIXEIRA JÚNIOR, José Borges. Notas sobre a teoria dos precedentes formalmente vinculantes. *Revista de Processo*, Brasília, v. 1, n. 286/2018, p. 451-483, dez. 2018.

²⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil e ideologia: subsídios estratégicos ao advogado do contencioso*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 178.

A jurisprudência, por sua vez, poderá ser compreendida como um conjunto de decisões sobre uma a questão no mesmo sentido, sem partir de um único julgamento paradigma. Ao contrário do precedente, que é apenas uma decisão que fundamenta as decisões futuras.

Lenio Luiz Streck aponta que “o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares”³⁰. O autor traz um conceito embasado na utilidade prática do precedente, pouco importando com a forma pela qual é constituído, basta que a decisão seja obedecida como norma. Logo, só seria precedente a decisão utilizada reiteradamente como paradigma para as decisões futuras.

Em linha semelhante, Thomas da Rosa de Bustamante afirma que precedente judicial consiste em qualquer decisão judicial prévia que um juiz se embasa para fundamentar o seu pronunciamento sobre um caso atual³¹.

Divergindo de ambos e adentrando para uma para visão mais formalista, Luiz Guilherme Marinoni entende que o precedente é a decisão judicial que elabora uma tese jurídica³². Após trazer conceito parecido, Caio Márcio Gutterres Taranto³³ acrescenta que o precedente tem a função de atribuir racionalidade as decisões e, portanto, serviria de suporte argumentativo para embasar uma decisão ulterior.

Por sua vez, José Rogério Cruz e Tucci explica que “todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”³⁴.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 42-43.

³¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 300-301.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 214.

³³ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 8.

³⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

Na esteira de pensamento, Yuri Guerzet Teixeira afirma que o precedente judicial se consagra como uma premissa maior da subsunção da norma ao fato. É a regra jurídica abstrata, mais específica, derivada de outra regra jurídica também abstrata, aplicável ao caso sob o exame do Estado-juíz³⁵.

De forma diversa, Michele Taruffo³⁶ entende que o precedente pode ser definido através de uma combinação de quatro dimensões, quais sejam: (i) a dimensão institucional; (ii) a dimensão objetiva; (iii) a dimensão estrutural; e (iv) a dimensão da eficácia.

A dimensão institucional, que está diretamente ligada à forma de organização judicial, trata-se da capacidade do precedente influenciar uma decisão posterior do próprio Tribunal ou de outro. Não há como negar que o precedente assume uma estrutura hierárquica de autoridade entre os Tribunais³⁷.

A autoridade das decisões dos Tribunais Superiores é sedimentada principalmente no direito à segurança jurídica³⁸. Se um magistrado decide de forma contrária ao precedente estabelecido pelas Cortes Superiores, ignorando o entendimento definido pelos Tribunais que julgarão os recursos de sua decisão, está dando à parte uma falsa esperança de que lhe assiste razão em sua pretensão.

Além do caráter de vinculação vertical do precedente, há a característica horizontal, que, por sua vez, consiste nas decisões anteriores tomadas pelo mesmo órgão. Ou seja, o juiz deve estabelecer uma coerência entre suas decisões, sempre respeitando próprios entendimentos anteriores. Não há qualquer justificativa plausível para que o magistrado, ou qualquer órgão julgador, colegiado ou não, decida casos idênticos de formas diferentes. Essa incoerência afasta a certeza do direito, transformando o judiciário em um jogo de azar, o que é inconcebível em um Estado Democrático de Direito. Essa regra vem exaltar o princípio da

³⁵ TEIXEIRA, Yuri Guerzet. *Precedentes Judiciais: entre normas e decisões*. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 88.

³⁶ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 415-416.

³⁷ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 416-417.

³⁸ Segurança jurídica em seu sentido formal, isso significa que seria apenas em relação à previsibilidade de tomada de decisões. Há ainda a segurança jurídica no seu sentido material, que seria “a previsibilidade do homem médio, inserido culturalmente na sociedade. Um julgamento deve ser previsível, na medida em que o homem médio seja capaz de aceitar o seu resultado” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 116).

isonomia, garantindo a igualdade na interpretação da norma, que deve ser aplicada a todos os casos³⁹.

Argemiro Martins, Cláudia Roesler e Ricardo Jesus apontam que a coerência se impõe como um constrangimento ao magistrado, que deve demonstrar que suas decisões se baseiam do ordenamento jurídico ou que os fundamentos utilizados na solução do caso guardam sintonia com os princípios gerais aceitos pela sociedade. Essa questão tem relação com a igualdade de tratamento e universalização dos fundamentos das decisões, esperando que situações semelhantes recebam soluções semelhantes⁴⁰.

A atual ordem jurídica brasileira trouxe ferramentas capazes de afastar essa situação indesejada, seja através de recursos ou através do reconhecimento da existência de dissídio jurisprudencial.

No tocante à dimensão objetiva, o autor leciona que está ligada à eficácia do precedente ou sua capacidade de vincular as decisões posteriores. Esse ponto retorna ao conceito de *ratio decidendi* e de *obiter dictum*, pois é a *ratio* que vincula as decisões futuras, tendo o *dictum* apenas eficácia persuasiva⁴¹.

Ademais, para Michele Taruffo, essa dimensão é afetada por fatores intrínsecos e extrínsecos à função dos tribunais. A natureza e o objeto da eficácia do precedente serão decididos no próprio mérito do caso⁴².

Ainda segundo Michele Taruffo, a dimensão estrutural coloca o precedente como ponto de referência usados na decisão posterior. Aqui, pode-se estabelecer quatro hipóteses⁴³.

³⁹ O CPC, no art. 926, reforça essa regra com o “dever de uniformização da jurisprudência”, trata-se de até de uma redundância do código, pois se um conjunto de precedentes forma uma jurisprudência, esses precedentes são uniformes. Então, faria mais sentido prescrever que há um dever de uniformizar os precedentes proferidos pelo respectivo órgão.

⁴⁰ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil Maccormick: caracterização, limitações, possibilidades. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 207-554, maio 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3281/2064>. Acesso em: 25 fev. 2022, p. 218.

⁴¹ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 419.

⁴² TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 422-423.

⁴³ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 423.

A primeira hipótese surge quando se tem um só precedente que verse sobre o caso. Isso ocorre em sistemas de *Common Law*, pois nesses casos os Tribunais pronunciarão menos decisões, uma vez que a Suprema Corte seleciona os casos nos quais pretendem formar um precedente⁴⁴. Essa possibilidade de escolha é levada em conta para análise do fundamento teórico do precedente.

A segunda hipótese é utilizada quando há referência de mais de um precedente com a mesma solução para o problema, e que tradicionalmente é chamado de jurisprudência. É possível identificá-la de duas formas: (i) quando o mesmo tema é decidido diversas vezes de forma igual; e (ii) quando o mesmo precedente é citado várias vezes para decidir o mesmo caso. Nessa última hipótese, tem-se uma jurisprudência estabelecida há mais tempo, que pode ser uma tese consolidada e forte, ou uma orientação antiga e ultrapassada, sujeita a ser alterada⁴⁵.

A terceira situação é aquela em que existe mais de um precedente para o conflito e que sejam contraditórios. Nesses casos, quando surge um embate entre a jurisprudência do Tribunal, o órgão imediatamente superior na estrutura hierárquica deve intervir para garantir a uniformidade das decisões⁴⁶.

A quarta hipótese é a mais complexa em relação às outras e ocorre quando há várias decisões sobre a mesma matéria, todas contraditórias. Não há contraste entre as decisões, mas sim, um mosaico delas. Nessa situação, mal se pode dizer que há precedente, no sentido próprio, porque nenhuma decisão poderia influenciar as subsequentes⁴⁷.

Por fim, a dimensão da eficácia, segundo Michele Taruffo, diz respeito à natureza e à intensidade da influência da decisão anterior no processo que o precedente irá incidir. O precedente recairá sobre os casos futuros idênticos ou semelhantes. Além disso, ele não pode

⁴⁴ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 423.

⁴⁵ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 423-424.

⁴⁶ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 424-425.

⁴⁷ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 425-426.

ser reduzido a uma escolha de aplicação ou não. Pelo contrário, ele assume uma escala composta por diferentes graus de eficácia⁴⁸.

Em um extremo dessa escala, há a aplicação absoluta, sem exceção, do precedente à decisão tomada por outro juiz; no outro extremo, há a total discricionariedade do julgador para aplicar o precedente, sendo utilizado apenas para persuadir o magistrado na oportunidade de outro julgamento da mesma matéria.



Absoluta discricionariedade

Vinculação Absoluta

Embora seja difícil encontrar casos que se adequem aos extremos dessa escala, essa régua nos ajuda a compreender a força vinculante dos precedentes judiciais, principalmente pelo fato de que alguns deles têm mais força vinculante do que outros.

Analisando os graus de discricionariedade, pode-se observar três estágios intermediários. O primeiro deles se dá quando o precedente deve ser observado, mas o próprio caso estabelece exceções e limitações de sua aplicação.

O segundo ocorre quando se espera que o precedente seja seguido, mas se aceita que o juiz possa afastar sua aplicação, se houver razões suficientes para fazer isso justificadamente.

E o terceiro estágio, que é confundível com o extremo da escala, trata do precedente que é considerado adequado ao caso, mas com sua aplicação discricionária pelo magistrado, não havendo necessidade de justificar sua não utilização. O que efetivamente distingue esse último caso da total discricionariedade de adoção do precedente é que, aqui, há uma expectativa geral de que o precedente seja aplicado⁴⁹.

⁴⁸ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 426.

⁴⁹ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 426-428.

Embora haja essa classificação do grau de eficácia do precedente, é preciso levar em consideração que há outros casos em que eles são utilizados de formas distintas das já citadas. Isto significa que uma decisão pode ser invocada apenas para demonstrar uma possível interpretação de uma norma, sem que esse precedente seja utilizado como paradigma para solucionar o caso⁵⁰.

Dito isso, ao analisar o rol previsto no art. 927 do Código de Processo Civil, é possível encontrar uma certa atecnia. Isso pois, são encontradas espécies de decisões de diferentes graus hierárquicos sem qualquer distinção, dando a impressão de que qualquer órgão jurisdicional está vinculado às determinações previstas naquele rol, o que não parece ser correto a luz do Direito vigente.

A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal, incumbido no papel de intérprete maior da Constituição da República, não pode estar vinculado a uma súmula editada pelo Superior Tribunal de Justiça sobre matéria constitucional. Ou, até mesmo, o Superior Tribunal de Justiça, enquanto intérprete da matéria infraconstitucional, se encontrar vinculado a orientação do plenário ou do órgão especial de um Tribunal de um dos Estados da federação⁵¹.

Também é importante frisar que, ao contrário do que o art. 927 do Código de Processo Civil pare indicar, nem toda decisão prevista naquele rol pode ser considerada precedente judicial, para isso existe a necessidade de que hajam requisitos materiais para essa formação, principalmente deve haver maioria de votos em relação aos fundamentos determinantes⁵².

Outro ponto de destaque é que a omissão ou inobservância ao precedente pode ser apontada em qualquer grau de jurisdição, haja vista que o juiz não está vinculado apenas às questões jurídicas ventiladas pelas partes⁵³. Ao contrário: presume-se que o magistrado

⁵⁰ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 428-430.

⁵¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Processo civil e ideologia: subsídios estratégicos ao advogado do contencioso*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 188.

⁵² ROCHA, Cláudio Jannotti da.; MOUSSALLEM, Tárek Moysés; TAVARES, Pedro Machado. A Formação de Precedentes no Processo Coletivo dos Casos Repetitivos: o modelo instituído pelo CPC/2015. *REVISTA MAGISTER DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL*, v. 93, p. 99-114, 2019.

⁵³ CARDOSO, Oscar Valente. *A falta de fundamentação por inobservância de precedente no Novo CPC*. Panorama atual do novo CPC. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 323.

conhece o Direito e deve aplicá-lo de ofício, uma vez que o precedente vinculante é norma jurídica.

Portanto, numa hipótese de o juiz, ao deixar de aplicar o entendimento firmando no precedente e o processo transitar em julgado sobre o caso, estaria sendo produzida uma norma individual e concreta incoerente ao direito posto.

Ademais, cabe o aprofundamento nos institutos do precedente judicial conforme segue.

1.2.1. *Ratio decidendi*

A *ratio decidendi* ou, em tradução livre, “razão de decidir”, trata-se de um dos elementos do precedente judicial mais importantes. Segundo José Rogério Cruz e Tucci, *ratio decidendi*, ou *holding*, é a “tese jurídica suficiente a decidir o caso concreto, e não a parte dispositiva da decisão, que produz eficácia vinculante e que deve nortear a interpretação judicial em momento posterior”⁵⁴.

Arthur Lehman Goodhart, afirma que não é possível dissociar o precedente dos fatos materiais julgados nos autos que o originaram, para isso estabelece uma série de regras para descobrir quais fatos são materiais e quais são imateriais⁵⁵. Nesse sentido, os fatos materiais são importantes para haver uma identidade de casos e a consequente aplicação do precedente judicial.

Segundo o autor, as regras para descobrir quais fatos são materiais e quais são imateriais, conforme vistos pelo juiz, são as seguintes.

Todos os fatos relativos à pessoa, tempo, lugar, tipo e quantidade são imateriais, a menos que declarados expressamente como importantes. Isso decorre da ideia de

⁵⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil e ideologia: subsídios estratégicos ao advogado do contencioso*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 183.

⁵⁵ GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio decidendi of a Case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, dez. 1930, p. 182. Disponível em: <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021.

universalização, o que torna o julgado suscetível de ser transportado a outros casos diferentes⁵⁶.

Se houver uma tese, os fatos conforme declarados na temática são conclusivos e não podem ser contestados pelos autos, e esta serão tratadas como materiais. Ainda, se a tese omite um fato que aparece no julgado, isso pode ser devido (a) ao descuido, ou (b) a uma conclusão implícita de que o fato é imaterial. O segundo será considerado o caso na ausência de outras provas⁵⁷.

Os fatos que o magistrado declara expressamente ou implicitamente como imateriais não podem ser considerados o contrário. O mesmo acontece se o julgador afirma especificamente determinadas razões como materiais, o contrário também não pode ser dito⁵⁸.

Se a decisão não distinguir entre fatos materiais e imateriais, todos os acontecimentos apresentados devem ser considerados materiais. Se, em um caso, houver várias opiniões que concordam quanto ao resultado, mas divergem quanto aos fatos materiais, então o princípio do caso é limitado de forma a se ajustar à soma de todos os eventos considerados relevantes pelos vários juízes⁵⁹.

Por fim, uma conclusão baseada em um fato hipotético é uma máxima. Por fato hipotético entende-se qualquer situação cuja existência não tenha sido determinada ou aceita pelo juiz⁶⁰.

Para Michele Taruffo, a *ratio decidendi* pode ser definida de três formas: (i) pode ser a norma jurídica utilizada para descrever os fatos relevantes da disputa e decidir sobre eles,

⁵⁶ GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio decidendi of a Case. The Yale Law Journal, v. 40, n. 2, dez. 1930, p. 182. Disponível em: <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021

⁵⁷ GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio decidendi of a Case. The Yale Law Journal, v. 40, n. 2, dez. 1930, p. 182-183. Disponível em: <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021

⁵⁸ GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio decidendi of a Case. The Yale Law Journal, v. 40, n. 2, dez. 1930, p. 182-183. Disponível em: <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021

⁵⁹ GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio decidendi of a Case. The Yale Law Journal, v. 40, n. 2, dez. 1930, p. 183. Disponível em: <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021

⁶⁰ GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio decidendi of a Case. The Yale Law Journal, v. 40, n. 2, dez. 1930, p. 183. Disponível em: <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021

com uma acentuação da referência aos fatos; (ii) ou pode significar o princípio jurídico utilizado como critério para decidir com uma acentuação da referência à norma e não à verdade; (iii) ou, ainda, significa que o argumento jurídico usado para justificar a decisão sobre a qualificação dos fatos, ou a decisão sobre a escolha do *regula iuris*, ou ambos⁶¹.

Por sua vez, Luis Guilherme Marinoni entende que “a razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão”⁶².

Tárek Moysés Moussallem e José Borges Teixeira Júnior trazem outra visão sobre o tema.

Com maior rigor tem-se primeiro o acórdão proferido, o precedente-documento (o suporte físico da comunicação, conjunto de textos, o primeiro subsistema da linguagem). Em seguida, o intérprete, ao tomar contato com esse texto, atribuirá uma série de conteúdos significativos a esse mesmo texto, formando o que se chamou precedente-significação, o qual será composto das razões que motivaram a decisão tomada pelo órgão judicial, gerando ao fazê-lo uma série de proposições, identificando com isso o que a doutrina processual convencionou chamar de *ratio decidendi*⁶³.

Os autores entendem que a *ratio decidendi* construirá uma norma jurídica, que consistirá não só no precedente-significação, mas também nos outros conteúdos de relevância imputados aos enunciados diversos do sistema do direito positivo.

Para esta pesquisa, entende-se a *ratio decidendi* de forma pouco diferente do que foi abordado. De forma geral, compreende-se que a *ratio decidendi*, ou *holding*, representa as questões de fato e de direito que embasam ou justificam a consequência atribuída pela decisão ao caso. O conjunto de *rationes decidendi* de uma situação, podendo ser uma ou mais, compõem o motivo da decisão, de forma que, ao retirar uma dessas *ratione*, o julgamento teria – ou poderia ter – um resultado diverso.

⁶¹ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 420.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 161.

⁶³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés; TEIXEIRA JÚNIOR, José Borges. Notas sobre a teoria dos precedentes formalmente vinculantes. *Revista de Processo*, Brasília, v. 1, n. 286/2018, p. 451-483, dez. 2018, p. 461.

A questão é que nem sempre as *rationes decidendi* utilizadas para aplicação do precedente judicial “X” ao caso “Y”, serão as mesmas *rationes* para o aproveitamento do precedente judicial “X” para o caso “Z”. O que quer dizer que a cada nova situação a ser identificadas as *rationes* do caso paradigma que induzem a aplicação na circunstância em análise. Por exemplo, fatos como tempo, qualificação da vítima ou uma lei em vigor, em determinados casos podem ser fatos relevantes enquanto em outros não.

Suponha-se a existência de um julgamento hipotético que formulou um precedente do seguinte caso: Manuela matou seu marido com um facão de 33 centímetros de comprimento com um golpe na barriga durante a noite e recebeu uma pena de 12 anos de prisão.

Parte-se da premissa que a *ratio decidendi* são todos os elementos da decisão que se alterados modificarão o resultado do julgamento. Diante disso, na tentativa de transportar esse julgamento ao plano abstrato, algumas *rationes* são fáceis de identificar, como o ato de matar, o que não quer dizer que não possam ser questionadas.

A partir disso, surgem dúvidas se alguns elementos são *ratio decidendi* como: (i) o vínculo conjugal entre a autora e a vítima; (ii) o instrumento usado; (iii) o tamanho do instrumento usado; (iv) o local do golpe; (v) a quantidade de golpes; (vi) o horário do crime; e (vii) o local do crime.

É impossível identificar abstratamente quais são as *rationes* do caso, de forma que somente poderão ser reconhecidas ao serem confrontados com outro caso. Isso porque, potencialmente, cada um desses elementos pode ser tanto *ratio decidendi* quanto *obiter dictum*.

Isso leva a crer, que o processo de identificação da *ratio decidendi* é fluida, ou seja, em um *leading case* podem ser apontadas três razões de decidir que serão suficientes para aplicar o precedente ao caso, entretanto, o mesmo *leading case* podem ser identificadas quatro razões de julgar para um caso diverso.

A regra extraída da inafastabilidade do enfrentamento de todas as questões concluídas pelas partes (o art. 489, §1º, IV do Código de Processo Civil aduz que a sentença não será considerada fundamentada se “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”), possui especial relevância.

