

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

GABRIEL SARDENBERG CUNHA

**PRECEDENTES E DECISÕES (POTENCIALMENTE) VINCULANTES:
OBRIGATORIEDADE RACIONAL E OBRIGATORIEDADE FORMAL NA LEI
PROCESSUAL**

VITÓRIA
2020

GABRIEL SARDENBERG CUNHA

**PRECEDENTES E DECISÕES (POTENCIALMENTE) VINCULANTES:
OBRIGATORIEDADE RACIONAL E OBRIGATORIEDADE FORMAL NA LEI
PROCESSUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Claudio Penedo
Madureira.

VITÓRIA
2020

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

C972p Cunha, Gabriel Sardenberg, 1993-
Precedentes e decisões (potencialmente) vinculantes :
obrigatoriedade racional e obrigatoriedade formal na lei
processual / Gabriel Sardenberg Cunha. - 2020.
239 f. : il.

Orientador: Claudio Penedo Madureira.
Tese (Mestrado em Direito Processual) - Universidade
Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas.

1. Precedentes judiciais. 2. Teoria e filosofia do direito. 3.
Direito processual. 4. Hermenêutica, teoria do direito e
argumentação. I. Madureira, Claudio Penedo. II. Universidade
Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas. III. Título.

CDU: 340

GABRIEL SARDENBERG CUNHA

PRECEDENTES E DECISÕES (POTENCIALMENTE) VINCULANTES:
OBRIGATORIEDADE RACIONAL E OBRIGATORIEDADE FORMAL NA LEI
PROCESSUAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição.

Aprovada em ___ de _____ de 2020.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Claudio Penedo Madureira
Universidade Federal do Espírito Santo
(Orientador)

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Samuel Meira Brasil Júnior
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho impõe que sejam dedicados os devidos agradecimentos às pessoas sem as quais ele simplesmente não existiria. Este trabalho é tão delas quanto meu. Perdoem a platitudo. Ela é deveras sincera. É que, na vida, e só mais recentemente tenho percebido isso a valer, ninguém basta por si só. Ninguém se subsiste sozinho. Somos incapazes quando em solidão e é o dom da convivência que vence essa nossa carência elementar. Conseqüentemente, tudo que conquistamos não é só nosso, mas pertence em parte também àqueles que nos confiaram o privilégio de compartilhar suas vidas conosco.

No caso dos meus pais, Sergio José e Maria Helena, isso nunca foi tão verdadeiro. Primeiro, porque a vocês dois eu serei sempre devedor da oportunidade de viver. Mas acontece que vocês não se satisfizeram aí. Além de ser presenteado com a vida, fui favorecido com a chance de ter, em vocês, os maiores dos exemplos do que ela verdadeiramente significa. De fato, sem vocês, eu nada seria, literalmente. Por isso, absolutamente tudo que eu conquistei e que ainda irei conquistar nessa vida que me foi dada é mérito que compartilho com vocês. Pai, por ser sinônimo de retidão e de humildade, e por ter me ensinado a sempre agradecer e a ver luz em meio a qualquer escuridão, eu lhe agradeço. Mãe, por ser doação em essência, por me mostrar que o perdão é sempre o único caminho e por ter me ensinado a jamais aceitar a injustiça, eu lhe agradeço. Vocês são expressão viva de amor e eu agradeço por terem também me ensinado seu significado, para que em vida eu soubesse reconhecer amor e pudesse eu mesmo partilhar amor, como vocês fizeram comigo em primeiro lugar. Agradeço ainda, no que toca especificamente este trabalho, os pequenos grandes gestos que, ao final, são a maior prova de todo esse amor. Fossem as palavras de incentivo ao me perceberem preocupado, fosse diminuir o som da TV ou falar mais baixo enquanto eu estudava, fosse me trazer um chocolate ou preparar algo para comer enquanto eu escrevia, nada disso passou despercebido. Sem vocês eu não teria sido capaz de dar cabo a este projeto, então saibam que ele é igualmente de vocês.

Impossível também deixar de agradecer ao meu irmão, Bernard, a quem eu devo em muito o próprio ânimo que me move a estudar. Você, meu irmão, incutiu em mim a

vontade de aprender pelo simples, doce prazer do saber. Foi por crescer ao seu lado e te ter como exemplo, e de ver em você esse exemplo, que, até hoje, seja ao ler um livro ou ver um filme, minha primeira reação ao terminar é me lançar a pesquisar a respeito. Foi por isso também que me tornei questionador e vivo sempre tentando saciar a fome das perguntas que eu invariavelmente formulo acerca de tudo. E como esta pesquisa, afinal, é uma tentativa de responder algumas dessas minhas várias perguntas, não fosse minha convivência com você, eu quiçá jamais teria a ânsia por conhecimento que me levou a ter coragem de me lançar nela. Sem você, provavelmente ela não teria sequer começado.

Devo muito ainda à minha querida avó e madrinha, à minha segunda mãe, Maria Nazareth. Vó, estar em sua companhia durante esse período de trabalho duro e de abnegação foi uma libertação para minhas aflições e inquietudes. Estar ao seu lado, aí no sofá, junto à sua cadeira de reclinar, sempre me presenteou com uma sensação de calma e aconchego, como se todo o resto estivesse em suspensão, e o caos do mundo, em silêncio. As visitas à senhora nas noites depois de sair do escritório foram felizes lembretes de que a vida é mais simples do que aquilo que normalmente fazemos dela e de que, no final de contas, o melhor que podemos fazer é rir dos nossos problemas. A senhora é sinônimo de força e de segurança, e convém dizer que permitir que eu me refugiasse junto de você durante esse tempo foi um dos maiores incentivos que a senhora já me deu nessa vida.

À minha amada, Monara, nunca vou perder uma oportunidade de agradecer. Você, meu amor, é responsável por uma transformação em minha vida, e não há um dia em que eu me permitirei não lembrar disso. Compartilhar minha vida com você me munuiu das peças que faltavam para minha edificação enquanto ser humano cada vez melhor. Admirar você me permitiu ter humildade de reconhecer minhas próprias fraquezas, resistências e limitações, e me deu forças para atacá-las de frente, ao invés de ostentar a máscara que em algum momento eu criei para dissimulá-las, e que até então eu assumia como parte de mim, em substituição a quem eu verdadeiramente sou. A partir do seu exemplo, eu me empenhei em lutar contra mim mesmo, e não paro de colher os frutos vindos daí. Um deles é esta pesquisa, pois de seu esmero com as oportunidades que a vida põe em seu caminho eu extraí o impulso que me fez capaz de finalmente vencer a preguiça. Não fossem todos esses anos, quem sabe eu

ainda seria o aluno que abandona o próprio potencial em troca dos fugazes prazeres da prostração. Por outro lado, gostaria de agradecer por sempre ter escolhido por mim, fosse o que fosse. Ter você e Ariel na minha vida é o porto seguro que vem sempre me recordar do que realmente importa durante nossa passagem por aqui.

Além disso, se antes agradei ao meu irmão de sangue, agora agradeço ao meu outro irmão, David, que assim se fez por escolha e doação; uma das alegrias inesperadas que a vida nos dá. Não canso de me surpreender como uma única pessoa consiga me fazer redescobrir, a cada ano que passa, o significado de amizade e sensibilidade. Sou privilegiado da chance de poder te conhecer e de ser seu amigo. Sou privilegiado de poder ter em você meu sócio. Obrigado por sempre me fazer mais humilde com sua natural e inabalável capacidade de compreensão. Obrigado por todo o tempo dedicado a mais no Sardenberg Haddad para que eu pudesse dissertar. Por todas as reuniões que foi em meu lugar, por todas as ligações que fez em meu lugar, por todos os prazos que assumiu em meu lugar, por todos os contratos que redigiu em meu lugar, por todo o estresse que absorveu, sozinho, em meu lugar. Obrigado por segurar tanto a barra, sem nunca cobrar. Obrigado por me fazer ter orgulho de apontar e dizer: “aquele dali é meu melhor amigo”.