O órgão que cria o precedente deve ter o cuidado de fundamentar a decisão vastamente com a preocupação de que as partes, advogados e magistrados analisarão aquele entendimento com a intenção de extrair os pontos fundamentais para tomada da decisão, transportá-los para o plano abstrato e então aplicá-los ao caso em julgamento.

Logo, até mesmo questões como a qualificação da parte, o tempo, o local, entre outras que, em tese, não tenham a capacidade de mudar o resultado do julgado em análise, no momento da criação do precedente, devem ser enfrentadas.

Destaca-se que questões de direito também podem ser consideradas *ratio decidendi*, uma vez que a alteração legislativa não induz a revogação do precedente, porque os casos pendentes de análise, cujos fatos ocorreram sob a égide da lei revogada devem ser julgados sob a ótica do precedente, fundando na lei anterior, que versava sobre o assunto. A partir de então deve ser estabelecido um novo precedente com base na legislação nova.

Essa afirmação decorre da interpretação conjunta com o art. 6º da Lei de introdução às normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), o qual aduz que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. Dessa forma, o precedente, ao interpretar o sentido da aplicação da lei a um caso concreto, tem sua eficácia limitada à vigência da lei, conforme será abordado com maior profundidade adiante.

Nesse sentido, o esforço que o operador do direito deve realizar é identificar quais são as *ratio decidendi* suficientes para aplicação do precedente que lhe parece mais adequado demonstrar que o seu caso preenche os mesmos elementos mínimos para a utilização, ou seja, se estão presentes as mesmas questões fáticas que formam razão de decidir do precedente, bem como as mesmas questões de direito. A parte a quem interessa a não aplicação do precedente poderá defender o contrário, tentando demonstrar que ele não se aplica ao caso concreto.

Por óbvio, os Tribunais, geralmente, não enumeram quais são as *rationes* do caso julgado, ou, se fosse tão simples assim, a doutrina poderia se encarregar desse trabalho, entretanto o que se vê é esse esforço sendo realizado posteriormente durante as discussões dos precedentes em casos futuros. Encontrar as razões de decidir do caso demandam uma

dedicação hermenêutica, de forma que pode haver divergência ou, até mesmo, mudanças na aplicação do precedente com o passar do tempo.

1.2.2. *Obiter dictum*

O *obiter dictum*, ou, segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶⁴, “razões outras”, dentro da premissa adotada nesta pesquisa, pode ser definido por exclusão⁶⁵. O *obiter dictum* não possui efeito vinculante com as decisões futuras, uma vez que são questões que, embora necessitem ser apreciadas para chegar à fundamentação, em tese, não tem relação direta com o resultado do caso em análise⁶⁶.

Yuri Guerzet Teixeira entende que *obiter dictum* é a opção hermenêutica adotada pelo legislador que é prescindível para a construção do precedente⁶⁷.

No mesmo sentido aduz Gustavo Santana Nogueira ao afirmar que é qualquer conclusão a que chega o Tribunal, mas que não é essencial para o julgamento do caso concreto. Logo, se for retirada da fundamentação não altera a conclusão⁶⁸.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, divide a *obiter dictum* em *judicial dicta* – apesar de ser prescindível, possui alguma relação com a confecção do precedente sendo

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Pautas para a identificação de um precedente. In: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ALVIM, Tereza Arruda (org.). *Jurisdição e Direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 423-440.

⁶⁵ “Wambaugh afirma que a *ratio decidendi* de um precedente é a proposição ou regra sem a qual o caso seria decidido de forma diversa, e *obiter dictum* é uma proposição constante do julgamento, mas não necessária à decisão. Como método para identificar a *ratio decidendi* de um julgado, Wambaugh sugere um teste, de acordo com o qual se deve alterar o conteúdo da premissa, para verificar se a decisão mantém-se ou não, a mesma; assim, se a decisão sofrer mudança, a premissa era realmente necessária e se constituía na *ratio decidendi*; por outro lado, se a decisão permaneceu inalterada, a premissa era mero *obiter dictum*” (ATAIDE JUNIOR, Jadelmiro Rodrigues de *Apud* SESMA. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p. 73).

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 235.

⁶⁷ TEIXEIRA, Yuri Guerzet. *Precedentes Judiciais: entre normas e decisões*. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 95.

⁶⁸ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 184.

racionalmente desenvolvidas pelo operador do direito – e em *gratis dicta*, que não possui qualquer relação com o caso ou sendo totalmente irrelevante⁶⁹.

Apesar de aparentar ser um instituto irrelevante guarda sua importância para separar o que é do que não é *ratio decidendi*. Como tratado no tópico de *ratio decidendi*, somente com a comparação do precedente judicial será possível determinar quais elementos são *ratio decidendi* e, o que não for, é *obiter dictum*.

Dito isso, seguindo a premissa adotada no presente trabalho, entende-se *obiter dictum*, como elementos enfrentados na decisão paradigma e que, no momento da análise da aplicação do precedente judicial em relação a um caso concreto, não constituam *ratio decidendi*, ou seja, o *obiter dictum* é definido por exclusão. Diz-se no momento da análise da aplicação do precedente em relação ao caso concreto, tendo em vista que, conforme concluiu-se no tópico anterior, a *ratio decidendi* não é estática, variando conforme a aplicação e cada caso. Por se adotar a metodologia de análise por exclusão, ao mudar a *ratio decidendi* de um caso, conseqüentemente a *obiter dictum* também mudará.

1.2.3. *Distinguishing*

A distinção (*distinguishing*) é uma técnica utilizada para afastar a aplicação de um precedente judicial devido à falta de similitude fática entre o caso que deu origem ao precedente e o fato em análise⁷⁰. Ou seja, as peculiaridades presentes em um caso e ausentes em outro, afastam a aplicação de determinado precedente.

Patrícia Perrone Campos Mello entende distinção, dentro do Direito brasileiro, como um esforço cognitivo, baseado na analogia, que justifica a inaplicabilidade da regra emergente do precedente judicial a um caso que, aparentemente, se aplicaria, em razão das

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 238-239. No mesmo sentido, SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 140.

⁷⁰ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113.

questões de fato e/ou de direito apontadas, a partir de argumentos trazidos pelas partes e ponderando os valores em conflito⁷¹.

[...] a distinção (*distinguishing*) ocorre quando o intérprete entende que o caso concreto posto ao seu conhecimento não se enquadra dentro da regra de uso das expressões utilizadas no precedente-significação, ao passo que a superação (*overruling*) reside na própria alteração – com vistas à adaptação do sistema de direito positivo – da regra de uso construída de um precedente-documento anterior ao caso que se encontrar em mira no momento da análise⁷²

Já Yuri Guerzet Teixeira entende que o *distinguishing* atua sobre o exercício denotativo de verificar se a premissa menor preenche as condições previstas no antecedente da norma abstrata que atua como premissa maior, que é o precedente judicial, no momento da aplicação⁷³.

Segundo Thomas da Rosa Bustamante, o afastamento do precedente judicial não implica em seu declínio – ele não deixa de ter sua característica normativa aos demais casos –, apenas não se aplica a determinada situação⁷⁴.

Por sua vez, Ricardo Chamon Ribeiro II, detalhou o processo de distinção do precedente da seguinte forma:

A proposta buscou pulverizar atenção nas duas fases e, ademais, além de sugerir um meio que busque identificar com isenção os fatos materiais, também se ocupou de vincular à aplicação as razões pelas quais os fatos foram eleitos como materiais e a forma com que eles se relacionaram com o *point of law*. Assim, além de permitir a identificação dos aludidos fatos, a proposta orienta o destaque dos motivos que lhe qualificaram como tal e do grau de afiliação entre eles e a questão de direito, o que reduz as possibilidades de que o juiz do caso-atual pince porções vinculantes não ostentadas pelos juízes do caso-precedente. Para se desviar do que foi estabelecido, o intérprete terá que vencer satisfatoriamente o ônus argumentativo para justificar suas direções teóricas. A proposição formulada também não deixou

⁷¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 241, p. 177–208, 2005. DOI: 10.12660/rda.v241.2005.43370. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370>. Acesso em: 17 fev. 2022, p. 204.

⁷² MOUSSALLEM, Tárek Moysés; TEIXEIRA JÚNIOR, José Borges. Notas sobre a teoria dos precedentes formalmente vinculantes. *Revista de Processo*, Brasília, v. 1, n. 286/2018, p. 451-483, dez. 2018, p. 467.

⁷³ TEIXEIRA, Yuri Guerzet. *Precedentes Judiciais: entre normas e decisões*. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 104.

⁷⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 471.

de prever a possibilidade de considerar elementos não ventilados antes, embora já existentes desde a formação, ou, ainda, de ponderar novos componentes fáticos ou jurídicos que eventualmente possam ser benéficos ao deslinde da questão, tudo, claro, sujeito ao controle intersubjetivo das razões, de que o modelo depende diretamente⁷⁵.

O *distinguishing* se trata de uma técnica utilizada para afastar a aplicação do precedente judicial ao caso concreto. O afastamento do precedente não afeta a sua característica vinculante, nem importa em exceção a essa obrigatoriedade, mas cinge-se a distinguir a incidência da norma jurídica extraída do precedente à situação em análise.

Demonstrar que o precedente não se aplica ao caso demanda um ônus argumentativo de constatar que as *rationes decidendi* suscitadas no feito pendente de julgamento não guardam relação com as mesmas *rationes* do caso paradigma.

1.2.4. *Overruling*

A superação (*Overruling*) ocorre quando o órgão jurisdicional competente por criar um precedente o supera, o retirando do ordenamento jurídico.

É importante de plano diferenciar duas atividades distintas, mas que têm praticamente a mesma repercussão prática: a superação e a revogação.

A superação diz respeito à criação de um novo precedente em sobreposição ao anteriormente estabelecido. Com isso, retira-se a *ratio decidendi* do precedente judicial do ordenamento jurídico, em detrimento de outra em seu lugar, de forma que a decisão anterior deixa de possuir valor normativo⁷⁶. Já a revogação do precedente ocorre quando o Poder

⁷⁵ RIBEIRO II, Ricardo Chamon. *O distinguishing no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2019. 271 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019. Disponível em: https://sappg.ufes.br/tese_drupal//tese_13441 DISSERTAC%26%23807%3BA%26%23771%3BO%20- %20versa%26%23771%3Bo%20final%20UFES%20- %20ja%26%23769%3B%20com%20ficha%20catalogra%26%23769%3Bfica.pdf. Acesso em: 27 fev. 2022, p. 257-258.

⁷⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. Autorreferência como dever de motivação específico decorrente do *stare decisis*. In: BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça (org.). *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 562-564.

Legislativo edita um ato legislativo em sentido contrário ao precedente, ou o reafirmando, de forma que este ato passa a ser o novo referencial normativo⁷⁷.

Pode-se dizer que na superação será estabelecido um novo precedente no lugar do firmado anteriormente, enquanto na revogação o precedente será retirado do ordenamento jurídico, cabendo a criação de um novo precedente sobre o assunto a partir de um caso recente, se houver.

Trata-se de uma forma de resiliência do sistema de precedentes judiciais às modificações da realidade da sociedade, visto que com o passar dos anos são identificadas diversas mudanças de valores, devendo o Direito acompanhar essas evoluções. Além, é claro, da possibilidade de corrigir possíveis erros do órgão jurisdicional no momento da criação do precedente. Entretanto, essa superação não pode ocorrer de forma livre, ela demanda uma justificação adequada, demonstrando as mudanças sociais ou normativas que embasam a necessidade da alteração da norma anteriormente estabelecida⁷⁸.

Patrícia Perrone Campos Melo, enumera que os principais motivos para superação do precedente são:

[...] (a) a desfiguração do precedente por distinções arbitrárias, efetuadas pelos juízes vinculados como uma forma de insubordinação tácita/velada contra a aplicação de um precedente (normalmente por perceberem o precedente como injusto ou incorreto); (b) precedentes inexequíveis na prática porque a regra não é capaz de oferecer uma orientação segura, a exemplo do que ocorre caso se utilizem na formulação da regra vinculante conceitos vagos sem o estabelecimento de pautas suficientes à sua determinação; (c) a compreensão atual do precedente como injusto/incorreto, inclusive em virtude de alterações culturais, políticas, sociais, econômicas ou tecnológicas; (d) a superveniência de lei em sentido contrário; (e) uma alteração da "filosofia jurídica" da corte vinculante⁷⁹.

⁷⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. Autorreferência como dever de motivação específico decorrente do *stare decisis*. In: BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça (org.). *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 563.

⁷⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. Autorreferência como dever de motivação específico decorrente do *stare decisis*. In: BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça (org.). *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 564.

⁷⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 241, p. 177–208, 2005. DOI: 10.12660/rda.v241.2005.43370. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370>. Acesso em: 17 fev. 2022, p. 188.

Verifica-se que são vários os justos motivos que ensejam a modificação do entendimento da Corte sem que se provoque uma insegurança da estabilidade das normas e justificando sua alteração com questões de relevância social.

No caso do Código de Processo Civil, previu-se a faculdade de o Tribunal ampliar o debate para a sociedade em prol da rediscussão de determinada tese, conforme previsto no art. 927, §2º. Embora o dispositivo legal mencione expressamente a possibilidade de rediscussão de súmula ou julgamento de casos repetitivos, nada impede a aplicação desse dispositivo aos demais precedentes enumerados nos incisos do art. 927 do CPC/15, favorecendo o amplo debate na criação de normas em homenagem ao Estado Democrático de Direito.

Outro ponto que merece atenção é que, com a revogação do entendimento anterior por meio do *overruling*, a decisão do caso paradigma não será modificada, mas apenas a norma jurídica que projetará efeitos aos casos futuros, na hipótese do órgão que estabeleceu o precedente vinculante não modular seus efeitos. Isso sustenta a ideia de que a decisão que cria o precedente é composta por duas normas jurídicas, uma que resolve o caso paradigma, outra que projeta efeitos vinculantes às situações futuras, como veremos adiante.

1.2.5. Técnica de sinalização

Embora a lei processual não tenha previsto expressamente essa técnica entende-se que a sua aplicabilidade deve ser observada para que haja o cumprimento da confiança e da segurança jurídica entre outros e, principalmente, em função do art. 926 do Código de Processo Civil⁸⁰.

Ademais, como aduz Antônio do Passo Cabral⁸¹, a jurisdição possui um fator de garantia da estabilidade do direito no momento em quem oferece uma resposta única aos seus

⁸⁰ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁸¹ Embora o autor, em seu texto, tenha se referido a técnica aplicável à jurisprudência dominante, se aplica perfeitamente ao precedente judicial com efeito vinculante.

jurisdicionados, reiteradamente durante um período contínuo e duradouro⁸². Na prática é comum que advogados orientem pessoas jurídicas e físicas acerca do direito vigente com base nas decisões dos tribunais (o exemplo mais comum disso é o planejamento tributário de uma empresa). Mais que isso, a fixação de termos jurídicos pelos tribunais superiores tem o condão de orientar a tomada de decisões futuras, guardando coerência com esses termos preestabelecidos.

Sob a ótica do modelo federativo, essa expectativa deveria ser esperada ao menos dos Tribunais Superiores, conforme afirma Antônio do Passo Cabral em seu artigo publicado em 2013, antes da promulgação do Código⁸³. No entanto, por consequência do artigo 926, citado anteriormente, essa regra se estende a todos os Tribunais brasileiros.

Veja-se que não está se falando em uma imutabilidade do entendimento dos Tribunais, mas sim em uma estabilidade para que não mudem suas decisões paradigmas ao sabor dos ventos. Para que isso ocorra, quando necessário, de maneira responsável e sem gerar surpresa aos jurisdicionados, utiliza-se a técnica de sinalização ou julgamento-alerta.

Trata-se de uma técnica preventiva, com a finalidade de alertar os jurisdicionados para não serem “pegos de surpresa” por uma mudança abrupta de um precedente importante ou da jurisprudência. A ideia desse anúncio é colocar em dúvida a correção do entendimento até então aplicado. Isso não quer dizer que será necessariamente mudado, mas que passará por nova avaliação. Esse anúncio não é condição *sine qua non* para que seja feita a modificação do precedente, mas uma cortesia à segurança jurídica do ordenamento. Sendo uma forma de se dizer à sociedade que, sobre aquele precedente, paira uma relativa insegurança⁸⁴.

⁸² CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 221, p. 13-48, jul. 2013, p.16.

⁸³ “[...] é correto afirmar que pelo menos as decisões dos Tribunais Superiores são aptas a criar expectativas e gerar confiança legítima. Razão para isso é também a maior visibilidade social que possuem as Cortes Superiores, cujas decisões são sempre acompanhadas pelos *experts* e noticiadas inclusive na grande mídia, o que dá à sua jurisprudência maior repercussão e conhecimento popular. Por outro lado, as instâncias superiores são aquelas cujos acórdão estão mais aptos a gerar expectativas porque são estes tribunais, sobretudo em países de formato federativo como o nosso, que tem a função de uniformização do direito, *locus* onde os anseios de segurança e estabilidade são ainda maiores.” (CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 221, p. 13-48, jul. 2013, p. 22-23).

⁸⁴ CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 221, p. 13-48, jul. 2013, p. 34-35.

Segundo Antônio do Passo Cabral, essa técnica possui as seguintes finalidades: i) facilitar aos órgãos judiciais a observação da tutela da confiança legítima; ii) fomentar a segurança jurídica realizando mudanças com menor impacto à sociedade; iii) impedir a aplicação de institutos que exijam a existência de jurisprudência estável, quando for o caso; iv) implementar um diálogo plural para contribuir com a reflexão do tribunal sobre a mudança do entendimento⁸⁵.

Embora o instituto apresente diversas vantagens, existem críticas que merecem ser consideradas. O fato de ter sido sinalizado que haveria certa insegurança pairando sobre a decisão, e, após isso, tenha se decidido pela manutenção do entendimento, verifica-se que gerou uma instabilidade sobre a questão, mesmo que momentânea. Há quem defenda, também, que o ideal é modificar o entendimento quando se verifica a obsolescência ou incorreção do precedente, para, então, ponderar sobre a modificação dos efeitos temporais da decisão⁸⁶.

Em relação a primeira crítica, entende-se que não existe uma segurança jurídica plena e inviolável, de forma que haverá momentos de incerteza inevitáveis, seja pela modificação dos precedentes, das leis ou, até mesmo, pelo estabelecimento de um novo regime jurídico com uma nova Constituição, mesmo que essa hipótese seja extremamente remota.

Dito isso, percebe-se que todos esses valores defendidos, como a segurança jurídica, a confiança, entre outros, são questões a serem perseguidas, embora tenham características utópicas de sua completa observância.

Verifica-se, ainda, que o Código de Processo Civil, no parágrafo terceiro do art. 927⁸⁷, previu a modificação dos efeitos da alteração de entendimento com base no interesse social e na segurança jurídica. No entanto, como aduz Antônio do Passo Cabral, trata-se de uma

⁸⁵ CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 221, p. 13-48, jul. 2013, p. 35.

⁸⁶ CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 221, p. 13-48, jul. 2013, p. 37-38.

⁸⁷ [...] § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

regra repressiva, que pode coexistir perfeitamente com a técnica do julgamento alerta, sendo esta preventiva⁸⁸.

Nesse sentido, em que pese não existir previsão legal para tanto no ordenamento jurídico brasileiro, não há a necessidade de embasamento jurídico para utilização da técnica do julgamento alerta. Por se tratar de uma tática preventiva que busca conferir maior efetividade a valores constitucionais que colaboram com os anseios da sociedade de segurança jurídica em sentido amplo, os órgãos jurisdicionais que tenham competência para modificar os precedentes judiciais com força vinculante podem se valer dessa técnica.