Agradeço também ao meu querido orientador, Claudio. Desde um longínquo janeiro em que você abriu as portas de seu escritório para conversar com um perdido jovem recém-formado, você não tem medido esforços para me ajudar e me apoiar. Mais que orientar, você me acolheu com afeto e me guiou em cada um dos primeiros pequenos passos que dei ao começar a desbravar esse mundo, até então tão desconhecido e inóspito. Você foi referência e amparo, foi socorro e equilíbrio, e eu finalizo minha pesquisa com a certeza de que posso contar com você, seja na Academia, seja fora dela. Foi um prazer ser seu orientando.

Finalmente, agradeço a três caros professores.

Primeiro, ao professor Samuel. Por você sempre vou nutrir um carinho em especial. Digo para mim mesmo que, desde que comecei a escrever, você tem sido o mecenas da minha jornada acadêmica. Sem me conhecer, você me recebeu com aquela sua gentileza que lhe é tão espontânea, abraçou todos os meus projetos e elogiou cada

um dos meus trabalhos, como poucos professores têm a humildade de fazer. E olhe que, à época, eu ainda não era seu aluno. Tecnicamente nunca fui, na verdade, mas isso jamais me impediu de te chamar pelo título que tenho como o mais eminente: “professor”. Você, professor, nunca hesitou em confiar no meu trabalho, e apostou e continua apostando em mim. Isso me conferiu uma confiança que antes eu não tinha a respeito da minha própria capacidade, do meu modo de escrever e da qualidade da minha pesquisa. Esse apoio, já desde o início, foi indispensável para que eu me julgasse competente o suficiente para assumir a pesquisa que agora encerro. Muito obrigado.

Segundo, ao professor Hermes. A você, professor, devo principalmente a provocação que instalou a dúvida que me atormentou ao ponto de eu dedicar meu mestrado a tentar resolvê-la. Foi a partir de seu trabalho que me lancei a buscar entender o tema que viria me fascinar e me levar a uma paixão improvável pela Teoria do Direito. Não à toa sua pesquisa forma a espinha dorsal de minha pesquisa. Muito obrigado.

Terceiro, ao professor Daniel. Você, professor, é inspiração para os jovens alunos que ousam se arriscar a estudar o Direito a fundo. Certamente foi para mim. Pensar que na Academia habitam pessoas que parecem respirar simplicidade e despreensão e que aparentam desprezar a soberba, em todas suas formas, é um conforto para todos aqueles que pensam em um dia se mudar para lá. Você é prova da derrota de um mito que afasta muitos que eventualmente cogitam se iniciar na ciência; é prova de que quem faz ciência não são oráculos inacessíveis, mas seres humanos muitas vezes calorosos, carinhosos e extremamente gentis, que têm prazer em agraciar os outros com um sorriso no rosto. Apesar de seu trabalho me acompanhar desde a graduação e inevitavelmente ser um daqueles em que eu mais me fundei ao longo desta pesquisa, eu não tenho dúvidas de que essa foi sua maior contribuição para mim. Muito obrigado.

A cada um de vocês, e também àqueles que me concederam o privilégio de compartilhar um pouco de suas vidas, não importa o quanto, obrigado pela parte dela que deixaram comigo. Faço questão de registrar o meu maior, mais sincero e verdadeiro muito obrigado. A vocês eu dedico este trabalho, pois, não fosse o que recebi de vocês, a pessoa que o teria escrito não seria a mesma.

“Se alguma sentença ou outra decisão, que se não haja de considerar sentença, diverge de outra, em qualquer elemento contencioso relativo à incidência ou à aplicação de regra jurídica, *uma delas é injusta* (...).” (Pontes de Miranda)*

* *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. VI, p. 3.