Nesse sentido, a técnica deve ser aplicada com larga publicidade e clareza, a fim de afastar entendimentos equivocados de possíveis modificações, dando azo a questionamento de decisões estáveis ou, até mesmo, provocando instabilidades desnecessárias.

1.3. PRECEDENTE JUDICIAL NO TEMPO

Outra questão que merece ser destacada é o tratamento temporal dado ao precedente judicial.

Sobre essa questão, uma premissa parece clara, o precedente judicial somente deixará de fazer parte do ordenamento jurídico após a utilização da técnica do *overruling* (seja por meio de superação ou revogação). Isso é importante, pois o *distinguishing* pode dar a entender que o precedente afastado do caso concreto não possui validade, deixando de fazer parte do ordenamento jurídico vigente, o que seria um grave erro.

Afinal, não é porque uma regra não é aplicável ao caso que ela deixa de fazer parte do ordenamento jurídico, nem há diminuição de sua vigência, ela apenas não se mostra adequada para solucionar o caso concreto.

Nesse sentido, como já foi abordado, o precedente judicial tem em sua essência fundamentos que devem ser reconhecidos e identificados tanto no caso paradigma como no pendente de julgamento.

⁸⁸ CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 221, p. 13-48, jul. 2013, p. 38-39.

Entende-se que a revogação de uma lei que não retira a validade do precedente, mas sim provoca uma hipótese de distinção. O precedente X, que versava sobre a Lei Y, ainda está latente no sistema, de forma que todo caso que emanar a aplicação de Lei Y, mesmo que esta tenha sido revogada, demanda a aplicação do precedente X⁸⁹.

O ônus argumentativo é ainda maior quando se trata do intérprete-juiz, que, ao decidir, não pode seguir uma opinião estritamente pessoal, mas deve respeitar a tradição como fator de estabilidade do direito, o que demonstrará uma decisão com caráter intersubjetivo. A motivação da fundamentação guarda relação direta com a sua não arbitrariedade. Não basta que a decisão seja equitativa e aceitável; deve ser também de acordo com o Direito em vigor⁹⁰.

Por outro lado, o parágrafo terceiro do art. 927 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de modulação dos efeitos da alteração desde que para satisfazer o interesse social e a segurança jurídica. No entanto, o dispositivo se restringe às hipóteses de modificação de jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores e julgamento de casos repetitivos.

Entende-se que as razões que justificam a modulação de efeitos dessas duas hipóteses, se prestariam a explicar a modulação de efeitos de qualquer dos tipos de precedentes judiciais previstos nos incisos art. 927 do Código de Processo Civil, de forma que, a modulação de efeitos também pode ser aplicada aos demais casos.

Assim, a modulação de efeitos da decisão, desde que observado o interesse da coletividade, constitui uma técnica, por vezes, necessária para evitar injustiças.

A Corte americana, trabalha, geralmente, com três modulações diferentes: (i) *a retrospective overruling*; (ii) *a prospective overruling*; (iii) *a anticipatory overruling*.

⁸⁹ Nesse sentido Gustavo Lyrio Julião aduz sobre o manejo da reclamação, prevista no art. 988 do Código de Processo Civil: “A reclamação somente é cabível se o precedente descatado for anterior à decisão ou ao ato impugnado e desde que esteja apto a 211 produzir efeitos na realidade prática. A publicação do precedente é condição *sine qua non* para a eficácia obrigatória da *ratio decidendi*, a não ser que tenha seus efeitos modulados para momento posterior (art. 927, §3º do CPC/2015)” (JULIÃO, Gustavo Lyrio. *Reclamação: do comando judicial aos precedentes*. 2018. 221 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018. Disponível em: https://sappg.ufes.br/tese_drupal/tese_12448_Gustavo%20Lyrio%20Juli%E3o.pdf. Acesso em: 25 fev. 2022.)

⁹⁰ PERELMAN, Chaim. *Retóricas*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 222-223.

A primeira é utilizada quando a revogação opera efeito *ex tunc*, não permitindo que a decisão anterior, então revogada, seja invocada como paradigma em casos pretéritos que estão pendentes de julgamento⁹¹.

Na segunda o precedente é revogado com eficácia *ex nunc*, ou seja, ele continua a ser aplicado aos casos pretéritos ainda pendentes de julgamento, sendo que em relação à análise dos fatos ocorridos após a mudança de entendimento serão aplicados o novo precedente estabelecido pela Corte⁹².

Por sua vez, a terceira se trata da revogação preventiva do precedente pelas Cortes inferiores, pela razão de não ser mais “*good law*”. Ou seja, os órgãos que têm competência de aplicar o precedente, verificando que não condiz mais com a realidade do Direito, já prevendo que em breve será revogado pelo órgão competente, realiza sua revogação antecipada para aquele caso⁹³. Essa revogação antecipada do precedente se assemelha ao controle de constitucionalidade difuso do ordenamento jurídico brasileiro. É como se o próprio magistrado, que não tem poder de revogar a lei.

Nesse sentido, é importante que o órgão competente, ao estabelecer o precedente judicial com força vinculante, se preocupe com os efeitos da mudança de entendimento que cria ou altera um precedente, a fim de se evitarem prejuízos para a sociedade, e, além disso, dar efetividade à segurança jurídica, quando possível, em detrimento de outros valores.

O mínimo que se espera nesses casos é que as mudanças sejam sazonais, mas quando tiverem que ocorrer, que aconteçam de forma branda, evitando ao máximo o prejuízo para a sociedade e se esquivando de frustrar as expectativas de direito.

⁹¹ SARTOR, Giovanni. *Il precedente giudiziale*. Disponível em: < <https://www.docenti.unina.it/webdocenti-be/allegati/materiale-didattico/268258>>. Acesso em: 17 fev. 2022. 262.

⁹² SARTOR, Giovanni. *Il precedente giudiziale*. Disponível em: < <https://www.docenti.unina.it/webdocenti-be/allegati/materiale-didattico/268258>>. Acesso em: 17 fev. 2022. 262-263

⁹³ SARTOR, Giovanni. *Il precedente giudiziale*. Disponível em: < <https://www.docenti.unina.it/webdocenti-be/allegati/materiale-didattico/268258>>. Acesso em: 17 fev. 2022. 262-263

2. O PRECEDENTE E SUA NORMATIVIDADE

Para se entender a aplicabilidade do precedente no cenário jurídico brasileiro, é mister explanar acerca da normatividade, eis que é por meio dela que o precedente se impõe. Assim, o caminho a ser trilhado remonta a importância da linguagem na construção normativa, bem como suas implicações no Direito.

2.1. O PAPEL DA LINGUAGEM NA CONSTRUÇÃO DA NORMA

Não há como negar o protagonismo da linguagem na sociedade em que vivemos. Ela está presente no nosso dia a dia assumindo, cada vez mais, um papel imprescindível na vida do homem em sociedade, estabelecendo-se como uma ferramenta que viabiliza o processo comunicacional.

Por vezes, a humanidade conferiu poder a linguagem, seja através da oração ou de crenças, como o receio de atrair coisas ruins por dizer algo ou até mesmo provocar a ira de um Deus⁹⁴.

Somente com o advento do pensamento da linguagem, houve uma virada linguística na Filosofia, originando o movimento conhecido como giro-linguístico⁶ cujo maior expoente é o filósofo Ludwig Wittgenstein – autor da célebre frase “os limites da minha linguagem denotam os limites de meu mundo”⁹⁵ –, a filosofia se debruçou de forma especial sob as implicações da linguagem na percepção do mundo. Ou seja, o universo em que habitamos é o mundo da linguagem, sendo esta criada a partir das percepções humanas extraídas dos sentidos.

⁹⁴ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 25-27.

⁹⁵ O autor em sua obra também afirma: “Que o meu é o meu mundo, isto se mostra porque os limites da linguagem (da linguagem que somente eu compreendo) denotam os limites de meu mundo”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Gianotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968, p. 111.

Nesse sentido, Dardo Scavino assente que o giro-linguístico se apresenta como uma doutrina que acredita que teorias científicas ou discursos metafísicos não descobrem a realidade, mas a criam⁹⁶.

Para tanto, entende-se que “[...] a linguagem não é o espelho da realidade. Trata-se de mundos tão distintos quanto não interseccionáveis. A linguagem per se, é auto-subsistente”⁹⁷.

O que se pretende dizer é que o ser humano, por mais que se esforce para descrever um objeto de estudo em sua completude, é falho e jamais alcançará 100% de precisão, isso em decorrência das limitações dos sentidos humanos, sendo possível reconhecer que há algo além do que podemos compreender e perceber. Logo, o objeto no plano empírico jamais vai corresponder perfeitamente à sua descrição no plano linguístico.

Sendo assim, aceitando a condição de imperfeição do cientista – pessoa humana que se dedica a descrever e estudar o mundo empírico para adquirir conhecimento –, este passa a examinar o objeto com maior detalhamento possível. Embora seja utópica a ideia de esgotar um objeto, o cientista segue nessa caminhada sem fim.

Para realizar essa descrição, o cientista utiliza a língua como instrumento de trabalho. Segundo Paulo de Barros Carvalho, a língua consiste em um sistema de signos em vigor em uma determinada comunidade, sendo o mecanismo pelo qual se desenvolve a comunicação, também pode-se entender como um sinônimo de idioma devido a ambiguidade da palavra⁹⁸. Por sua vez, Tárek Moysés Moussalem afirma que “o mundo circundante é constituído pela linguagem porque essa se encontra inevitavelmente atrelada ao conhecimento”⁹⁹.

Como foi dito anteriormente, a linguagem é uma premissa para o conhecimento, isso porque este decorre de um processo comunicacional. Logo, a linguagem é dinâmica, estando sempre em movimento, a todo tempo é transmitida de uma pessoa para outra. Esse processo comunicacional pode ser representado pelo triângulo semiótico que se compõe de três

⁹⁶ SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. Santiago Del Estero: Paidós Postales, 1999, p. 2.

⁹⁷ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 02.

⁹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015, p. 8-15.

⁹⁹ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 07.

elementos: a linguagem do sujeito cognoscente, a linguagem do sujeito destinatário sobre a linguagem do objeto-enunciado¹⁰⁰.

Isso representa a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos¹⁰¹. Nesse contexto, especialistas afirmam que as pessoas que nasceram surdas e aprenderam a linguagem de sinais, também pensam em gestos, enquanto pesquisas denotam que as pessoas que nunca sequer aprenderam libras têm o desenvolvimento da linguagem tão rudimentar que chega a ser quase instintivo, como fome, sede e vontade de dormir¹⁰².

Resta claro que é impossível falar em conhecimento sem linguagem, uma vez que a percepção é apenas uma etapa do conhecimento. No momento em que o sujeito aprende com o objeto, ele adquire linguagem, que se trata de uma percepção sensorial do que se refere ao objeto de análise¹⁰³. Isso porque o próprio pensamento é traduzido em linguagem.

No mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho aduz que o homem, como criador de conhecimento – com suas estruturas intelectuais –, é essencial para o alcance do conhecimento. Deduzir-se-ia, então que, sendo o homem a linguagem; sendo o homem essencial para se alcançar o conhecimento; logo seria a linguagem fundamental para o conhecimento¹⁰⁴.

Tudo isso foi dito para contextualizar o aspecto que talvez cause maior confusão no estudo jurídico: o fato de que o objeto de estudos é puramente composto por linguagem, sendo esta, eventualmente, imperfeita¹⁰⁵. Por vezes, os juristas transitam entre a linguagem e

¹⁰⁰ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 06.

¹⁰¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015, p. 8-15

¹⁰² “Ao adquirir a língua de sinais, o surdo passa a associar imagens aos sinais, da mesma forma que o ouvinte associa imagens aos sons da fala”, explica Olga Freitas, coordenadora de pós-graduação em Educação Especial da UCB. Quanto aos que nunca foram expostos à língua de sinais, não se sabe exatamente como seu cérebro funciona em termos de linguagem. “Às vezes, o desenvolvimento da linguagem é tão rudimentar que é quase instintivo: fome, sede, vontade de dormir”, diz Osmar Neto, otorrinolaringologista e professor da FCMSCSP. <https://mundoestranho.abril.com.br/ciencia/em-que-idioma-pensam-as-pessoas-que-nasceram-surdas/>.

¹⁰³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 1-8.

¹⁰⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015, p. 8-15

¹⁰⁵ “Na proposição “Rosa é rosa” (“Grün ist grün”) – onde a primeira palavra é nome de pessoa a última é adjetivo – ambas as palavras não têm apenas denotações, mas constituem símbolos diferentes. Nasce, assim, as confusões mais fundamentais (de que toda a filosofia está plena). WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Gianotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968, p. 67.

metalinguagem rompendo a barreira que separa ambos os planos¹⁰⁶, e acabam por confundir o papel de aplicador do direito com o de cientista do direito, sendo que ambos possuem atribuições completamente diferentes, embora não seja raro se encontrarem na mesma pessoa.

O Direito pertence à classe dos fatos culturais e, como tal, encontra-se necessariamente plasmado na linguagem em sua função prescritiva, objetivada em um *corpus* identificável na variedade dos textos normativos (texto entendido aqui como suporte físico).

[...] não se conhece os dados brutos. Eles só são conhecidos quando representados, pois conhecer é transformar o dado bruto em um objeto, em uma representação do dado bruto. Sabemos que conhecemos quando sabemos falar sobre algo, emitir proposições sobre algo, enfim, representar algo¹⁰⁷.

Com base no que foi dito, estabelece-se como premissa no presente trabalho a definição de linguagem sob a perspectiva da semiótica, visto que esta separa a realidade natural da cultural, dando enfoque somente na última¹⁰⁸. Além disso, destaca-se a

¹⁰⁶ Segundo Tárek, “utilizando-nos dos léxicos empregados por Vilanova temos dois níveis de planos linguísticos: 1) a linguagem-objeto (Lo), que seria a linguagem prescritiva em que se manifesta o direito positivo e; 2) a metalinguagem (L₁), que se traduz na linguagem descritiva do cientista do direito. Esta (L₁) versa sobre aquela (Lo)”. (MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 20.)

¹⁰⁷ TOMÉ, Fabiana del Padre; FAVACHO, Fernando Gomes. O que significa pragmático para o constructivismo lógico-semântico: a tríade linguística “sintático, semântico e pragmático” utilizada por Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho na teoria do direito. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 01, p. 274-290, 19 dez. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/24642>. Acesso em: 21 jul. 2021, p. 278.

¹⁰⁸ “A Semiótica não estuda, como se vê, nenhum tipo de “realidade natural”, mas sim a “realidade cultural” de uma comunidade, todas as espécies de sistemas sígnicos que o homem construiu ao longo dos séculos. O objeto da Semiótica é estudar um “conhecimento” da realidade fenomênica, tal como ele se espelha nos diferentes sistemas linguísticos que *re-criam* – no sentido literal, *criam de novo* – essa realidade. Os mitos de quadros de pintura, o alfabeto Morse e os sistemas de relações de parentesco, os cardápios e as peças musicais, as modas indumentárias e os processos de adivinhação, as instituições, como o Direito e os jogos desportivos, possuem todos uma série de propriedades específicas que os investe de um papel social: são, todos, *linguagens* no sentido mais vasto da palavra. Essas linguagens são capazes de expressar, sob diferentes modalidades de substâncias significantes, o mesmo significado básico; todos esses sistemas sígnicos exprimem aspectos de uma particular *modelização do mundo*, uma *imago mundi* intuída pela sociedade que criou esses sistemas. É na medida em que estuda tais sistemas que a Semiótica “constitui a ciência das ideologias”, no seu *plano de conteúdo*, constituindo, ao mesmo tempo, a ciência das retóricas, no seu plano de *expressão*”. (LOPES, Edward. *Fundamentos da linguística contemporânea*. São Paulo: Cultrix, 2000, p. 160).

diferenciação entre os seus níveis, a fim de evitar confusões entre a linguagem objeto de estudos e a linguagem descritiva desse objeto, também denominada metalinguagem¹⁰⁹.

Nos dizeres de Vilanova¹¹⁰, o sistema “é a forma sintática de união de proposições dentro de um conjunto”¹¹¹. Conclui-se, pois, serem duas as marcas do sistema: (1) conjunto no qual os elementos se relacionam (2) perante uma referência determinada. É devido a essa referência que os elementos se relacionam.

Dito isso, dentro do presente objeto de estudo, dois sistemas possuem maior relevância¹¹², vez que apresentam uma relação muito próxima, embora tratem de objetos muito distintos. Eles são: o sistema do direito positivo e o sistema da ciência do direito.

¹⁰⁹ “Um exemplo esclarece melhor: Vamos pensar na realidade direito, o que é o direito? Antes de tudo direito é uma palavra que comporta inúmeras significações, para estudar e saber o que é o “direito” alguém terá que delimitar o conceito desta palavra. Aquilo que chamaremos de “direito” será exatamente o que se enquadrar naquela delimitação. Neste sentido, o nome “Constructivismo”, quando o cientista delimita um conceito, cria aquela realidade cientificamente. Ao delimitar o conceito da palavra “direito” eu crio a realidade “direito” para mim. O “Lógico-Semântico” porque a criação deste conceito, para se garantir a credibilidade da construção, deve estar amarrado estruturalmente e significativamente aos referenciais filosóficos, às premissas que o fundamentam e aos outros conceitos dele decorrentes. No caso do nosso exemplo, ao delimitar “direito” como “o conjunto de normas jurídicas válidas num dado país”, seria incoerente dizer linhas à frente que este é composto por princípios e normas jurídicas, para construir um discurso científico coerente ou teremos que mudar nosso conceito de direito (para “o conjunto de princípios e normas jurídicas válidos num dado país) ou admitir que “princípios” são normas jurídicas” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 15-16).

¹¹⁰ Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho foram os maiores precursores da escola jurídica criada no Brasil denominada constructivismo lógico-semântico. O constructivismo lógico-semântico se traduz em um método analítico-hermenêutico, de forma que envolve a decomposição de enunciados em níveis de linguagem simples, e, em seguida, a reconstrução de forma a obter a visualização da integra constitutiva objetiva. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 15.) Segundo Paulo de Barros Carvalho: “O constructivismo Lógico-Semântico é, antes de tudo, um instrumento de trabalho, modelo para ajustar a precisão da forma à pureza e à nitidez do pensamento; meio e processo para a construção rigorosa do discurso, no que atende, em certa medida, a um dos requisitos do saber científico tradicional. [...] O modelo constructivista se propõe amarrar os termos da linguagem, segundo esquemas lógicos que deem firmeza à mensagem, pelo cuidado especial com o arranjo sintático da frase, sem deixar de preocupar-se com o plano do conteúdo, escolhendo as significações mais adequadas à fidelidade da enunciação” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015, p. 55-57). Por sua vez, Lourival Vilanova: Aplicar as formas lógicas é substituir as variáveis por constantes fáticas, isto é, por símbolos de valor determinado, referente a fatos e objetos. As constantes lógicas como não, e, ou, se ... então são insubstituíveis por símbolos denotativos de objetos. São conectivos (partículas que a gramática denomina conjunções) que incidem em símbolos, construindo proposições e relações entre proposições” (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 28.).

¹¹¹ VILLANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005. p. 167.

¹¹² “O termo “sistema jurídico” carrega ao menos dois sentidos. O primeiro é de “ordenamento”, que encontramos a partir da leitura dos textos de lei. Esse sistema é formado por normas jurídicas e é composto por linguagem técnica, na qual o rigor dos termos científicos se mistura com a vulgaridade da linguagem natural. A

É importante distinguir o sistema do direito positivo do sistema da ciência do direito, uma vez que, este último é considerado nomoempírico da subclasse declarativo ou teórico, vertido em linguagem que se propõe a ser eminentemente científica.

Ciência do direito pressupõe os seguintes aspectos: (i) estrato de linguagem; (ii) artificialmente constituída; (iii) empregada na função teórica ou descritiva; (iv) encerrando feixe unitário de proposições; (v) animadas com pretensão verificativa; (vi) proposições que vertem sobre campo objetal uniforme e (vii) devidamente demarcado¹¹³.

Por sua vez, compreende-se que o direito positivo consiste em um sistema nomoempírico prescritivo autopoiético, isso porque o Direito é dotado de um conjunto de enunciados com função prescritiva válidos num intervalo de tempo e em dada localidade geográfica. Tais enunciados têm a função prescritiva, uma vez que possuem a finalidade de prescrever comportamentos a fim de regular as relações sociais¹¹⁴. Nas palavras de Norberto Bobbio, o Estado detém o monopólio do processo de produção jurídica válida dentro de seu território¹¹⁵.

Outra característica importante do direito positivo é a legitimidade, tendo em vista que o seu conteúdo (as normas jurídicas) deve ser proferido por autoridade competente segundo o teor legislativo do próprio sistema (no caso de um sistema autopoiético).

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho,

[...] o direito posto, enquanto conjunto de prescrições jurídicas, num determinado espaço territorial e num preciso intervalo de tempo, será tomado como objeto da cultura, criado pelo homem para organizar os comportamentos intersubjetivos, canalizando-os em direção aos valores que a sociedade quer ver realizados¹¹⁶.

segunda acepção é de “sistema da Ciência do Direito”, o qual é formado por um conjunto de proposições que descrevem o sistema do direito positivo. A Ciência visa a descrever o seu objeto, valendo-se da “linguagem científica”: discurso que substitui locuções imprecisas por termos com pretensão de univocidade” TOMÉ, Fabiana del Padre; FAVACHO, Fernando Gomes. O que significa pragmático para o constructivismo lógico-semântico: a tríade linguística “sintático, semântico e pragmático” utilizada por Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho na teoria do direito. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 01, p. 274-290, 19 dez. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/24642>. Acesso em: 21 jul. 2021.p. 276.

¹¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015, p. 55-57.

¹¹⁴ MOUSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 44-59.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 26.

¹¹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária*, 6. ed., Editora Saraiva, 2008 p. 4.

Do trecho citado, verifica-se que o ordenamento jurídico é concebido em sentido dinâmico como sequência de conjunto de normas, que se referem a uma série temporal de sucessivos sistemas do direito positivo. Ou seja, compreendendo que o Direito, enquanto composto normativo aplicável dentro de determinado território, está em constante alteração.

Nesse sentido, o material bruto dos comandos legislativos, mesmo antes de receber o tratamento hermenêutico do cientista dogmático, já se firma como expressão linguística de um ato de fala. Onde houver um texto haverá sempre a possibilidade de interpretá-lo, de reorganizá-lo e de repensá-lo, dando origem a novos textos de nível linguístico superior.

As normas jurídicas formam um sistema na medida em que se relacionam de várias maneiras segundo um princípio unificador. Todas as normas do sistema convergem para um único ponto – a norma fundamental –, que dá fundamento de validade à constituição positiva.

Unicidade quer dizer que só existe um sistema de direito positivo válido em determinado espaço de tempo e lugar, com critérios de afastamento de conflitos com outras normas provenientes de outros sistemas, que se contrapõem às regras de direito internacional que possui pluralidade de sistemas nacionais.

O sistema de direito positivo brasileiro é, portanto, unitário e homogêneo.

Diante disso, as diferenças básicas entre os dois sistemas residem no fato de que a função da linguagem no âmbito da ciência do direito é descritiva da linguagem-objeto do direito positivo. Por sua vez, a linguagem do direito positivo possui cunho prescritivo, regulamenta a conduta social.

Ademais, a ciência emite proposições jurídicas e o direito positivo, por meio do legislador, desenvolve normas jurídicas. As normas jurídicas provêm de atos de vontade, enquanto as proposições jurídicas decorrem de atos teóricos e, em seu conjunto articulado, constituem o sistema da ciência jurídica.

Ademais, o cientista não cria direito, apenas proposição jurídica sobre enunciados prescritivos advindos de atos de fala dos agentes competentes. Tal fato é relevante para se distinguir o que é norma jurídica do que não é.

Nesse sentido afirma Hans Kelsen:

A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. A ideia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito. A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito. O preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo; e esta função não é realizada pela via da interpretação do Direito vigente¹¹⁷.

Portanto, o papel do cientista de maior relevância ao Direito Positivo é a apresentação da maior quantidade de sentidos possíveis a ser atribuído a um texto normativo, para que, então, o órgão competente possa escolher a interpretação que entende ser a mais adequada ao caso dentro da moldura da lei.

Aurora Tomazini de Carvalho vai além, explicando que “quando um órgão aplica uma norma ele se pronuncia sobre o conteúdo do texto legislado, fixando juridicamente o sentido deste, com a produção de uma nova linguagem jurídica”. Ou seja, “[...] o que caracteriza a interpretação autêntica não é a situação do intérprete, é a produção de uma linguagem competente, no mais, ela é igual a qualquer outra”¹¹⁸.

Essa ressalva é importante para que se separe a figura do jurista e do juiz, que não é raro se concentrar na mesma pessoa. Por exemplo, Tício (nome fictício) enquanto jurista descreve um dispositivo legal dando a interpretação que entende ser mais adequada, atua como cientista do direito, não produzindo uma norma, mas mostrando uma possível interpretação.

Por sua vez, durante a atividade judicante que lhe foi conferida nos parâmetros legais, ao julgar um caso e aplicar a interpretação que entende ser correta, o magistrado competente para julgar o fato produz uma nova norma que passa a integrar o Direito Positivo que se insere.

¹¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 395.

¹¹⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 277-278.

Portanto, considera-se que o ordenamento jurídico não é formado apenas pelas normas gerais e abstratas – Constituição, leis, decretos, resoluções *etc.* –, mas também por outros tipos de normas, como as provenientes de sentenças, acórdãos, decisões administrativas, entre outras.

Importante destacar que, embora a ciência jurídica não crie normas, não se deixa de reconhecer sua importância para auxiliar o papel do autêntico intérprete do direito¹¹⁹.

2.2. O QUE É NORMA JURÍDICA

Norma jurídica, apesar de sugerir um único significado, é, na verdade, uma expressão polissêmica. Por isso, para uma melhor explanação do assunto e compreensão do tema, se faz necessário delimitar seu conceito no presente trabalho. Para tanto, considerar-se-á norma jurídica como unidade de sentido deôntico, estruturada formalmente e reguladora da conduta entre os sujeitos¹²⁰.

Nas palavras de Gabriel Ivo:

A norma jurídica prevê certa situação factual que em face da incidência transforma-se em fato jurídico. Por meio da hipótese de incidência a norma jurídica descreve certa situação de possível ocorrência no mundo natural. A incidência é o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do suporte fático que o sistema normativo reputou relevante para ingressar no mundo jurídico¹²¹.

Ressalte-se, o texto da norma é criado pelo legislador, mas a norma jurídica, em si, decorre da interpretação da autoridade competente. O texto, sem uma análise, é insuficiente, o que traz o conteúdo ao mundo cognoscível é a interpretação e construção de sentido. Afinal, o enunciado precisa ser interpretado para que seja compreendido.

¹¹⁹ IVO, Gabriel. *Norma Jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 184.

¹²⁰ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 70.

¹²¹ IVO, Gabriel. *Norma Jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 192.

E em que pese a norma somente surgir através de um esforço interpretativo do leitor, seja ele quem for, apenas a autoridade competente possui legitimidade para determinar qual interpretação deve ser considerada – e ele o faz, justamente, através do precedente judicial, o que será abordado de forma mais aprofundada oportunamente nesta pesquisa.

A norma define, considerando a relevância para a manutenção e progresso da vida social, quais são as condutas desejáveis dos seres humanos que a esta se submetem¹²².

Logo, a norma é considerada um dever ser, que gera uma consequência jurídica, esta que pode ser, ou não, uma sanção.

Sobre isso, embora haja a possibilidade de existir norma sem sanção, é esta que garante sua efetividade, sendo cabível o entendimento de que a preceito normativo está de fato completo quando possui uma sanção que efetive a sua eficácia.

Com base nisso, tem-se por estrutura base da norma “se p então q”.

De acordo com De Santi, norma jurídica pode ser considerada como “[...] a associação de um descrito a um prescritor, mediante a cópula do conectivo condicional, modalizado pelo functor deôntico neutro”, mas também pode ser compreendida como “a estrutura lógico-sintática de significação, que conceptua fatos ou condutas, representando-os como significações objetivas”¹²³.

Ou seja, a norma jurídica corresponde à descrição de um fato, mediante a imposição de uma condicionante de prescrição de conduta, sem a qual não existiria. Para se identificar a norma é necessário haver um enunciado expressado por meio de um suporte físico que, através de um trabalho mental do sujeito cognoscente, obtém a sua significação¹²⁴.

Portanto, a norma é um modo de linguagem, que se apresenta na forma de estrutura hipotética condicional, que relaciona o nexos de causalidade jurídica à descrição de um fato de possível ocorrência, e que, se verificado, pode gerar uma consequência – que é a sanção.

¹²² VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria da norma jurídica. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹²³ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento tributário*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 32.

¹²⁴ IVO, Gabriel. *Norma Jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 192.

Destaque-se que a lei é o texto que contém a norma (suporte físico), enquanto o enunciado prescrito seria um preceito que vincula “deonticamente a ocorrência de fato a uma prescrição (relação jurídica)”¹²⁵.

Segundo Lourival Vilanova, a norma jurídica possui, ainda, uma estrutura dual, a qual se divide em primária e secundária.

Seguimos a teoria da estrutura dual da norma jurídica: consta de duas partes, que se denominam norma primária e norma secundária. Naquela, estatuem-se as relações deonticas direitos/deveres, como consequência da verificação de pressupostos, fixados na proposição descritiva de situações fáticas ou situações já juridicamente qualificadas; nesta, preceituam-se as consequências sancionadoras, no pressuposto do não-cumprimento do estatuído na norma determinante da conduta juridicamente devida¹²⁶.

Na primária se insere a descrição do fato de possível ocorrência, estabelecendo relação com direitos e deveres previstos no ordenamento jurídico. Na secundária, é apresentada a norma sancionadora, estabelecendo uma relação de ordem não simétrica. A norma sancionadora pressupõe, primeiramente, a existência e, necessariamente, a incidência de uma norma definidora da conduta exigida. Sem a norma primária, carece de sentido a norma sancionadora¹²⁷.

Destaque-se que, em sua obra, Lourival Vilanova afirma que as denominações adjetivas “primária” e “secundária” não exprimem relações de ordem temporal ou causal, mas de antecedente para consequente lógico. Ou seja, para que ocorra a consequência prevista na norma secundária é pressuposto lógico que corra um fato que possua relação com a norma primária.

Não é possível se estabelecer uma sanção sem que haja um comportamento reprovável já previsto. O contrário violaria até mesmo o princípio da legalidade, na medida em que seria estabelecida a possibilidade de punir alguém por motivo qualquer, ou mesmo nenhum motivo.

¹²⁵ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento tributário*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 36.

¹²⁶ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 73.

¹²⁷ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p 72-73.

No entanto, o contrário não ocorre. A norma primária não pressupõe a existência da secundária – embora, como já mencionado, seja a secundária que garante a sua eficácia. Exemplo disso está no §2º do art. 242, da Constituição Federal, o qual determina que o Colégio Pedro II deve ser estabelecido no Rio de Janeiro, e na órbita Federal, sem apresentar qualquer penalidade por seu descumprimento.

Nesse contexto, a estrutura lógico-sintática da norma corresponderia à construção lógica em que contém uma hipótese condicional, isto é, abrangeria uma circunstância que descreve uma situação hipotética no mundo dos fatos associada a uma consequência prescritiva de uma relação jurídica modalizada pelos vetores da norma.

Na linguagem formalizada: $D[(p \rightarrow q).(-q \rightarrow S)]$

A norma jurídica apresenta composição dúplice, consta de duas proposições normativas, duas normas jurídicas que, enlaçadas, constituem um só preceito normativo completo.

A primeira prevê o nascimento de uma relação deontica, prescritiva de direitos e deveres entre os sujeitos que enlaça, deflagrada da verificação dos fatos nela delineados. A segunda preceitua a sanção (resposta externa e institucionalizada, ato coativo por parte de um órgão do Estado), no pressuposto do descumprimento do estatuído na norma anterior. Cumpre notar que os destinatários dessas normas são diversos: a primeira, que determina o comportamento que evita a sanção, dirige-se aos cidadãos em geral; a segunda, impositiva das consequências sancionadoras, volta-se para os órgãos estatais credenciados para a imposição da sanção¹²⁸.

Essa estrutura dual da norma jurídica completa tem suscitado a lavra de muitos trabalhos de construção jurídica e, geralmente, essas normas que compõem a bimembridade do preceito jurídico completo são nominadas por norma primária e norma secundária. A derradeira síntese das articulações que se processam entre as duas peças daqueles juízos, postulando uma mensagem deontica portadora de sentido completo, pressupõe, desse modo, uma proposição-antecedente, descritiva de possível evento do mundo social, na condição de

¹²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. Cap. XXXV.

suposto normativo, implicando uma proposição-tese, de caráter relacional, no tópico do consequente¹²⁹.

A regra assume, portanto, uma feição dual, estando as proposições implicante e implicada unidas por um ato de vontade da autoridade que legisla. E esse ato de vontade, de quem detém o poder jurídico de criar normas, expressa-se por um “dever-ser” neutro, no sentido de que não aparece modalizado nas formas “proibido”, “permitido” e “obrigatório”. “Se o antecedente, então deve-ser o consequente”¹³⁰.

O functor deôntico corresponderia ao dever-ser da norma, configurando-se na hipótese de haver a confirmação de que a relação-de-implicação seja verdadeira e que a conduta ocorra na realidade descrita na tese. Assim sendo, tem-se functor deôntico com incidência sobre a relação-de-implicação entre hipótese e tese e mais outro functor deôntico no interior da estrutura proposicional, cujos valores substituintes são as constantes deônticas "permissão", "proibição" e "obrigação"¹³¹.

De outro ponto de vista, a norma jurídica busca garantir a segurança jurídica ao universalizar as condutas de forma que todos sujeitos que estão em determinado tempo e espaço devem respeitá-las indiscriminadamente¹³².

Estabelecidas tais proposições, passar-se-á à análise das possíveis classificações normativas a fim de estabelecer as premissas necessárias para identificar sob qual classificação o precedente judicial vinculante se encaixa.

¹²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. Cap. XXXV.

¹³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. Cap. XXXV.

¹³¹ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 102.

¹³² LAPATZA, José Juan Ferreiro. Norma jurídica y seguridad jurídica. *Revista de Direito Tributário*, n. 61. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 7-15. No mesmo sentido: CARVALHO NETO, Pythagoras Lopes de. *A diferenciação do Direito e a teoria imperativista da norma jurídica*. 2007. 254 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 65-68.

2.3. CLASSIFICAÇÃO NORMATIVA

Conforme consta no dicionário da língua portuguesa, o signo classificar significa “distribuir(-se) em classes e nos grupos respectivos, de acordo com um método ou sistema de classificação”¹³³. Isto é, a palavra de classe, porquanto reúne vários objetos sob características comuns, forma conjuntos de elementos inter-relacionados, aglutinados diante de uma referência determinada¹³⁴.

Nesse mesmo sentido, Ricardo Gubourg, Alejandro Guigliani e Ricardo Guarinoni:

La agrupación de los objetos em clases – llamada *clasificación* – es un acto intelectual que en la mayoría de los casos cumplimos inadvertidamente, pues, como ya vimos, no es inculcado junto con el lenguaje. Todo lenguaje, en la medida em que se halla compuesto por palabras de clase, presupone um complejo sistema de clasificaciones, y; aunque los idiomas de culturas semejantes tienden a adoptar clasificaciones parecidas, cada lenguaje tiene sus propias peculiaridades¹³⁵.

Faz-se necessário ter em mente que o ato de classificar é unilateral do cientista do direito, ou seja, o pesquisador, observando o objeto de estudos, aponta para ele e diz o que é e o que não é. Trata-se de um ato de valoração criado a partir da interpretação realizada pelo jurista¹³⁶.

Por ser um ato unilateral, é natural que haja divergências, mais do que isso, uma classificação adotada não exclui outras, porém se mostra mais adequada dentro das premissas e do recorte metodológico adotados, por exemplo, não é adequado classificar plantas em

¹³³ EDITORA MELHORAMENTOS LTDA. (ed.). *Dicionário Michaelis*. 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=dDBV>. Acesso em: 28 fev. 2022.

¹³⁴ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 1-22.

¹³⁵ Tradução livre: O agrupamento de objetos em classes – denominado de classificação - é um ato intelectual que na maioria das vezes realizamos inadvertidamente, uma vez que, como já vimos, não é inculcado junto com a linguagem. Cada idioma, na medida em que é composto de palavras de classe, pressupõe um sistema complexo de classificações, e; embora as línguas de culturas semelhantes tendam a adotar classificações semelhantes, cada língua tem suas peculiaridades. (GUBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. *Introducción al Conocimiento Científico*. Buenos Aires, EUDEBA, 1985, p. 39).

¹³⁶ “Vale lembrar que os critérios classificatórios, responsáveis pela conotação (conceito) das classes são determinados por atos de escolha do classificador, de modo que, as classificações não existem prontas no mundo, são construídas pelos homens, de acordo com suas finalidades cognoscitivas. Por este motivo, não existem classificações certas ou erradas, mas sim úteis e não úteis. Há aquelas que se prestam a descrever certos objetos sob determinadas premissas e aquelas que não se prestam”. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 146).

mamíferos e ovíparos. Isso porque, o ato de classificar não pode modificar o objeto de estudos, apenas serve para descrevê-lo a fim de entender sua extensão.

Para tanto, classificam-se as normas, para fins do presente estudo, com base nas seguintes características. Uma norma pode ser dotada de maior ou menor grau de concretude, ou seja, o Poder Legislativo produz normas gerais e abstratas que possui o escopo de regulamentar a conduta em sociedade, por outro lado o juiz, ao aplicar a lei ao caso deduzido em juízo, realiza a individualização da norma para o caso analisado, formando um preceito individual para as partes.

Seguimos a teoria da estrutura dual da norma jurídica: consta de duas partes, que se denominam norma primária e norma secundária. Naquela, estatuem-se as relações deontológicas direitos/deveres, como consequência da verificação de pressupostos, fixados na proposição descritiva de situações fáticas ou situações já juridicamente qualificadas; nesta, preceituam-se as consequências sancionadoras, no pressuposto do não-cumprimento do estatuído na norma determinante da conduta juridicamente devida¹³⁷.

Pode-se examinar o caráter abstrato ou concreto da norma a partir de seu antecedente, já o caráter geral ou individual, por sua vez, deve ser observado a partir de seu consequente¹³⁸.

Isso posto, podemos classificar as normas jurídicas (i) quanto à individualização do fato descrito em seu antecedente; (ii) e quanto à concretização da relação jurídica prescrita no consequente.

Sob o prisma do antecedente, (i) as normas podem ser i.a) abstratas ou i.b) concretas. Com relação ao consequente, (ii) as normas podem ser classificadas como ii.a) geral ou ii.b) individual.

¹³⁷ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 73.

¹³⁸ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 88-89.

2.3.1. Norma Geral

As normas serão classificadas como gerais quando os sujeitos da relação jurídica forem indeterminados, ou seja, qualquer sujeito de direito, que subsumir-se aos critérios prescritos no consequente, poderá estrelar a relação como detentor de direito subjetivo ou devedor de uma prestação jurídica.