RESUMO

Almejando maior racionalidade na atividade jurisdicional, e alinhado às recentes discussões na Teoria e Filosofia do Direito, o Código de Processo Civil de 2015 dogmaticamente estruturou um modelo de precedentes judiciais com eficácia vinculante formalizada em lei. Para tanto, valeu-se, a uma, de seu artigo 926, que institucionaliza o dever de os tribunais uniformizar seus entendimentos e mantê-los estáveis, íntegros e coerentes; a duas, de seu artigo 927, ao definir uma série de contextos decisórios e de técnicas de externalização de decisões cujos resultados devem ser formalmente observados na hierarquia judiciária; e, principalmente, a três, de seu artigo 489, § 1º, inciso VI, que define ser não fundamentada qualquer decisão judicial que deixar de seguir precedente invocado pela parte sem antes demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Sem embargo, a redação desse último dispositivo, ao mesmo tempo em que menciona *precedente*, alude também a *jurisprudência*. A justaposição desses dois termos permite, então, pressupor que, em uma perspectiva jurídico-positiva, *precedente* e *jurisprudência* seriam distintos e leva a questionar se essa pretensa distinção se sustenta quando da definição dos conceitos lógico-jurídicos de um e outro. À vista disso, torna-se lícito discutir a hipótese científica de o programa legislativo estar propondo regra em razão da qual as decisões que formam a categoria dessa dita *jurisprudência* teriam eficácia vinculante similar à dispensada, em lei, aos *precedentes*. Nisto se resume o objetivo dessa pesquisa, que, orientada a partir do método dedutivo, pretende demonstrar ser justamente esse o caso.

Palavras-chave: Precedente. Jurisprudência. Decisão. Eficácia vinculante. Racionalidade.

ABSTRACT

Aiming for more rationality in the jurisdictional activity and aligned with the recent discussions in Legal Theory and Philosophy, the 2015 Code of Civil Procedure dogmatically structured a model of judicial precedents with binding authority formalized in statutory law. To that end, it availed itself, first, of its article 926, which institutionalizes the courts' duty of uniformizing their understandings and keeping them stable, sound and coherent; second, of its article 927, when listing a series of decision-making contexts and techniques for externalizing decisions whose results should be formally observed in the judicial hierarchy; and, mainly, third, of its article 489, § 1, item VI, which defines as ill-founded any judicial decision that fails to follow precedent raised by the party without first demonstrating being a case of distinguishing or overruling. All the same, this last article's wording, while mentioning *precedent*, also alludes to *jurisprudence*. The juxtaposition of these two terms, then, allows one to assume that, in a legal-positive perspective, *precedent* and *jurisprudence* would be unlike and leads to question whether this supposed distinction is sustained when defining the logical-legal concepts of one and the other. Given this, it is reasonable to discuss the scientific hypothesis that the legislative program is proposing a rule whereby the decisions that form the category of this so-called *jurisprudence* would have binding authority similar to that dispensed, in law, to *precedent*. This summarizes the objective of this research, which, guided by the deductive method, aims to demonstrate that this is precisely the case.

Keywords: Precedent. Jurisprudence. Decision. Binding authority. Rationality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ART.	Artigo
ARTS.	Artigos
C/C	Combinado com
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CPC/39	Código de Processo Civil de 1939
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
EC	Emenda Constitucional
E.G.	<i>Exempli gratia</i>
ETC.	<i>Et cetera</i>
EUA	Estados Unidos da América
I.E.	<i>Id est</i>
IAC	Incidente de Assunção de Competência

IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
RE	Recurso Extraordinário
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SS.	Subsequentes
TJES	Tribunal de Justiça do Espírito Santo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 A CONCEPÇÃO MATERIAL DO PRECEDENTE JUDICIAL	20
1.1 TEORIA DOS PRECEDENTES NORMATIVOS VINCULANTES.....	28
1.2 A DEFINIÇÃO DE PRECEDENTE.....	33
1.2.1 Precedente em sentido estrito e precedente em sentido amplo	39
1.2.2 Pretensão de universalidade	43
1.2.2.1 Pretensão de universalidade e conferência de unidade ao Direito.....	51
1.2.2.2 Pretensão de universalidade, Cortes Supremas e Cortes de Justiça.....	55
1.2.2.3 Pretensão de universalidade e racionalidade.....	61
1.2.2.4 Pretensão de universalidade e maioria.....	66
1.2.2.4.1 <i>Resultado do julgamento e precedente</i>	68
1.2.2.4.2 <i>Precedente e colegiado</i>	70
1.2.2.4.3 <i>Precedente, segunda instância e juizados especiais</i>	70
1.2.3 Interpretação operativa	71
1.2.3.1 Interpretação operativa e subsunção.....	75
1.2.3.2 Interpretação operativa e precedente já existente.....	76
1.2.3.3 Interpretação operativa e pretensão de universalidade.....	76
2 PRECEDENTE E NORMA JURÍDICA	78
2.1 PRECEDENTE E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO.....	80
2.1.1 Prévia determinação do Direito	81
2.1.2 Dupla indeterminação do Direito	82
2.1.3 Indeterminação do Direito e interpretação judicial	84
2.2 PRECEDENTE JUDICIAL E DISTINÇÃO TEÓRICA ENTRE TEXTO E NORMA.....	86
2.2.1 Declaração, criação, extração e reconstrução	91
2.2.2 Interpretação e norma	94
2.2.3 Texto, norma e a atividade jurisdicional	96
2.3 PRECEDENTE JUDICIAL E MODELOS DE OBRIGATORIEDADE.....	100
2.3.1 Obrigatoriedade racional/material	100