Geral – quando seu consequente não individualiza os sujeitos da relação, regulando o comportamento de uma classe indeterminada de pessoas (ex: a norma de indenização por dano, disposta no Código Civil, que prescreve ter “o sujeito que provocou o dano, dever de indenizar o sujeito lesado, na proporção do dano causado” – as classes “sujeito que provocou o dano” e “sujeito lesado” só serão determináveis quando verificado o dano)¹³⁹.

Nesse sentido, a norma é geral possui essa característica quando não é possível determinar o sujeito passivo da relação¹⁴⁰.

2.3.2. Norma Abstrata

Uma norma é denominada abstrata quando possui uma previsão, em seu antecedente, que ainda não ocorreu na realidade fenomênica. Essa norma possui apenas os critérios conotativos de identificação do fato, não o fato em si.

Esta é a lição de Tárek¹⁴¹: [...] o antecedente da norma abstrata é um enunciado conotacional, não podemos afirmar, com rigor linguístico, existir um fato jurídico. O antecedente da norma abstrata possui critério de identificação de um fato jurídico, não o fato propriamente dito.

¹³⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 373.

¹⁴⁰ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 89.

¹⁴¹ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 89.

No mesmo sentido são os dizeres de Aurora Tomazini de Carvalho: “Abstrata – quando seu antecedente descreve uma classe de acontecimentos de possível ocorrência, ou seja, contém critérios de identificação de um evento futuro e incerto, não determinado no espaço e no tempo (ex: ‘se causar dano a outrem’)”¹⁴².

2.3.3. Norma Individual

Já as normas individuais se opõem as normas gerais, e serão assim classificadas quando os sujeitos da relação jurídica forem perfeitamente individualizados: pode-se identificar quem é o devedor da prestação jurídica e quem é o sujeito ativo autorizado a exigila.

Individual – quando o consequente contém elementos que individualizam os sujeitos ativo e passivo, estabelecendo uma relação entre pessoas determinadas (ex: a norma de indenização por dano veiculada na sentença de um juiz, que prescreve “o dever de Marcos pagar R\$ 30.000,00 a Francisco, pelos danos que lhe causou”)¹⁴³.

A norma individual necessariamente deve conter a descrição do sujeito a que se destina a consequência, ou, até mesmo, um grupo de pessoas, porém desde que fácil identificação, por exemplo, os funcionários da empresa X.

2.3.4. Norma Concreta

As normas concretas descrevem a ocorrência da situação fática prevista no antecedente da norma abstrata, ou seja, no antecedente há a descrição do fato concretamente ocorrido que se subsume à exposição abstrata de uma norma jurídica abstrata, pois, “trata-se

¹⁴² CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 374.

¹⁴³ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 373.

de aqui de um enunciado denotativo, referente a um evento concretamente ocorrido e relatado em linguagem competente (fato) subsumido ao enunciado conotativo”¹⁴⁴.

De outro modo explica Aurora:

Concreta – quando o fato descrito em seu antecedente já se realizou em tempo e espaço determinados, a descrição aponta para um acontecimento passado, de existência concreta (ex: “as 10h 20min do dia 09/10/05, Luzia causou danos materiais a Maria, ao atear fogo em sua plantação de trigo”)¹⁴⁵.

Com base nesta classificação, pode-se elucidar que o termo “hipótese de incidência” se trata do antecedente da norma abstrata ao passo que o “fato jurídico” se refere ao antecedente da norma concreta.

2.4. POSSÍVEIS COMBINAÇÕES DAS CLASSIFICAÇÕES NORMATIVAS

Da combinação dessas quatro espécies normativas, podemos chegar a quatro tipos de normas, uma vez que a ordem do conjunto das classificações não altera o seu sentido, ou seja, classificar uma norma em “geral e abstrata” nada difere de classificar em uma norma “abstrata e geral”, o que diminuí drasticamente o número de combinações possíveis.

Também é descartado de plano as combinações entre a mesma espécie (norma geral e geral) por não fazer qualquer sentido, bem como categorizar em normas gerais e individuais/abstratas e concretas, por ser uma contradição lógica, visto que são classificações antagônicas.

Assim, nos restam as seguintes combinações das classificações normativas.

¹⁴⁴ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 89.

¹⁴⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 374.

2.4.1. Norma geral e abstrata

Esse tipo de norma representa grande parte do ordenamento por se tratar de uma forma comum de regulação de condutas. Vejamos a descrição de Aurora Tomazini de Carvalho:

Têm como hipótese a descrição de um evento futuro e incerto e seu conseqüente estabelece uma relação entre sujeitos não determinados, como exemplo podemos citar as regras que instituem tributos, tipificam crimes, geralmente aquelas instituídas, por leis (i.e. H – “se auferir renda” C – “aquele que auferir deve recolher aos cofres públicos federais certa quantia em dinheiro”; H – “aquele que subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel” C – “aquele que subtrair deve cumprir pena de reclusão de x a y anos”)¹⁴⁶.

Trata-se de uma norma que descreve um evento de possível ocorrência por sujeitos indefinidos ou parcialmente definidos. Destaca-se que a destinação da norma a um determinado grupo de pessoas não retira seu caráter geral, desde que não seja possível individualizá-lo imediatamente, por exemplo uma norma destinada à regular a jornada de trabalho dos seguranças de prédios públicos.

2.4.2. Norma geral e concreta

Nesse caso a norma mantém sua destinação a sujeitos indeterminados, alterando em relação ao evento, conforme segue:

Têm como antecedente a descrição de um acontecimento passado e seu conseqüente estabelece relações de caráter geral, entre sujeitos não especificamente determinados, como exemplo podemos citar as normas introdutoras (ex. A – “dado o fato da realização de processo legislativo, por autoridade competente” C – “todos os membros da comunidade devem considerar válidas as normas produzidas”)¹⁴⁷.

¹⁴⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 375.

¹⁴⁷ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 375.

Nesse caso, são normas que descrevem um evento já ocorrido, aplicando uma consequência a sujeitos indeterminados. À primeira vista é difícil encontrar na prática esse tipo de norma, no entanto o exemplo mais comum é o veículo introdutor de normas, que é a norma que inclui outros preceitos normativos no sistema.

Nos diplomas legislativos normalmente é descrito da seguinte forma: “O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei [...]”. Esse enunciado reproduz a ocorrência de um evento – aprovação pelo Congresso Nacional e sanção do Presidente da República da Lei X – e o destina a sujeitos indeterminados, submetendo a sua observância.

2.4.3. Norma individual e abstrata

Ao contrário da anterior, aborda normas com eventos de possível ocorrência aplicando consequências a sujeitos determinados, veja-se:

Descrevem, em suas hipóteses, também eventos futuros e incertos, mas prescrevem relações entre pessoas determinadas. São exemplos deste tipo de normas as regras que estabelecem condições (ex: H – “se ocorrer algum sinistro” C – “a seguradora x deve pagar a João o valor correspondente”)¹⁴⁸.

Trata-se de uma combinação comum em contratos, sendo raramente encontrada em legislações.

¹⁴⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 376.

2.4.4. Norma individual e concreta

Por fim, a norma individual e concreta é a com maior grau de precisão, possuindo sujeitos e relações definidas, veja:

Descrevem, no antecedente, um fato consumado no tempo e espaço e, no conseqüente, estabelecem relações jurídicas entre os sujeitos determinados; como exemplo, temos as produzidas pelas sentenças, que alcançam os casos concretos (ex. A – “dado o fato de João ter matado José” C – “João deve cumprir pena de reclusão de 8 anos”; A – “dado o fato de Maria ter auferido renda” C – “Maria deve recolher aos cofres públicos federais a importância de R\$ 5.000,00”)¹⁴⁹.

Essa é a mais comum do ordenamento jurídico tendo em vista que todas as normas em que os sujeitos e as relações estão descritos em sua completude, se enquadram nessa classificação.

2.5. CLASSIFICAÇÃO NORMATIVA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Um precedente judicial se trata de uma decisão que relata fatos de um caso concreto, analisa os argumentos ofertados pelas partes do processo para fundamentar seu julgamento e, com isso, decide a questão jurídica posta e põe fim a lide. O precedente judicial não é a norma em si. Somente com o exame dos fatos relevantes da causa, da questão posta em juízo e dos fundamentos invocados para decidir é que se torna possível compreender a “norma” que deu origem ao julgado¹⁵⁰.

¹⁴⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 376.

¹⁵⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, nº 1, 2018, p. 671.

No contexto da aplicação dos precedentes judiciais, é possível identificar duas espécies de decisões judiciais: as que criam o precedente e as que aplicam o precedente¹⁵¹. Sob o aspecto normativo, a primeira decisão tem o condão de produzir uma norma geral e abstrata; já a segunda aplica a norma geral e abstrata proveniente de um precedente anterior a casos concretos semelhantes.

A norma geral e abstrata, sob um viés da moldura normativa aludida por Hans Kelsen, pode-se analisar o precedente como uma moldura dentro de uma moldura. A norma jurídica extraída da interpretação da lei cria uma quadratura de fatos e o precedente judicial vem estreitá-la, diminuindo as possibilidades de interpretação da norma jurídica.

A compreensão dada à lei na sua aplicação ao caso concreto resulta no precedente vinculante. Essa característica se aproxima a matéria da interpretação autêntica, assim descrita por Hans Kelsen:

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para o caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral¹⁵².

Portanto, além de a lei conferir a possibilidade de o Poder Judiciário criar normas que têm poder vinculante, o precedente judicial se consagra dentro das balizas legislativas, de forma que busca o fundamento de validade dentro do próprio ordenamento jurídico¹⁵³.

Percebe-se que o produto do processo de criação de um precedente judicial é um enunciado prescritivo que soluciona o denominado *leading case*, ou seja, atuando no

¹⁵¹ GONÇALVES, Carla de Lourdes. O constructivismo lógico-semântico e os precedentes judiciais. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Constructivismo lógico-semântico*: Vol. III. São Paulo: Noeses, 2020. p. 245.

¹⁵² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 394.

¹⁵³ “Para o positivismo jurídico a decisão judicial é um “ato de vontade” mediante o qual o juiz pode escolher entre as diversas alternativas que se perfilam antes da decisão. Em geral ele escolhe, no repertório das regras jurídicas, aquela com base na qual irá incidir para, então, proferir sua decisão como sendo a única possível em vista de tal regra. Se no “livro das regras” não encontra nada, então ele invoca os princípios do direito, ou aplica a analogia, ou prevê consequências de sua decisão no futuro, de modo a não deixar de “decidir”. A decisão é vista, portanto, sempre como uma decisão do juiz, o resultado de sua operação mental (interpretação), algo que possa lhe ser atribuído enquanto consciência e órgão jurídico”. MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Princípios do Direito e o Paradoxo da Decisão. In: Cecília Caballero Lois; Gustavo Silveira Siqueira. (Org.). *Da Teoria da Norma à Teoria do Ordenamento*. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 97

consequente da relação jurídica, ao mesmo tempo em que cria um outro enunciado prescritivo, descrevendo um fato hipotético de possível ocorrência, o qual resultará em determinada consequência.

Assim, parece correto afirmar que o precedente é constituído por duas normas: uma geral e abstrata, sendo que esta servirá como o *leading case* que projetará efeitos aos demais casos futuros a serem julgados; e uma outra norma, individual e concreta, que resolve apenas aquele caso em questão, a pretensão resistida do processo.

Sendo assim, essa norma geral e abstrata figurará como premissa maior para solução de casos futuros, ou seja, na estrutura normativa está presente no antecedente da norma. Por sua vez, sua aplicação, pela autoridade competente, sempre resultará na criação de uma nova norma individual e concreta.

Ou seja, a norma geral possui um critério de identificação de sujeito, a norma abstrata apresenta parâmetros de reconhecimento de fatos. Por sua vez, a norma individual já compreende a determinação dos sujeitos da relação, e a norma concreta se refere aos fatos já ocorridos.

Embora ambas tenham a mesma origem, elas não se confundem. Como dito no primeiro capítulo, o enunciado pode construir mais de uma norma ao mesmo tempo.

A norma geral e abstrata se desprende dos fatos de forma que não se conecta a eles. A partir do momento em que o intérprete do direito faz a identificação das *ratione decidendi*, são reconhecidas as hipóteses de incidência do precedente. Isso implica dizer que a norma individual e concreta não importa mais, visto que já foram apontadas as razões de decidir que vão orientar a aplicação do precedente nos casos futuros.

Em consonância com esse entendimento, Marcus Seixas Souza aduz que a decisão judicial pode ser decomposta analiticamente em duas camadas. A primeira se refere à resposta da pergunta pelo que determinou a sentença quanto ao problema do caso concreto (perspectiva endoprocessual).

A segunda camada aborda o precedente, respondendo-se à pergunta pela norma geral que serviu como fundamento para a norma do caso (análise extraprocessual e referida à ordem jurídica e a outros casos semelhantes)¹⁵⁴.

Isso deixa bem clara a separação entre as duas normas analisadas. Embora as normas sejam facilmente identificadas e separadas, ambas caminham juntas, no sentido de que possuem a mesma origem com os mesmos embasamentos fáticos e de direito, porém cada uma destinada a uma função com características próprias.

Como dito anteriormente, com a revogação do entendimento anterior por meio do *overruling*, a decisão do caso paradigma não será modificada, mas apenas a norma jurídica que projetará efeitos aos casos futuros. Corroborando com a ideia de que a decisão judicial que gera o precedente judicial possui duas normas distintas, uma individual e concreta que apenas interessa ao caso concreto e outra geral e abstrata, que projetará efeitos aos casos futuros.

2.6. PRECEDENTE ENQUANTO FONTE DO DIREITO

No presente tópico, o precedente judicial será analisado sob a perspectiva do constructivismo lógico-semântico e da perspectiva “tradicional” de fontes do direito.

A expressão “fontes do direito”, de modo a ser analisada e compreendida, pode ser dividida nos dois vocábulos que a compõem, “fontes” e “direito”. Quando se refere a “fontes”, o termo usado faz referência àquilo que dá origem, etimologicamente, “lugar de onde se brota” algo¹⁵⁵.

No que diz respeito ao uso da palavra “Direito”, conhece-se que é dotada, como muitas outras palavras, dos vícios da linguagem¹⁵⁶, e isso torna necessário a especificação do

¹⁵⁴ SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: colônia e império*. 2014. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014, p. 26.

¹⁵⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: O Constructivismo Lógico-Semântico*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019. pág. 668.

¹⁵⁶ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 101-120.

sentido empregado, que é, nesse caso, o Direito como conjunto de normas jurídicas válidas em determinado espaço e tempo¹⁵⁷, que é o direito positivo.

A partir dessa conceituação, podemos dizer “fontes do direito” significa o “lugar” de onde se origina o direito positivo. Há de se dizer que não se trata de uma expressão com valor denotativo, mas sim empregada no sentido figurado¹⁵⁸, não cabendo dizer que o direito surge de um lugar físico, especificamente. Remete à análise da fenomenologia¹⁵⁹ da gênese normativa, tratando-se de uma conjuntura de eventos de ordem interna, porquanto o direito é um sistema que se autorregula¹⁶⁰.

Estudando o objeto por essa perspectiva intrassistêmica, não há de se falar em fontes que estejam fora desse escopo linguístico delimitado, desse corte metodológico¹⁶¹. Portanto, fontes sociológicas, históricas, psicológicas, entre outras, não são próprias dessa análise.

Trata-se de um processo mais refinado, de enunciação¹⁶² dos suportes físicos que compõem o objeto de estudo da dogmática jurídica, a partir dos quais se investiga o procedimento normativo que, como versou Riccardo Guastini, é o conjunto de atos regulamentares que têm como produto o documento normativo¹⁶³. É essa atividade orgânica, credenciada pelo sistema jurídico, que efetiva a produção de normas e cuja acessibilidade é restrita pelos limites da linguagem por ela oferecida ao cientista³⁵.

Atualmente, de acordo com o Tárek Moussallem, a expressão linguística fonte do direito pode ser traduzida de várias formas, como:

(1) O conjunto de fatores que influenciam a formulação normativa; (2) os métodos de criação do direito, como o costume e a legislação (no seu sentido mais amplo, abrangendo também a criação do direito por meio de atos judiciais e administrativos, e de transações jurídicas); (3) o fundamento de validade de uma norma jurídica – pressuposto da hierarquia; (4) o órgão credenciado pelo ordenamento; (5) o procedimento (atos ou fatos) realizado pelo órgão competente para a produção de normas – procedimento normativo; (6) o resultado do procedimento – documento normativo.¹⁶⁴

¹⁵⁷ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 101-120.

¹⁵⁸ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 101-120.

¹⁵⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015, p. 33.

¹⁶⁰ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 3ª. ed. São Paulo: Noeses, 2005. p. 43.

¹⁶¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015, p. 33.

¹⁶² MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 121-127.

¹⁶³ GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè Editore, 1998, p. 15-20.

¹⁶⁴ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 120.

Mais adiante o autor complementa, após uma análise crítica desses possíveis significados que podem ser atribuídos ao vocábulo “fontes do direito”, concluindo que é “a atividade exercida por órgão credenciado pelo sistema do direito positivo que tem por efeito a produção de normas, atividade essa inacessível imediatamente ao conhecimento humano, por carecer de linguagem”¹⁶⁵.

Nessa perspectiva, o próprio sistema do direito positivo elege órgãos legítimos para produção de normas estabelecendo a autoridade, e, como no regime democrático que vivemos, confere autoridade às normas e não ao agente produtor. De forma que, embora a fonte do direito seja o órgão legítimo para produção da norma, este não se confunde com a pessoa que o ocupa por determinado período.

Diferente do entendimento majoritário da doutrina brasileira, que entende fontes do direito como o próprio texto normativo, por exemplo as leis, decretos, portarias *etc.*, para fins do presente estudo, entende-se como sendo o órgão eleito pelo sistema do direito positivo para produção normativa.

Nesse ponto é importante abordar a questão da doutrina como fonte do direito. A problemática da doutrina como fonte do direito parte da análise histórica, conjuntural e, sobretudo, linguística. Parte da análise histórica em virtude da concepção do direito romano, essencialmente alicerçado nas proposições e práticas dos jurisconsultos na era arcaica, preocupando-se mormente com a forma em detrimento da matéria. À época, a doutrina tinha grande valor, uma vez que o conhecimento técnico dos gestos e palavras suprimia, muitas vezes, as ideias e interesses os quais eram discutidos¹⁶⁶. Por conta dessa origem doutrinária, urge a ideia de que a doutrina é fonte do direito.

Entretanto, entende-se que a doutrina é fonte formal, e não estatal, do direito, baseada no argumento de que produz conceitos e pareceres que contribuem para a aplicação e o controle do sistema jurídico¹⁶⁷.

¹⁶⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 126-127.

¹⁶⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 197.

¹⁶⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Teoria Geral do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 121-124.

Contudo, há de se destacar a análise linguística, uma vez que o direito é uma forma de linguagem¹⁶⁸. Sendo o direito, aqui delimitado pelo direito positivo, um sistema linguístico¹⁶⁹, de característica autopoietica¹⁷⁰, não há de se falar na doutrina como fonte do direito, uma vez que pertence a outro sistema, que é o sistema da Ciência do Direito¹⁷¹.

Analisando sob o objeto de estudo “fontes do direito”, há de se definir, antes de dar continuidade, o sentido empregado nas palavras “juízes”, “criam” e “direito”, em virtude da anfibologia a elas inerente, e o que é a jurisprudência.

A ambiguidade nos termos é evidente. “Juízes”, que pode designar tanto o indivíduo investido da função de magistrado quanto um conjunto desses órgãos jurisdicionais; “criam”, que pode remeter a um processo criativo permanente ou pontual; e “direito”, que possui diversas significações possíveis. Para os lindes desta análise, porém, constranger-se-á o sentido do termo “direito”, adotado como direito positivo, e “criam”, no sentido universal. Com relação ao termo “juízes”, ambos os sentidos serão aceitos.

Nesse sentido, Roberto Mielke Camatta defende que:

Ao fim, resta dizer que os precedentes não podem ser assumidos, pelo posicionamento ora adotado, como fontes do Direito. Isso se dá, pois, fontes do Direito são os atos de enunciação, os precedentes, por sua vez, são fatos jurídicos relevantes decorrente da enunciação que constitui a norma jurídica que determina a vinculatividade da sua *ratio decidendi* e dos seus fatos jurídicos. Dessa forma, não se pode coadunar com a ideia de que os precedentes sejam fontes do Direito e nem que eles criam outras normas, na verdade, eles compõem, conforme dito, parte elementar de uma norma jurídica. São, ao final, somente fatos jurídicos relevantes ou não, dependendo da forma como é introduzida no sistema¹⁷².

¹⁶⁸ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 25-56.

¹⁶⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 4-5.

¹⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 301.

¹⁷¹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: O Constructivismo Lógico-Semântico*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019. p. 681.

¹⁷² CAMATTA, Roberto Mielke. *Precedentes e fontes do direito: uma perspectiva da dogmática jurídica*. 2016. 135 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2016. Disponível em: https://sappg.ufes.br/tese_drupal//tese_10133_CAMATTA_ROBERTO%20MIELKE_2016.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022, p. 129

Apesar de concordar que os precedentes não são fontes do direito conforme conclui o autor, entende-se que dele é capaz de se extrair uma norma jurídica através da interpretação da autoridade competente para tanto. Portanto, o efeito prático é praticamente o mesmo, embora se reconheça que cabe a autoridade competente realizar a interpretação adequada da norma.

Importante ressaltar que a perspectiva “tradicional” de fontes do direito entende de forma diversa. Isso não quer dizer que um está certo ou o outro está errado, mas sim que se trata de conclusões baseadas em premissas diferentes.

3. INTERFERÊNCIAS DA CARACTERÍSTICA NORMATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Não é raro encontrar notícias e casos de inobservância dos precedentes judiciais na prática jurídica brasileira.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 211.607, afirmou que “[...] não é a primeira vez que o Tribunal de Justiça de São Paulo se comporta como um anarquista institucional e ignora as decisões da Suprema Corte”. O caso envolvia um homem condenado pela Justiça de São Paulo, que havia conseguido, em primeiro grau, a progressão de regime mediante o cumprimento de 40% da pena. Porém, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a decisão e fixou, arbitrariamente, o percentual de 60% do cumprimento da pena para a concessão do benefício¹⁷³.

Em sessão de julgamento da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, durante o julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* nº 126272/MG¹⁷⁴, que versava sobre o trancamento de uma ação penal por furto de dois *steaks* de frango no valor de R\$ 2,00 (dois reais) cada, o Ministro Sebastião Reis Jr. “desabafou”: “Onde já se viu a quantidade de questões que temos que julgar porque os tribunais e MP não aplicam nossos entendimentos?”¹⁷⁵.

Embora o Ministro tenha discutido a ausência de políticas preventivas e de ressocialização, ficou clara a sua indignação pela inobservância dos entendimentos – precedentes vinculantes e não vinculantes – do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁷³ CONSULTOR JURÍDICO. *Ao conceder Habeas Corpus, Gilmar chama TJ-SP de "anarquista institucional"*. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/conceder-hc-gilmar-chama-tj-sp-anarquista-institucional>. Acesso em: 06 mar. 2022.

¹⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 126272/MG. Relator: ROGERIO SCHIETTI CRUZ. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 15 jun. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2065041&num_registro=202000997385&data=20210615&formato=PDF. Acesso em: 06 mar. 2022.

¹⁷⁵ REDAÇÃO DO MIGALHAS. *STJ tranca ação penal de furto de steak de 4 reais: "Situação absurda": ministros lamentarem terem que decidir um caso de furto de valor tão insignificante diante do volume de processos na corte. Ministros lamentarem terem que decidir um caso de furto de valor tão insignificante diante do volume de processos na Corte*. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/346497/stj-tranca-acao-penal-de-furto-de-steak-de-4-reais--situacao-absurda>. Acesso em: 03 ago. 2021.

Por vezes, casos como o Habeas Corpus 699.572, em que uma pessoa em situação de rua foi presa em flagrante por furtar produtos alimentícios no valor total de R\$ 21,00 (vinte e um reais), chegam ao Superior Tribunal de Justiça para que sejam revogadas as decisões em sentido contrário ao entendimento já consolidado da Corte¹⁷⁶.

José Rogério Cruz e Tucci aponta que o exercício profissional expõe que há instabilidade nos precedentes do Tribunais Superiores sobre inúmeras questões importantes, sem que haja qualquer justificação plausível para tanto. Aduz ainda que, ao passo que o juiz não pode ser um escravo do precedente judicial, sob pena de violação da independência da persuasão racional¹⁷⁷, também lhe cabe o ônus argumentativo para afastar determinado entendimento consolidado. Isso porque, a tutela do sujeito que confia no judiciário não pode ser negada para que a magistratura exerça um poder discricionário inexistente¹⁷⁸.

A Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) realizou uma pesquisa no ano base de 2018 – portanto, três anos após a promulgação do Código de Processo Civil¹⁷⁹, que contou com a participação de 3.851 magistrados, sendo que 3.373 (88,1%) correspondem a juízes em atividade e 443 (11,6%) a inativos (aposentados voluntariamente ou não), outros 35 (0,3%) são magistrados afastados (postos em disponibilidade ou licença médica) ou não responderam a situação atual.

O questionamento realizado na pesquisa analisada consiste seguinte pergunta implementada aos magistrados: O(a) magistrado(a) deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes? Para melhor ilustrar, segue a reprodução das tabelas com os resultados dos estudos apontados.

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática nº 699572. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 14 out. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202103263009. Acesso em: 20 fev. 2022.

¹⁷⁷ Art. 371 do Código de Processo Civil de 2015: O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

¹⁷⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil e ideologia: subsídios estratégicos ao advogado do contencioso*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 176

¹⁷⁹ LUIZ WERNECK VIANNA. Associação dos Magistrados Brasileiros. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: Independente, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.

Juizes de primeiro grau em atividade¹⁸⁰					
Opções	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	Total
Discorda muito	593 24,4%	76 39,8%	17 13,4%	1 6,7%	687 24,9%
Discorda pouco	559 23%	57 29,8%	26 20,5%	3 20%	645 23,3%
Concorda pouco	802 33,0%	41 21,5%	42 33,1%	7 46,7%	892 32,3%
Concorda muito	476 19,6%	17 8,9%	42 33,1%	4 26,7%	539 19,5%
Total	2430 100%	191 100%	127 100%	15 100%	2763 100%

Em primeiro grau de jurisdição percebe-se que as opiniões são bem divididas, porém 51,8% dos entrevistados entendem que podem decidir sem se pautar em precedentes vinculantes. Acredita-se que seja natural essa categoria defender a sua não vinculação às decisões vinculantes visto que, em tese, podem almejar uma maior liberdade decisória.

No entanto, verifica-se que se trata de uma porcentagem alta, dentre os magistrados que responderam a pesquisa, de forma que esse entendimento provoca a insegurança jurídica ou até mesmo uma expectativa da parte de um direito que é incoerente com o ordenamento jurídico, fomentando a interposição de recursos.

¹⁸⁰ LUIZ WERNECK VIANNA. Associação dos Magistrados Brasileiros. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: Independente, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB_v-digital.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022, p. 77.

A depender do tipo de decisão que vai contra os precedentes judiciais nessa fase, pode gerar diversos prejuízos, como nulidades processuais e a necessidade de oportunização de novas provas, ocasionando uma dilação da duração processual, tendo em vista que, por vezes, será necessário a interposição de recursos para que sejam praticados os atos dentro do prescrito pelo ordenamento jurídico.

Juízes de segundo grau em atividade¹⁸¹					
Opções	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	Total
Discorda muito	81 27,7%	8 53,3%	8 23,5%	0 0,0%	97 28%
Discorda pouco	62 21,2%	3 20%	6 17,6%	1 16,7%	72 20,7%
Concorda pouco	97 33,2%	3 20,0%	14 41,2%	4 66,7%	118 34%
Concorda muito	52 17,8%	1 6,7%	6 17,6%	1 16,7%	60 17,3%
Total	292 100%	15 100%	34 100%	6 100%	347 100%

Os magistrados de segundo grau apresentam uma opinião bem semelhante à dos juizes ativos de primeiro grau. Aqui esse dado já gera uma certa estranheza, visto que os membros do Poder Judiciário têm a possibilidade conferida pelo ordenamento jurídico de criar alguns precedentes vinculantes, como é o caso das orientações do plenário ou órgão

¹⁸¹ LUIZ WERNECK VIANNA. Associação dos Magistrados Brasileiros. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: Independente, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022, p. 76.

especial do Tribunal (art. 927, V do Código de Processo Civil), incidente de assunção de competência e incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 927, III do Código de Processo Civil).

Em segundo grau de jurisdição, a não vinculação dos magistrados aos precedentes vinculantes das Cortes Superiores provoca ainda mais insegurança jurídica, principalmente por dois motivos, o acesso aos Tribunais Superiores para reforma dessas decisões é mais restrito e as matérias que cabem discussões nesses recursos são limitadas.

Portanto, deve-se considerar que existe um grau maior de dificuldade para reformar essas decisões, mais que isso, contribui com o retrabalho das Cortes Superiores, contribuindo com o aumento do número de casos pendentes de julgamento naqueles órgãos. Isso estimula a ideia de que os Tribunais Superiores atuem como terceiras instâncias de revisão de processos, o que vai de encontro com a função a que devem se estabelecer esses Tribunais.

Juízes e Desembargadores inativos¹⁸²					
Opções	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	Total
Discorda muito	60 18,2%	5 27,8%	7 15,6%	3 42,9%	75 18,8%
Discorda pouco	49 14,9%	2 11,1%	7 15,6%	0 0%	58 14,5%
Concorda pouco	115 35%	5 27,8%	15 33,3%	2 28,6%	137 34,3%
Concorda muito	105 31,9%	6 33,3%	16 35,6%	2 28,6%	129 32,3%

¹⁸² LUIZ WERNECK VIANNA. Associação dos Magistrados Brasileiros. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: Independente, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022, p. 76.

Total	329	18	45	7	399
	100%	100%	100%	100%	100%

Em relação aos Juízes e Desembargadores inativos, verifica-se que 66,6% entendem que o magistrado deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes.

Trata-se de uma porcentagem mais expressiva em relação aos magistrados ativos, de forma que, pode-se conjecturar esse resultado a partir da ideia de que são julgadores que exerceram o ofício antes da implementação dessa aproximação do ordenamento jurídico brasileiro ao *Common Law*, visto que buscam defender maior livre convencimento da categoria.

Ministros de Tribunais Superiores¹⁸³		
Opções	Número absoluto	%
Discorda muito	8	40
Discorda pouco	1	5
Concorda pouco	5	25
Concorda muito	6	30
Total	20	100

Por fim, esse último dado extraído da pesquisa salta aos olhos, visto que, como dito anteriormente, trata-se de ministros que compõem Tribunais que criam precedentes. Ou seja, de acordo com a pesquisa, mais da metade dos entrevistados negam a vinculação dos precedentes judiciais que eles mesmos produzem.

¹⁸³ LUIZ WERNECK VIANNA. Associação dos Magistrados Brasileiros. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: Independente, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022, p. 76.

Este dado, mais que todos os outros, revela a necessidade de mudança cultural em relação ao manejo dos precedentes, tendo em vista que o precedente judicial nas Cortes Superiores, ao ser estabelecido, precisa de um tratamento especial, com a consciência do órgão que o profere de que esse caso vinculará os órgãos hierarquicamente inferiores.

Sem isso será inviabilizada a posterior utilização dos precedentes enquanto casos paradigma para novos julgamentos. Disso também surge a necessidade de restrição do acesso às Cortes Superiores com o fito de atribuir maior tempo empregado a formação de precedentes com fundamentação de qualidade e exaustiva.

Ocorre que esta restrição também depende da correta aplicação pelos órgãos de primeiro e segundo grau de jurisdição quanto aos precedentes com força vinculante, a fim de afastar a necessidade de as Cortes Superiores atuarem como uma terceira instância de julgamento.

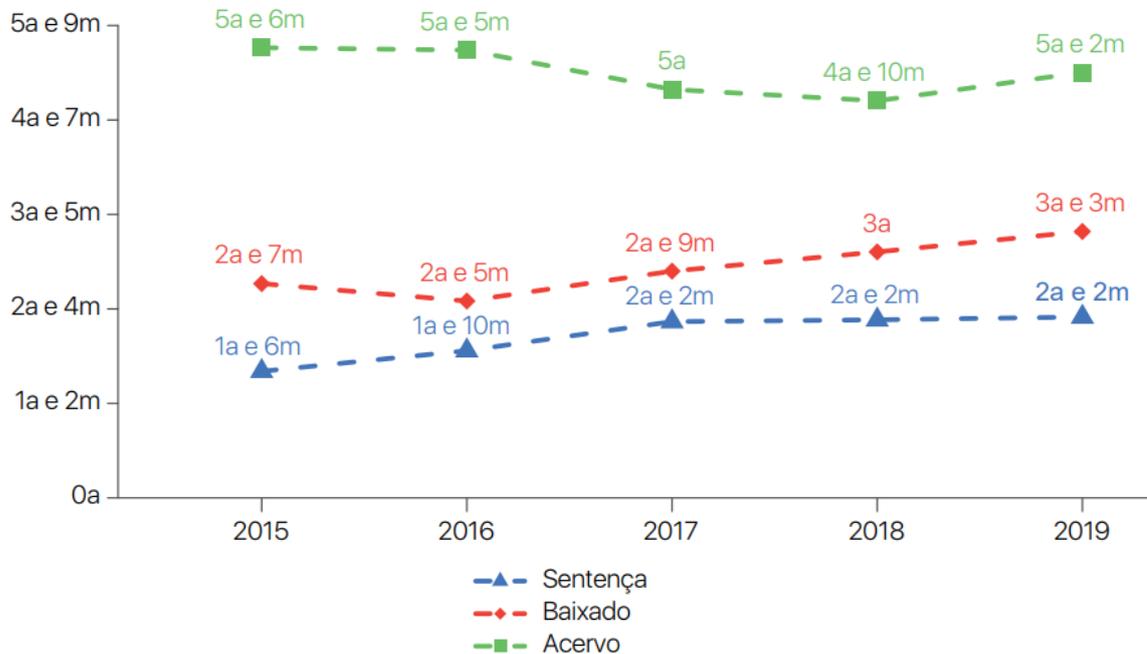
Por outro lado, a pesquisa constatou que quase todos os magistrados entendem que esse sistema emprega maior velocidade e segurança jurídica à atividade jurisdicional e, portanto, maior racionalização do Judiciário¹⁸⁴.

Em contraponto a essa informação, a pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – Justiça em Números – mostra que a implementação do Código de Processo Civil de 2015 não tem diminuído o tempo de tramitação do processo¹⁸⁵.

¹⁸⁴ LUIZ WERNECK VIANNA. Associação dos Magistrados Brasileiros. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: Independente, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022, p. 76.

¹⁸⁵ Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2022, p. 181.

Figura 132: Série histórica do tempo médio de duração dos processos



Desse dado temos três possíveis conclusões: o Código de Processo Civil, num panorama geral, não tem conferido maior celeridade processual, o sistema de precedentes judiciais não confere maior celeridade processual ou ele não vem sendo aplicado como deveria.

No entanto, parece ser prematura a conclusão de que os precedentes judiciais não colaboram com a celeridade processual, tendo em vista que as pesquisas analisadas no presente trabalho demonstram que os magistrados apresentam uma certa resistência em seguir os precedentes judiciais.

Outro estudo realizado sobre o tema demonstra que não é difícil encontrar casos concretos de inobservância dos precedentes formulados por Tribunais Superiores, conforme a pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV),¹⁸⁶ destacando que “uma vez que esses tribunais se manifestam também de forma reiterada sobre determinada questão jurídica,

¹⁸⁶ AMARAL, Thiago Bottino Do. Habeas Corpus: garantia constitucional ou panaceia universal? *Boletim IBCCRIM*, v. 246, p. 10, 2013. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ipea-mj_-_junho_-_2014_-_para_publicacao.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022, p. 100.

a saúde do sistema passa a depender da replicação desse entendimento pelos órgãos de primeira e segunda instância”.

O estudo realizado pela FGV corrobora a pesquisa anterior da AMB, pois atesta que o Brasil possui um sistema “doente”, no sentido de que as próprias regras procedimentais estabelecidas não são seguidas. Esse diagnóstico foi pautado na constatação de que boa parte dos processos que são encaminhados aos Tribunais Superiores por via recursal anseiam apenas a aplicação de entendimentos já pacificados.

Embora possa ser questionado se de fato a existência de enunciados vinculantes são capazes de reduzir a recorribilidade ou até mesmo a impetração de remédios constitucionais, a FGV apontou que houve uma queda no número de impetração no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal a partir de 2010 quando o STF editou as súmulas 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444 e 455¹⁸⁷. Tal fato nos leva a deduzir que a edição desses enunciados forma um obstáculo para interposição de recursos e remédios, haja vista a existência de uma resposta sedimentada pelo Poder Judiciário.

A fim de averiguar a motivação dos magistrados que negam a característica vinculante dos precedentes judiciais, buscou-se informações que poderiam contribuir com esse estudo.

Da entrevista do Desembargador Ricardo Henry Marques Dip, concedida ao site JusBrasil, se compreende um descontentamento com a vinculação dos magistrados pelas decisões de Tribunais Superiores (o Desembargador não faz distinção de quais decisões os vincularia) e percebe-se que utiliza alguns argumentos contrários a vinculação dos precedentes, como a independência funcional e a individualização de cada demanda¹⁸⁸.

Dito isso, emerge a seguinte reflexão, com base na informação da Associação dos Magistrados Brasileiros de que metade dos magistrados entendem que não devem se vincular

¹⁸⁷ AMARAL, Thiago Bottino Do. Habeas Corpus: garantia constitucional ou panaceia universal? Boletim IBCCRIM, v. 246, p. 10, 2013. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ipea-mj_-junho_-2014_-_para_publicacao.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022, p. 102

¹⁸⁸ DIP, Ricardo Henry Marques. *Magistrado não deve seguir jurisprudência como se fosse um soldadinho de chumbo*. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/452857024/magistrado-nao-deve-seguir-jurisprudencia-como-se-fosse-um-soldadinho-de-chumbo>. Acesso em: 20 fev. 2022.

aos precedentes e da pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas: qual seria a justificativa para tal negativa?

Embora essa resposta demande uma pesquisa empírica de longa execução, já que necessitaria da análise da justificativa de todos os magistrados brasileiros, é possível conjecturar algumas hipóteses, tais como: (i) livre convencimento absoluto, atrelado ao fomento do poder do magistrado (no sentido de estímulo à própria autoridade); (ii) magistrados mais antigos na carreira ainda presos ao paradigma da legalidade¹⁸⁹; e (iii) inconstitucionalidade do precedente judicial¹⁹⁰.

Destaca-se, mais uma vez, que se trata de uma pergunta retórica e que tais hipóteses são ventiladas, não havendo qualquer comprovação empírica disso, cabendo um estudo próprio para essa análise.