2.3.2 Obrigatoriedade legal/formal (<i>de iure</i>).....	103
2.4 A NORMA JURÍDICA DO PRECEDENTE.....	106
2.4.1 Norma-precedente e texto-precedente.....	107
2.4.2 Generalidade e concretude.....	109
2.4.3 Norma do precedente e analogia.....	111
2.4.4 Estrutura formalizada da norma-precedente: norma introdutora.....	113
2.5 EFICÁCIA VINCULANTE E PRECEDENTE JUDICIAL.....	118
2.6 DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO.....	122
2.6.1 Distinção (<i>distinguishing</i>).....	123
2.6.2 Superação (<i>overruling</i>).....	124
3 PRECEDENTES E O DIREITO BRASILEIRO.....	127
3.1 A “RECEPÇÃO” DOS PRECEDENTES PELO DIREITO BRASILEIRO.....	129
3.2 PRECEDENTE JUDICIAL E MODELOS DE OBRIGATORIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	139
3.2.1 Vinculação material (obrigatoriedade racional).....	139
3.2.2 Vinculação formal (<i>de iure</i>).....	146
3.3 OS PRECEDENTES DO MODELO BRASILEIRO.....	150
3.3.1 Classificação dos precedentes na doutrina.....	152
3.3.2 Precedente e exemplo.....	158
3.3.3 Classificação dos precedentes brasileiros segundo o grau de obrigatoriedade.....	160
3.3.3.1 Precedentes normativos vinculantes.....	161
3.3.3.2 Precedentes normativos formalmente vinculantes.....	166
3.3.3.3 Precedentes normativos formalmente vinculantes fortes.....	169
4 DECISÕES (POTENCIALMENTE) VINCULANTES.....	175
4.1 PRECEDENTE, DECISÃO E JURISPRUDÊNCIA.....	176
4.1.1 Precedente.....	177
4.1.2 Decisão (exemplo) e jurisprudência.....	180
4.2 DECISÕES, PRECEDENTES E EFICÁCIA VINCULANTE.....	185
4.2.1 Decisões, precedentes, obligatoriedade formal e isonomia.....	187
4.2.2 Decisões, precedentes, e potencial eficácia vinculante.....	190
4.2.3 Decisões, precedentes, argumentos e eficácia vinculante.....	193

4.2.4 Cotejo analítico e eficácia vinculante.....	195
4.3 DECISÕES, PRECEDENTES E EFICÁCIA VINCULANTE INTERESTADUAL.....	199
4.4 DECISÕES, PRECEDENTES, DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO.....	204
4.4.1 Decisões, precedentes e distinção.....	206
4.4.2 Decisões, precedentes e superação.....	208
CONCLUSÕES.....	212
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	220

INTRODUÇÃO

O advento do Código de Processo Civil de 2015 certamente inaugurou girada paradigmática que acolheu várias das tendências discutidas no terreno acadêmico da processualística brasileira.

Uma das reformas apuradas é a expressa adoção de um modelo de precedentes judiciais, que maturou as já conhecidas noções de *jurisprudência persuasiva* e de *jurisprudência dominante* e que verteu o novo regime processual para a tendente aproximação entre as tradições da *common* e da *civil law*¹.