¹⁸⁹ “Primeiro, alega-se que o precedente vinculante equipara-se indevidamente à lei, porque vincula os futuros juízes a segui-lo, o que representaria violação ao princípio da reserva legal, previsto no ordenamento jurídico brasileiro no art. 5.º, II, da CF/88654. No entanto, essa crítica não procede, por duas razões principais. Inicialmente, não se pode reduzir o direito positivo à lei estrita, o que implicaria inclusive a inadmissão dos princípios gerais de direito e os costumes como fontes de direito. Ora, o juiz não está vinculado à lei estrita senão ao Direito, âmbito em que se inserem os precedentes”. (ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. 2011. 438 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/194323>. Acesso em: 26 jul. 2021, p. 137-138)

¹⁹⁰ “Salvo melhor juízo, o problema não está na possibilidade de o Judiciário estabelecer precedentes vinculativos que se assemelham à lei, senão na necessidade de se estabelecerem limites à sua aplicação e superação. Segundo, critica-se a aplicação da teoria dos precedentes por violar o princípio da separação dos poderes ou o princípio democrático, na medida em que o Poder Judiciário estaria criando fontes normativas, função precípua do Poder Legislativo, representativo da vontade popular, constituindo-se em legislador de segundo grau ou em constituinte derivado. Estar-se-ia, dessa forma, quebrando a harmonia e a independência que deve haver entre os poderes da República, além de comprometer a legitimidade democrática. No entanto, sabidamente essa visão estrita da separação dos poderes, própria da concepção jusracionalista, está superada, porquanto não há separação absoluta entre as três funções estatais senão divisão de poderes, tendo-se o objetivo de alcançar um “governo moderado””. (ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. 2011. 438 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/194323>. Acesso em: 26 jul. 2021, p. 138.). Também nesse sentido: E o apoio de Kelsen a respeito da função criadora do direito pelos tribunais é muito significativo: essa função, existente em todas as circunstâncias, diz ele, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão só um alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais. Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Algumas considerações sobre a constitucionalidade do precedente vinculante previsto no Código de Processo Civil. *Revista Brasileira da Advocacia*. Vol. 2. Ano 1. São Paulo: RT, 2016.)

Até mesmo no sistema de Civil Law, verifica-se que o magistrado está vinculado à aplicação do dispositivo legal correto, tendo sua função interpretativa ligada aos parâmetros que a própria lei estabelece¹⁹¹. Dessa forma, entende-se que a atividade jurisdicional não é livre, possui diretrizes a serem respeitadas, havendo limites quanto as possíveis interpretações a serem conferidas aos casos em julgamento¹⁹².

Cabe, agora, mais uma pergunta retórica: estariam esses magistrados corretos? Afinal, a adoção do sistema de precedentes vinculantes é boa para saúde do Direito brasileiro? Pode-se dizer que a introdução dos precedentes vinculantes no Código de Processo Civil gerou uma grande expectativa na comunidade jurídica de celeridade e unidade do direito.

Após cinco anos da vigência do Código, pode-se extrair algumas informações capazes de orientar a resposta da pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, a Justiça em números. Embora se tenha constatado que o tempo médio de duração do processo ter aumentado.

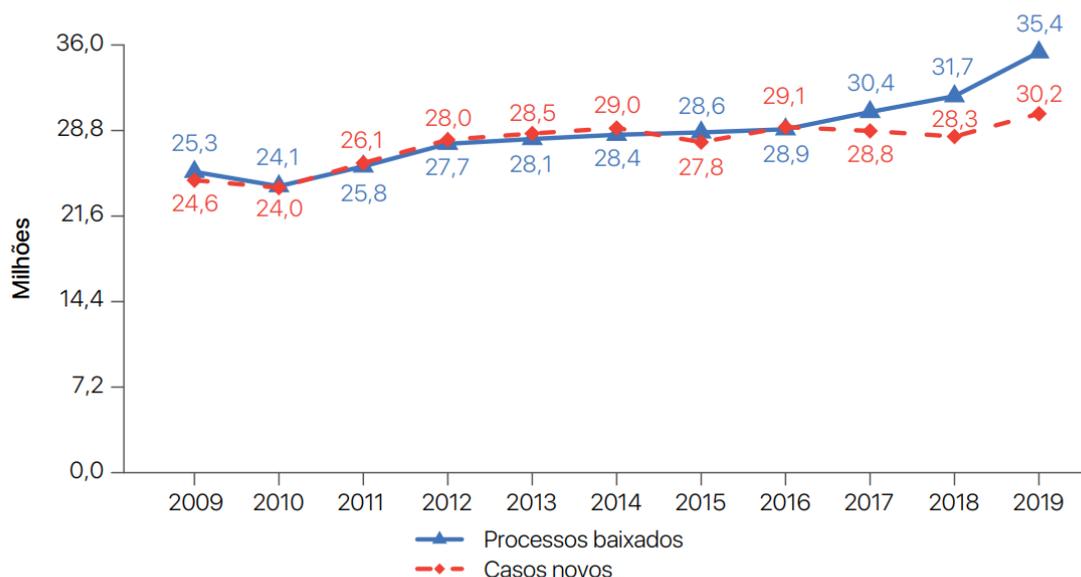
A pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça de 2020 (ano base 2019) demonstrou que, a partir da vigência do Código de Processo Civil em 2016, a quantidade de processos baixados tem aumentado, alcançando patamares superiores aos números de casos novos, de forma que se tem um cenário em que se arquivam mais processos do que se ajuízam, conforme pode-se verificar no seguinte gráfico¹⁹³.

¹⁹¹ “O quadro que emerge do processo judicial é precisamente o de uma atividade rotineira; o juiz se torna uma espécie de perito burocrata. Diante de situações fáticas para as quais uma pronta resposta legislativa será – salvo em casos excepcionais – rapidamente encontrada, a função do juiz se resume meramente a encontrar o dispositivo legal correto, subsumi-lo à situação fática, e chancelar a solução que é mais ou menos automaticamente produzida por aquela subsunção. Todo o processo de decisão judicial é construído para moldar-se ao silogismo formal da lógica escolástica. A premissa maior está na lei, os fatos do caso constituem a premissa menor, e segue-se inevitavelmente a conclusão. No caso incomum em que seja necessário ao juiz um trabalho intelectual mais sofisticado, ele ou ela deverão observar cuidadosamente parâmetros estabelecidos para não ir além dos limites de interpretação”. (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 66.)

¹⁹² ROCHA, Cláudio Jannotti da; MOUSSALLEM, Tárek Moysés; TAVARES, Pedro Machado. Precedentes Judiciais e suas Técnicas de Aplicabilidade no Arco Processual do CPC: em busca da integridade e coerência sistêmicas. *REVISTA MAGISTER DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL*, v. XVII, p. 5-23, 2020.

¹⁹³ Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2022, p. 93.

Figura 45: Série histórica dos casos novos e processos baixados



Sob o ponto de vista normativo, essa discordância com a vinculação ao sistema de precedentes judiciais sequer deveria ser pauta, considerando a sua classificação como norma geral e abstrata. Ou seja, a inobservância da aplicação de um precedente judicial, ressalvadas as hipóteses de demonstração da existência de *distinguishing* e *overruling*, caracterizaria uma decisão contrária às normas do ordenamento jurídico. Assim, o órgão julgador não pode se omitir diante do precedente vinculante; deve enfrentá-lo, seja para aplicar ao caso ou para afastar. Nessas duas situações, cabe ao magistrado fundamentar adequadamente sua decisão¹⁹⁴.

Em países de *Common Law*, que se fundaram na aplicação de precedentes judiciais, é comum que o magistrado expresse o seu entendimento pessoal fazendo uma ressalva de sua concepção no bojo da decisão, embora não possa fugir da subsunção do caso ao precedente judicial existente sobre o tema. Dessa forma, o julgador mantém sua independência expressando e defendendo seu pensamento em relação à análise jurídica do caso que fica

¹⁹⁴ Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – Vol. 1*. Rio de Janeiro Forense, 2016, p. 1.064-1.065. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo CPC comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 494.

registrado nos autos, podendo, inclusive, influenciar as Cortes Superiores na eventual mudança de interpretação¹⁹⁵.

Ou seja, vincular o juízo às normas não afeta a independência funcional para decidir como quiser, mas apenas lhe confere ferramentas para realizar seu dever funcional de julgar o caso apresentado pelas partes de acordo com o ordenamento jurídico vigente. Afinal, o magistrado sempre esteve vinculado às normas jurídicas, sejam de quais fontes forem; o precedente, como já visto, atua dentro do espectro normativo orientando as interpretações mais adequadas para o caso¹⁹⁶.

Outrossim, é possível compreender que a segurança jurídica, no sentido de previsibilidade das decisões judiciais, é um fator de desestímulo a longas discussões processuais já sedimentadas. Faz sentido pensar que se o outorgante tem certeza de que o direito assiste a parte contrária, evitará empregar forças em demandas judiciais que geram um alto custo financeiro de manutenção.

Segundo Marcelo Veiga Franco e Guilherme Costa Leroy, o Código de Processo Civil introduz diversas técnicas que desestimulam pedidos contrários aos precedentes estabelecidos no ordenamento jurídico, a fim de desencorajar ações temerárias, como a improcedência liminar do pedido prevista no art. 332, a possibilidade de deferimento de tutela de evidência fundada em casos repetitivos e súmula vinculante (art. 311, inciso II) e inadmitir recursos nos termos do inciso IV do art. 932¹⁹⁷.

Considerando este contexto, verifica-se que a inobservância aos precedentes vinculantes pode provocar a criação de decisões incoerentes com o sistema, gerando uma

¹⁹⁵ Nesse sentido: “O conhecimento privado do juiz pode sim ser utilizado no processo como decorrência de um princípio geral pelo qual o juiz pode utilizar seu conhecimento de máximas de experiência. Assim, o juiz poderá levar ao processo o seu conhecimento sobre os fatos, não aqueles fatos que constituem premissas menores que são conhecidos e delimitados pelas partes (que, parece, decorre daquilo que ele designa de *Verhandlungsmaxime*, ou máxima da contradição), mas aqueles fatos que constituem premissas maiores de um processo silogístico de valoração da situação concreta, ou seja, as máximas de experiência. (SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As máximas de experiência no processo civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 71)

¹⁹⁶ “A atividade propriamente jurisdicional do juiz consiste em dirimir uma lide cujo solucionamento supõe um mecanismo complexo, protetor de todos os interesses envolvidos e por hipótese contraditórios. O juiz tem, dentro dessa perspectiva, um poder duplo: o poder de dizer o direito (*jurisdictio*) ao declarar, entre as pretensões em conflito, a que é conforme ao direito em vigor e o poder de ordenar a execução de sua decisão (*imperium*), eventualmente pela força pública. (BERGEL, Jean-Louis. Teoria Geral do Direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 425.)

¹⁹⁷ FRANCO, Marcelo Veiga.; LEROY, Guilherme Costa. O efeito desjudicializante dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015. REVISTA DE PROCESSO, v. 267, 2017, p. 171-194.

expectativa equivocada para a parte com entendimentos que lhe favorece, mas não encontram respaldo no ordenamento jurídico. Mesmo assim, nota-se que não há graves consequências à inobservância deliberada dessas normas.

A omissão, o erro na aplicação ou a mera menção à norma em decisão de mérito ao precedente vinculante afronta o art. 93, inciso IX da Constituição Federal¹⁹⁸, entretanto apenas são atacados por embargos de declaração. Nessa parte, o Código de Processo Civil apenas inovou detalhando as hipóteses de cabimento dos declaratórios, conforme consta no art. 489. Veja-se:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Verifica-se que o legislador foi exaustivo ao elencar os vícios de omissão da sentença, muito embora se entenda que esse dispositivo é aplicado a decisões judiciais *latu sensu*. Inclusive, pode-se dizer que se trata de um texto normativo capaz de orientar a

¹⁹⁸ Art. 93 [...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

fundamentação das decisões não só nos processos regidos pelo Código de Processo Civil, mas também a outros ramos do direito como o Processo Penal¹⁹⁹ e o Processo do Trabalho²⁰⁰.

Sendo assim, ainda que a decisão judicial contrária ao precedente vinculante prevaleça sem que tenha sido reformada, o Código de Processo Civil cuidou de modificar as hipóteses de cabimento da ação rescisória, abrangendo seu escopo. Vejamos:

CPC/1973	CPC/2015
<p>Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:</p> <p>I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;</p> <p>II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;</p> <p>III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;</p> <p>IV - ofender a coisa julgada;</p> <p>V - violar literal disposição de lei;</p> <p>VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;</p> <p>VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;</p> <p>VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;</p>	<p>Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:</p> <p>I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;</p> <p>II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;</p> <p>III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;</p> <p>IV - ofender a coisa julgada;</p> <p>V - violar manifestamente norma jurídica;</p> <p>VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;</p> <p>VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;</p> <p>VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.</p>

¹⁹⁹ “Nesse sentido, o art. 489, § 1º, do CPC (LGL\2015\1656) se coloca ao processo penal como um parâmetro que define, exemplificativamente, o que não é uma decisão fundamentada. Essa aplicação da regra do CPC (LGL\2015\1656) ao diploma processual penal decorre de interpretação supletiva do art. 3º do CPP (LGL\1941\8) em conjunto com o art. 15 do CPC (LGL\2015\1656). Isso porque o dever de motivar já existe naquele sistema – o que desautoriza a aplicação da analogia pela ausência de lacuna –, de modo que a regra do art. 489, § 1º, do CPC (LGL\2015\1656) apenas lhes complementa o sentido”. (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; PINTO, Marcos Vinícius. A aplicação do artigo 489 §1º do CPC ao processo penal. *REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS*, v. 152, p. 315-346, 2019.)

²⁰⁰ ROCHA, Cláudio Jannotti da.; DE NADAI, Carlos Eduardo Silva. Direito Processual Civil e do Trabalho: noções gerais, comunicabilidade e noções de precedentes judiciais. *REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO* (SÃO PAULO), v. 210, p. 355-376, 2020.

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;	
---	--

Dentre as alterações realizadas, verifica-se que o inciso V do art. 966 do Código de Processo Civil de 2015, que antes previa o cabimento de ação rescisória no caso de violação à “lei”, mas com a mudança passou a endossar a prática dos Tribunais que já vinham admitindo ações rescisórias em face da decisão de mérito que violar “norma jurídica”, estando inserido o precedente vinculante.

Sendo assim, é possível compreender, pela análise do Código de Processo Civil, que a única sanção prevista ao magistrado que deixa de observar os precedentes vinculantes é a reforma de suas decisões, embora isso não seja, necessariamente, uma sanção.

Por outro lado, a Resolução nº 106, de 06/04/2010, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre critérios objetivos para a promoção de magistrados e o acesso aos Tribunais de 2º grau²⁰¹. Essa Resolução aponta que a aplicação de jurisprudência sumulada das Cortes Superiores deve ser considerada para fins de promoção de merecimento. Veja:

Art. 10 Na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, tais como índices de reforma de decisões.

Parágrafo único. A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006).

O Conselho Nacional de Justiça, antes mesmo da promulgação do Código de Processo Civil, já valorizava a aplicação de súmulas vinculantes e jurisprudência para fins de promoção por merecimento de magistrados ao cargo de desembargador.

²⁰¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 106, de 06 de abril de 2010. Dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau. Brasília, DISTRITO FEDERAL, Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_106_06042010_11102012191157.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.

Nesse sentido, é possível constatar que há poucas consequências jurídicas para o magistrado que deixa de observar os precedentes, de forma que, embora a legislação seja clara quanto à adoção de um sistema de precedentes, falta uma forma de exigir dos julgadores que preservem a saúde do processo aplicando tais entendimentos, ou, até mesmo, alguma forma de punição.

Percebe-se que muitas mudanças devem ser consideradas para que seja implementado de fato o sistema de precedentes judiciais da forma como o instituto foi pensado na origem.

Patrícia Perrone Campos Mello aponta as seguintes mudanças necessárias no cenário brasileiro para que se possa trabalhar seriamente com precedentes:

Torna-se, portanto, primordial: (a) que o Tribunal Constitucional, ao proferir suas decisões, desenvolva relatórios pormenorizados sobre os fatos considerados relevantes para as mesmas, e, bem assim, as fundamente de forma ampla, deduzindo todas as razões e considerações pertinentes; (b) que os juízes vinculados, igualmente, se dediquem a relatar pormenorizadamente os fatos relevantes e os fundamentos de suas decisões, em especial nos casos de distinção entre precedentes, de restrição e/ou de extensão de suas regras; (c) que as decisões sejam publicadas de forma imediata e completa, a fim de que se possa ter um compêndio atualizado sobre como se vem julgando cada matéria; (d) que tais publicações sejam organizadas, sistematizadas e haja ferramentas de busca eficientes e rápidas para sua pesquisa; (e) que a educação do Direito assimile estas novas demandas e métodos, e se adapte a eles, treinando adequadamente os profissionais no manejo de precedentes e reformulando seus métodos, se necessário; (f) que os advogados e as partes, assim como os magistrados, se habilitem no trabalho com precedentes, se familiarizem com os instrumentos aptos a viabilizar uma distinção, a justificar uma revogação, a possibilitar a aplicação de um precedente anterior²⁰².

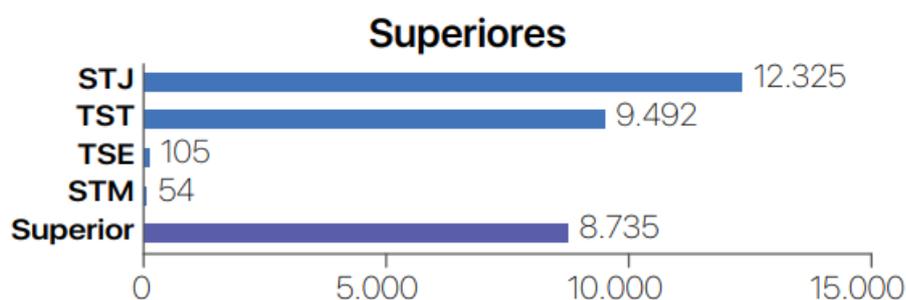
Das medidas sugeridas pela autora e com base nos dados expostos na presente pesquisa, percebe-se a necessidade de enriquecimento das decisões do Supremo Tribunal Federal, a fim de explicar exhaustivamente as questões de fato e de Direito pertinentes, a fim de orientar a compreensão do julgado e a identificação das *rationes decidendi*. A sugestão seria decidir bem e apenas uma vez, evitado reanálises sem fim. Isso facilitaria o trabalho dos operadores do direito na compreensão e aplicação da norma, além de diminuir as margens de discussões sobre possíveis interpretações do que foi decidido.

²⁰² MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 241, p. 177–208, 2005. DOI: 10.12660/rda.v241.2005.43370. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370>. Acesso em: 17 fev. 2022, p. 205.

Outro ponto importante é a necessidade de os juízes vinculados aos precedentes judiciais pormenorizarem os elementos do caso que ensejam a sua aplicação, em especial se a decisão for para afastá-lo. Este trabalho, assim como o anterior, é basicamente um exercício de convencimento das partes de que a decisão tomada é a mais adequada ao caso e fundado nas balizas do ordenamento jurídico vigente. Se essa sugestão não se prestar a convencer as partes, ao menos dificultará a interposição de recursos e facilitará o julgamento dos recursos que eventualmente sejam interpostos pela parte sucumbente.

De certo ponto de vista, faz sentido a inexistência de uma cultura que respeita os precedentes, uma vez que isso demanda solidez na coerência das decisões e uma robustez na fundamentação. Analisando friamente a quantidade de julgamentos realizados pelos ministros das Cortes Superiores, não é crível acreditar que os casos que estabelecem novos precedentes receberam a atenção que demandam.

Ao analisar a carga de trabalho dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho verificou-se uma quantidade absurda, conforme podemos analisar no gráfico a seguir, extraído da pesquisa Justiça em Números 2020²⁰³.



Esses indicadores mostram que cada Ministro do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2019, julgou 12.325 processos. Considerando que em 2019 tivemos 249 dias úteis, chegamos ao número aproximado de 49 processos julgados por dia. Essa carga de trabalho

²⁰³ Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2022, p. 108.

torna impossível a realização de um julgamento de qualidade, com a preocupação de se estabelecer precedentes que influenciarão na tomada de decisão nos casos futuros.