Assim, parte o estatuto de uma declarada preocupação com a estabilidade, com a integridade e com a coerência do entendimento dos tribunais. Preocupação esta que, oriunda dos postulados da universalidade e da segurança jurídica, encontra basilar fundamento na conferência, por parte da função jurisdicional, de tratamento igual a casos também iguais (*rectius*: semelhantes) – *treat like cases alike*² - como forma de imprimir racionalidade ao ordenamento a partir de razões universalizáveis e como meio de agregar conteúdo ao texto normativo. Portanto, precisamente por isso é que o art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Ademais, é rigorosamente em função disso que o diploma, em seu art. 927, determina que os juízes e tribunais *observarão (i)* as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e *(ii)* as suas súmulas vinculantes; *(iii)* os acórdãos decorrentes da resolução de incidente de assunção de

¹ Conquanto não haja unanimidade no entendimento de que seria errônea a difundida noção de o Brasil ser um país estritamente de *civil law* (quanto a essa discussão, cf. ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16-20 e p. 23), a doutrina, inclusive em dimensão internacional, acena harmonicamente para uma crescente aproximação entre as duas grandes tradições jurídicas ocidentais (cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 116, 124-128; TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 3; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016, p. 2 e ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 354).

² Em tradução livre: “tratar casos similares similarmente”.

competência ou de resolução de demandas/recursos repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e (v) a orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados. O Código de Processo Civil de 2015 ainda estabelece, no que concerne à vinculatividade dos comandos proferidos pelo Judiciário, que se considera não fundamentada qualquer espécie de decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (art. 489, §1º, VI).

Referidos dispositivos revelam a opção do legislador processual pela capacidade de decisões judiciais pretéritas virem a determinar o resultado de julgamentos a elas sucessivos. O art. 927, por definir, a priori, uma série de hipóteses apriorísticas em que *formalmente* se exige *observância* da hierarquia judiciária, ou seja, por conferir legalmente (*de iure*) caráter vinculante a *precedentes* eventualmente decorrentes de contextos decisórios específicos. Já o inciso VI do parágrafo primeiro do art. 489, por determinar que qualquer decisão que não segue o *precedente* invocado pela parte sem antes ser demonstrado tratar-se de hipótese de *distinguishing* ou de *overruling*, é *decisum* não fundamentado e, portanto, passível de ser rechaçado a partir do sistema recursal.

Em suma, erige-se, no aparelho legal, um modelo em que decisões *precedentes* são vinculantes, quer porque a lei assim optou (art. 927), quer pelo fato de que, se um julgador as ignora no caso concreto, sua decisão ofende um critério de racionalidade imposto pelo ordenamento (art. 489, §1º, VI)³, havendo previsão de recurso para que se restaure a estabilidade, a integridade e a coerência desde logo exigidas pelo art. 926⁴.

³ Uma vez que, nos termos deste dispositivo, não se considera fundamentada qualquer decisão que *deixar de seguir* precedente sem antes demonstrar ser caso de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*). Do contrário, essa decisão é nula (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 332).

⁴ *Estabilidade* – teste da observância ao *stare decisis*, no sentido de excepcional alteração do paradigma decisório; *integridade* – teste da universalização (coerência em sentido amplo), no sentido do dever de adequação da decisão com a tradição jurídica e com a unidade da Constituição; e *coerência* – teste da não contradição (consistência/coerência em sentido estrito), no sentido do dever de consideração da linha evolutiva do entendimento das cortes. (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador:

Entretanto, ocorre que o inciso VI do parágrafo primeiro do art. 489, quando definiu parâmetro para resguardar a racionalidade das decisões proferidas pelo Judiciário, determinou que não apenas os precedentes invocados pelas partes deverão ser observados excetuadas hipóteses de distinção ou superação, mas também o *enunciado de súmula* e a *jurisprudência*. Logo, o julgador que deixa de seguir *precedente* invocado pela parte sem evidenciar tratar-se de caso de *distinguishing* ou de *overruling* ofende o critério de racionalidade definido pelo ordenamento, porém, define a lei, faz o mesmo o juiz que proceder de igual modo quanto a mera *jurisprudência* ou a *enunciado de súmula* eventualmente invocados pela parte.

Como consequência, torna-se imperioso indagar se, afinal, não estaria o diploma processual, estritamente a partir de uma eleição político-legislativa por um determinado juízo de racionalidade, também conferindo eficácia vinculante àquelas decisões invocadas pelas partes que, muito embora não se alinhem à definição de *precedente*, servem para exigir do Judiciário simetria na dispensa de tutela em duas instâncias análogas. Será esse, essencialmente, o objetivo desta pesquisa.

A sua vez, como esta indagação pende primeiro de precisar no que consiste o *precedente* nos termos da lei, neste trabalho partir-se-á da tentativa de construir uma definição estipulativa do conceito lógico-jurídico de precedente judicial. Neste particular, o passo inicial da pesquisa será traçar uma concepção *material* para precedente. Isso significará delimitar a definição do precedente à decisão dotada de atributos específicos e proferida em uma circunstância singular da atividade judiciária. No caso, buscar-se-á demonstrar ser o precedente aquela decisão que, no contexto da organização institucional de determinada cultura jurídica, é (i) proferida com o objetivo declarado de ser posteriormente contemplada e de ter suas razões decisórias refletidas dentro de predefinidos esquemas hierárquicos do Judiciário enquanto, ao mesmo tempo, é (ii) criada a partir de atividade interpretativa que notadamente objetiva a reconstrução do Direito posto.

JusPodivm, 2017, p. 397). Em sentido parecido, cf. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 124-129 e, ainda, DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR, Fredie et al. (coord.) *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 384-397.

Traçada a definição do precedente sob o ponto de vista material, volver-se-á para o seu cotejo com a Constituição Federal e com a legislação processual brasileira, representada especialmente pelo Código de Processo Civil de 2015. Nesse momento, será possível vislumbrar a interação entre essa concepção teórica do precedente e a arquitetura normativa vigente, para daí identificar-se a *estruturação dogmática*⁵ de um modelo de precedentes ajustado à tradição jurídica brasileira.

Isso, a sua vez, somente será possível a partir da análise e consideração do principal consectário de um modelo de precedentes judiciais: a capacidade dessa espécie de decisão influir determinadamente no julgamento de casos subsequentes, isto é, a extensão de sua eficácia vinculante. Nesse ponto da pesquisa, objetivar-se-á demonstrar a opção da lei processual por instituir um núcleo normativo definidor de um critério de obrigatoriedade formal decorrente precisamente da concepção teórico-material do precedente racionalmente vinculante: o art. 489, §1º, VI. Daí a recepção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, de uma teoria de precedentes *materialmente* vinculantes mediante a previsão *formal* da observância a precedentes enquanto critério de racionalidade da atividade julgadora.

Imediatamente em seguida, proceder-se-á ao discríme capaz de afastar a definição do *precedente* materialmente considerado das hipóteses albergadas pela lei como *enunciado de súmula e jurisprudência*. No particular, o exercício permitirá discutir a hipótese científica de que, em verdade, a partir da menção expressa dessas categorias no inciso VI do parágrafo primeiro do art. 489, referido núcleo normativo vinculou o parâmetro definidor da racionalidade da atividade jurisdicional também à observância a decisões não-materialmente alinháveis à definição de *precedente* proposta.

Assim, ao final, será possível determinar se, além de um modelo de precedentes vinculantes, não estaria o Código de Processo Civil de 2015 a propor, paralelamente, um modelo de decisões que, muito embora não sejam materialmente tidas como

⁵ DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR, Fredie et al. (coord.) *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 383.

precedentes, de igual modo dispõem de potencial eficácia vinculante surgida de um critério normativo/formal de obrigatoriedade racional.