Trata-se de um dado que demonstra a necessidade de adequação do funcionamento das Cortes Superiores, para se adaptarem a mudança de paradigma que o ordenamento jurídico vem sofrendo, como já foi pontuado na presente pesquisa.

Percebe-se, diante dessas informações, que, pela quantidade de processos julgados por dia por cada ministro, é impossível que seja realizado um trabalho de larga discussão de teses jurídicas e de preocupação com as repercussões futuras das decisões judiciais.

Tanto é que está tramitando no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição nº 10 de 2017, a qual já foi aprovada no Senado Federal e que estabelece um filtro de relevância da questão de direito federal infraconstitucional discutida no caso para que seja admitido o recurso especial destinado ao Superior Tribunal de Justiça²⁰⁴.

Essa reforma é importante dentro de um ordenamento jurídico que adotou o precedente como norma jurídica, visto que, como aduzido no capítulo um desta pesquisa, o Superior Tribunal de Justiça tem estrutura de corte de cassação, contando com um número reduzido de ministros, enquanto atua como corte de revisão, caracterizada como uma terceira instância, reanalisando questões já decididas anteriormente pelo próprio órgão.

A publicidade imediata das decisões que estabelecem os precedentes judiciais com força vinculante é importante para que a sociedade tome conhecimento o quanto antes dos novos entendimentos, principalmente em se tratando dos que podem ser aplicados imediatamente. Além da aplicabilidade judicial, o precedente deve ser levado ao conhecimento de toda a sociedade para que possa organizar suas atividades dentro dos limites estabelecidos pelas normas.

Para isso, a adoção de sistemas e ferramentas que sistematizem e tenham a função de compilar os precedentes judiciais pode colaborar muito com a atividade jurídica, a fim de identificar os precedentes mais adequados aos casos.

²⁰⁴ Pode-se criticar se esse filtro é o mais adequado ao que foi deduzido na presente pesquisa, porém já representa alguma evolução diante do status quo em que se situa o Judiciário brasileiro. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128403>

Os dois últimos pontos que Patrícia Perrone Campos Mello sugere são os mais fundamentais e que têm a possibilidade de trazer maiores resultados ao longo prazo, pois estão ligados diretamente a educação e mudança na metodologia de trabalho, objetivando conferir aos operadores do direito o conhecimento necessário para a correta utilização dos precedentes judiciais.

Todos os pontos abordados pela jurista estão ligados a uma nova metodologia de trabalho que se adequa ao novo paradigma que vem gradualmente sendo estabelecido pelas alterações no ordenamento jurídico com a aproximação do sistema de *Common Law*.

Como dito anteriormente, os precedentes judiciais vinculantes vêm, ao longo dos anos, sendo paulatinamente construídos dentro do ordenamento jurídico, de forma que estamos no meio dessa transição para um trabalho com essa ferramenta que gere resultados práticos e efetivos, na esperança de contribuir para a solução dos problemas que o Poder Judiciário enfrenta na atualidade.

CONCLUSÃO

No Direito brasileiro, existe uma farta legislação, o que acaba por condicionar a atividade do magistrado à interpretação dos diplomas normativos, passando este a analisar quais normas se aplicam aos casos concretos e qual é a interpretação mais adequada à situação posta.

Ainda assim, o Direito vem sofrendo modificações paulatinas, levando à impressão de que está caminhando para a adoção do sistema *Common Law* – o qual pode ser definido como um sistema de organização judiciária em que o direito é, em grande parte, construído pela atividade judicante. Ou seja, em que pese as propriedades do Direito brasileiro impedirem que seja adotado o *Common Law* como sistema de Direito, é inegável a existência de uma aproximação a seus preceitos.

Essa aproximação se dá por meio da inserção formal do precedente judicial com força vinculante no ordenamento jurídico, embora ainda careçam de outras adaptações para que o precedente seja utilizado de forma apropriada.

No entanto, pode-se conjecturar os próximos passos para fomentar a utilização dos precedentes adequadamente, como o estreitamento das hipóteses de admissibilidade recursal para o acesso aos Tribunais Superiores e a utilização de filtros de relevância da discussão jurídica, representando uma alteração no papel dessas Cortes.

Embora seja possível esse estreitamento, a divergência entre decisões (dissídios jurisprudenciais) de um mesmo órgão sempre será uma hipótese de admissibilidade recursal, uma vez que a uniformidade do direito sempre será um objetivo a ser perseguido. Dessa forma, a divergência de decisões deve ser afastada, o que não significa dizer que os magistrados de primeira ou segunda instâncias deixarão de expressar suas interpretações jurídicas dos sobre os casos, mas que estarão vinculados a observância dos entendimentos das Cortes Superiores.

Os julgamentos das Cortes Superiores devem ser voltados aos juízes, Tribunais e cidadãos que deverão dar crédito a sua interpretação jurídica como normas a serem observadas para reger seus atos e prever as consequências destes. Isso se justifica, pela necessidade de se promover estabilidade e previsibilidade do direito para que o Direito seja,

de fato, um mecanismo de pacificação de conflitos. Afinal, sempre que houver uma divergência de interpretação jurídica de alguma questão nos Tribunais Superiores à parte sucumbente tenderá a recorrer na esperança de se beneficiar da interpretação que o favoreça.

Para, ainda, a necessidade de fomento da difusão de conhecimento sobre o manejo dos precedentes judiciais, a fim de instruir todos os operadores do direito sobre as peculiaridades e métodos de trabalho contando com os precedentes.

Dito isso, é possível afirmar que o precedente judicial não retira dos magistrados o livre convencimento, apenas insere normas com interpretação mais restritas para o julgamento de cada caso. Dentro da aplicação do precedente, por vezes, há margem de interpretação, e, ainda que não haja, o juiz deve, necessariamente, aplicar o precedente ao caso mesmo que contra sua vontade. Pode, porém, caso entenda pertinente, fazer uma ressalva de seu entendimento na decisão.

Isso porque, o precedente se insere dentro das balizas da legalidade, assim como os magistrados. Logo, ao solucionar o caso aplicando o precedente, o julgador passará a atuar dentro das balizas da legalidade e dos precedentes vinculantes.

Paralelo a isso, o Código de Processo Civil introduz diversas técnicas que desestimulam pedidos contrários aos precedentes estabelecidos no ordenamento jurídico, a fim de desestimular ações temerárias, como a improcedência liminar do pedido prevista no art. 332, a possibilidade de deferimento de tutela de evidência fundada em casos repetitivos e súmula vinculante (art. 311, inciso II) e inadmitir recursos nos termos do inciso IV do art. 932.

Sob esse prisma, os dados incluídos na pesquisa, a promulgação do Código de Processo Civil não diminuiu o tempo de duração dos processos. Pelo contrário, esse tempo vem aumentando. Porém, até o presente momento, não se pode concluir se o precedente judicial vem conferir maior celeridade processual, uma vez que é possível constatar que os precedentes judiciais com força vinculante não estão sendo utilizados como poderiam ser da forma mais proveitosa.

No entanto, se utilizado corretamente o precedente com força vinculante, em teoria, é capaz conferir maior coerência e segurança jurídica às decisões. É claro que poderia se aventar que isso decorre apenas do trabalho do julgador ao observar a coerência das decisões

sem que fosse necessário instituir a característica da vinculatividade do precedente judicial, no entanto, não há como negar que a ferramenta se insere dentro do contexto jurídico para fomentar a coerência e segurança jurídica.

Na presente pesquisa, verificou-se, ainda, que do precedente judicial, quando formulado de forma correta, com força vinculante, pode-se extrair duas normas jurídicas, uma geral e abstrata, outra individual e concreta. A norma individual e concreta solucionará o *leading case* (o caso que pautou a discussão do precedente), enquanto a geral e abstrata projetará efeitos aos casos futuros.

Sendo assim, o precedente judicial com força vinculante tem características normativas, devendo ser observado por toda a sociedade que se submete ao ordenamento jurídico vigente.

Não obstante seja constatada essa normatividade, a prática jurídica demonstra que grande parte dos magistrados, inclusive dos Tribunais Superiores, entendem que não devem se vincular aos precedentes judiciais, de forma que é possível encontrar diversas situações em que houve deliberadamente a inobservância dos julgamentos paradigma.

Ocorre que não existem consequências relevantes aos magistrados que agem de má-fé, ignorando os precedentes vinculantes, senão a reforma de suas decisões, ou a perda de algum critério de avaliação para promoção do magistrado, de forma que se faz necessária a alteração desse cenário, a fim de fomentar a alteração metodológica da atividade jurisdicional.

Com isso, a presente pesquisa se conclui confirmando a hipótese suscitada de que o precedente judicial com força vinculante constitui norma jurídica capaz de vincular o magistrado em suas decisões de forma que a tomada de decisão deve considerar o precedente que verse sobre caso semelhante, seja para aplicá-lo ou para afastá-lo. No entanto, essa metodologia de julgamento não vem sendo praticada efetivamente, de forma que a prática jurídica não coincide com o que está prescrito no dever-ser, necessitando de uma adequação cultural e metodológica da atividade processual, principalmente em relação a discussão, tramitação, julgamento e interposição de recursos.

Nesse contexto, são diversas as alterações que se revelam a necessidade de mudança desse cenário como, por exemplo (i) maior desenvolvimento dos relatórios e fundamentações

por parte das Cortes Superiores; (ii) maior descrição dos fatos e identificação dos precedentes aplicáveis ao caso por parte dos magistrados; (iii) publicações rápidas e sistematizadas em compêndio facilitando o acesso a informações da sociedade; (iv) mudança na metodologia de ensino do Direito adequando-se a utilização dos precedentes na prática jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL, Thiago Bottino Do. Habeas Corpus: garantia constitucional ou panaceia universal? *Boletim IBCCRIM*, v. 246, p. 10, 2013. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ipea-mj_-_junho_-_2014_-_para_publicacao.pdf . Acesso em: 20 fev. 2022.

ATAIDE JUNIOR, Jadelmiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 126272/MG. Relator: ROGERIO SCHIETTI CRUZ. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 15 jun. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2065041&num_registro=202000997385&data=20210615&formato=PDF. Acesso em: 06 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática nº 699572. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 14 out. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202103263009. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

_____. *Precedentes Vinculantes e Jurisprudência Dominante na Solução das Controvérsias*. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial. In: DIDIER JR., Fredie et. al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 275-297.

_____. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 221, p. 13-48, jul. 2013.

CAMATTA, Roberto Mielke. *Precedentes e fontes do direito: uma perspectiva da dogmática jurídica*. 2016. 135 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2016. Disponível em: https://sappg.ufes.br/tese_drupal//tese_10133_CAMATTA_ROBERTO%20MIELKE_2016.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. - Coimbra: Almedina, 1995.

CARDOSO, Oscar Valente. *A falta de fundamentação por inobservância de precedente no Novo CPC*. Panorama atual do novo CPC. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direito tributário: Linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015.

CARVALHO NETO, Pythagoras Lopes de. *A diferenciação do Direito e a teoria imperativista da norma jurídica*. 2007. 254 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

CONSULTOR JURÍDICO. *Ao conceder Habeas Corpus, Gilmar chama TJ-SP de "anarquista institucional"*. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/conceder-hc-gilmar-chama-tj-sp-anarquista-institucional>. Acesso em: 06 mar. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 106, de 06 de abril de 2010. Dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau. Brasília, DISTRITO FEDERAL, Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_106_06042010_11102012191157.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (Org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 446-457.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Processo civil e ideologia: subsídios estratégicos ao advogado do contencioso*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

DEGENSZAJN, Daniel Raichelis. *A divergência no Superior Tribunal de Justiça: recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial e embargos de divergência*. 2016. 263 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento tributário*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

DIP, Ricardo Henry Marques. *Magistrado não deve seguir jurisprudência como se fosse um soldadinho de chumbo*. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/452857024/magistrado-nao-deve-seguir-jurisprudencia-como-se-fose-um-soldadinho-de-chumbo>. Acesso em: 20 fev. 2022.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

EDITORA MELHORAMENTOS LTDA. (ed.). *Dicionário Michaelis*. 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=dDBV>. Acesso em: 28 fev. 2022.

FEDERAL, Senado. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 89, v. 782, pp. 90-96, dez. 2000.

FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. *AMERICAN LAW in a Global Context: the basics*. New York: Oxford University Press, 2005.

FRANCO, Marcelo Veiga.; LEROY, Guilherme Costa. O efeito desjudicializante dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 267, p. 171-194, 2017.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; PINTO, Marcos Vinícius. A aplicação do artigo 489 §1º do CPC ao processo penal. *REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS*, v. 152, p. 315-346, 2019.

GASPERIN, Macarita Elizondo; FRAGOSO, José Isauro Elizondo. El realismo jurídico y la jurisprudencia como métodos de la enseñanza del derecho. In: MIGALLON, Fernando Serrano. *Estudios jurídicos en homenaje a Cipriano Gómez Lara*. Ciudad de México: Editorial Porrúa México, 2007. p. 161-170.

GONÇALVES, Carla de Lourdes. O constructivismo lógico-semântico e os precedentes judiciais. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Constructivismo lógico-semântico: Vol. III*. São Paulo: Noeses, 2020. p. 209-224.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio decidendi of a Case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, dez. 1930. Disponível em: <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Algumas considerações sobre a constitucionalidade do precedente vinculante previsto no Código de Processo Civil. *Revista Brasileira da Advocacia*. Vol. 2. Ano 1. São Paulo: RT, 2016.

GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. *Introducción al Conocimiento Científico*. Buenos Aires, EUDEBA, 1985.

IVO, Gabriel. *Norma Jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

JULIÃO, Gustavo Lyrio. *Reclamação: do comando judicial aos precedentes*. 2018. 221 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018. Disponível em: https://sappg.ufes.br/tese_drupal//tese_12448_Gustavo%20Lyrio%20Juli%20E3o.pdf. Acesso em: 25 fev. 2022.

Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2022.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LAPATZA, José Juan Ferreiro. Norma jurídica y seguridad jurídica. *Revista de Direito Tributário*, n. 61. São Paulo: Malheiros, 1993.

LIMA, Carlos Cirne. *Realismo e dialética: a analogia como dialética do realismo*. Porto Alegre: Editora Globo S.A., 1967.

LOPES, Edward. *Fundamentos da linguística contemporânea*. São Paulo: Cultrix, 2000.

LUIZ WERNECK VIANNA. Associação dos Magistrados Brasileiros. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: Independente, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.

MACÊDO, Lucas Buri de. Autorreferência como dever de motivação específico decorrente do *stare decisis*. In: BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça (org.). *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 553-572.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Princípios do Direito e o Paradoxo da Decisão. In: Cecília Caballero Lois; Gustavo Silveira Siqueira. (Org.). *Da Teoria da Norma à Teoria do Ordenamento*. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 83-101.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo CPC comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Pautas para a identificação de um precedente. In: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ALVIM, Tereza Arruda (org.). *Jurisdição e Direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 423-440.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antônio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil Maccormick: caracterização, limitações, possibilidades. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 207-554, maio 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3281/2064>. Acesso em: 25 fev. 2022.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um tribunal de teses. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 443-467, set. 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo2/revista_v21_n3_tomo2_443.pdf. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 241, p. 177–208, 2005. DOI: 10.12660/rda.v241.2005.43370. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370>. Acesso em: 17 fev. 2022.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, nº 1, 2018 p.667-688.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2006.

_____. *Revogação em Matéria Tributária*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés; TEIXEIRA JÚNIOR, José Borges. Notas sobre a teoria dos precedentes formalmente vinculantes. *Revista de Processo*, Brasília, v. 1, n. 286/2018, p. 451-483, dez. 2018.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

PERELMAN, Chaim. *Retóricas*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Súmula Vinculante e Guerra Fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 379-394.

REDAÇÃO DO MIGALHAS. *STJ tranca ação penal de furto de steak de 4 reais: "Situação absurda"*: ministros lamentarem terem que decidir um caso de furto de valor tão insignificante diante do volume de processos na corte. Ministros lamentarem terem que decidir um caso de furto de valor tão insignificante diante do volume de processos na Corte. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/346497/stj-tranca-acao-penal-de-furto-de-steak-de-4-reais--situacao-absurda>. Acesso em: 03 ago. 2021.

RIBEIRO, Julio Cesar Medeiros. *A importância do precedente do Superior Tribunal de Justiça no contexto estado democrático constitucional: uma análise crítica da chamada jurisprudência lotérica*. 2015. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2015. Disponível em: https://sappg.ufes.br/tese_drupal//tese_9101_RIBEIRO%2C%20J.%20C.%20M.%202015.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.

RIBEIRO II, Ricardo Chamon. *O distinguishing no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2019. 271 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019. Disponível em: https://sappg.ufes.br/tese_drupal//tese_13441 DISSERTAC%26%23807%3BA%26%23771%3BO%20-%20versa%26%23771%3Bo%20final%20UFES%20-%20ja%26%23769%3B%20com%20ficha%20catalogra%26%23769%3Bfica.pdf. Acesso em: 27 fev. 2022.

ROCHA, Cláudio Jannotti da.; DE NADAI, Carlos Eduardo Silva. Direito Processual Civil e do Trabalho: noções gerais, comunicabilidade e noções de precedentes judiciais. *REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO* (SÃO PAULO), v. 210, p. 355-376, 2020.

ROCHA, Cláudio Jannotti da.; MOUSSALLEM, Tárek Moysés; TAVARES, Pedro Machado. A Formação de Precedentes no Processo Coletivo dos Casos Repetitivos: o modelo instituído pelo CPC/2015. *REVISTA MAGISTER DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL*, v. 93, p. 99-114, 2019.

_____. Precedentes Judiciais e suas Técnicas de Aplicabilidade no Arco Processual do CPC: em busca da integridade e coerência sistêmicas. *REVISTA MAGISTER DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL*, v. XVII, p. 5-23, 2020.

RODOVALHO, Thiago. Constitucionalidade dos precedentes judiciais vinculantes do CPC/15. In: ROSSI, Francisco Vicente; MIGUEL, Jamil; PANUTTO, Peter (org.). *Estudos do Código de Processo Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Editora Ideias & Letras, 2022. p. 385-402.

RODRIGUES, Marcelly Ferreira. *Cortes de sobreposição e formação de precedentes*. 2020. 161 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-04052021-223126/publico/10236795_Dissertacao_Parcial.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. 2011. 438 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/194323>. Acesso em: 26 jul. 2021.

SARTOR, Giovanni. *Il precedente giudiziale*. Disponível em: <<https://www.docenti.unina.it/webdocenti-be/allegati/materiale-didattico/268258>>. Acesso em: 17 fev. 2022.

SCAVINO, Dardo. *La filosofia actual: pensar sin certezas*. Santiago Del Estero: Paidós Postales, 1999.

SCHAUER, Frederick. *Las reglas em juego: um examen filosófico de la toma de decisiones basada em reglas em el derecho y em la vida cotidiana*. Tradução de Claudina Orunesu. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

_____. *Precedent*. Stanford Law Review, Stanford, v. 39, n. 03, p. 571-605, Feb, 1987.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito inglês e norte americano*. São Paulo: Landy, 2001.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *As máximas de experiência no processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Teoria Geral do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: colônia e império*. 2014. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994.

_____. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

TEIXEIRA, Yuri Guerzet. *Precedentes Judiciais: entre normas e decisões*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

THE WORLD BANK. *World development indicators*. Disponível em: <https://datatopics.worldbank.org/world-development-indicators/>. Acesso em: 25 fev. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – Vol. 1*. Rio de Janeiro Forense, 2016.

TOMÉ, Fabiana del Padre; FAVACHO, Fernando Gomes. O que significa pragmático para o constructivismo lógico-semântico: a tríade linguística “sintático, semântico e pragmático” utilizada por Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho na teoria do direito. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 01, p. 274-290, 19 dez. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/24642>. Acesso em: 21 jul. 2021.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Gianotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.