1 A CONCEPÇÃO MATERIAL DO PRECEDENTE JUDICIAL

Este trabalho objetiva primeiro investigar o precedente judicial sob o aspecto ontológico⁶, de modo a *definir* o que *materialmente* seria o *precedente* – definir um conceito *lógico-jurídico*⁷ ou *fundamental*⁸ de precedente, por assim dizer. Ao final, dessa premissa teórica possibilitar-se-á vislumbrar o precedente enquanto fenômeno argumentativo que, em decorrência (i) tanto do corrente momento da Teoria Geral do Direito, marcada pela compreensão do Direito *pós-giro linguístico*⁹⁻¹⁰ e pela inserção do fenômeno jurídico no paradigma dos Estados Constitucionais modernos, (ii) quanto por opção legislativa (art. 489, § 1º, VI), é manifestação de autoridade do Judiciário¹¹

⁶ Trabalhar-se-á com uma definição estipulativa do que se julga que o precedente é no atual paradigma do fenômeno jurídico e da organização do Estado, especialmente no tocante ao papel do Judiciário nos Estados Constitucionais.

⁷ Quanto ao que, desde já, adota-se a linha exposta por Fredie Didier Jr., para quem os conceitos lógico-jurídicos são aqueles criados “a partir da observação do fenômeno jurídico”, “onde quer que ele ocorra, qualquer que seja seu conteúdo”, de modo a servir “aos operadores do Direito para a compreensão de qualquer ordenamento jurídico determinado” e “à elaboração dos conceitos *jurídico-positivos*” – sua função heurística. (DIDIER JR., Fredie Didier Jr. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 57, 52, 56, 64).

⁸ Toma-se a noção de *conceito fundamental*, na terminologia de Lourival Vilanova (1915 – 2001) (VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito do direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947, p. 18), como sinônima da de *conceito lógico-jurídico*, tal como faz o próprio Didier Jr. (cf. DIDIER JR., Fredie Didier Jr. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 56).

⁹ Momento a partir do qual “– com as obras e doutrinas de Heidegger, Gadamer e do segundo Wittgenstein – é possível dizer que superamos a hermenêutica denominada de ‘clássica’, que cindia interpretação de aplicação e que ainda acreditava na busca dos sentidos intrínsecos ao texto jurídico, como se ao intérprete fosse possível fazer uma *Auslegung* (extrair o sentido).” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 53). No mais, para outros comentários ilustrativos a respeito do giro linguístico e sua influência para a interpretação do Direito cf.: MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 1-4; CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 26-40, 172-207, 568; SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 313 e ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 259, p. 21-53, set. 2016, p. 25-27.

¹⁰ E, por isso mesmo, sujeita à influência das doutrinas jusfilosóficas que daí se seguiram, seja a hermenêutica, seja a analítica. Sobre ambas e seus pontos de aproximação, cf. ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 259, p. 21-53, set. 2016.

¹¹ “A autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a *autoridade de quem o interpreta*.” [grifos no original] (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85). Para uma crítica do precedente vinculante como manifestação de autoridade, cf. STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, n. 262, p. 379-411, dez. 2016, p. 399-406. Cabe a ressalva, porém, de que o precedente não é *apenas* um argumento de autoridade. Sua eficácia vinculante deriva sim do fato de ele constituir “direito positivo formalmente produzido por alguma

sempre vinculante, no sentido de comportar valor normativo geral, de ser fonte de Direito. Do contrário, ou seja, se essa manifestação não comportar eficácia normativa geral, conseqüentemente não poderá ser propriamente alinhada à ideia de *precedente* – à ideia de uma espécie do gênero *decisão judicial* que possui um papel específico a cumprir na organização dos poderes do Estado -, mas pertencerá a categoria distinta.

Isso importa dizer que o *precedente*, na acepção concebida neste trabalho, será decisão cuja eficácia vinculante se manifesta propriamente como consequência de um critério implícito (material/racional) – decorrente do vigente alcance da teoria da interpretação¹² e da Teoria do Direito, que a sua vez permite a definição do conceito – que pode ser aparelhado por um critério explícito (formal) - opção legal¹³ -, em uma comunhão entre ambos.

Para as lindes deste estudo, ver-se-á que uma opção legislativa por formalmente estatuir critério de obrigatoriedade racional impositivo de observância a *precedentes* é algo que apenas dá maior substância aos debates teóricos acerca do papel da atividade jurisdicional na vida do Direito. Debates esses em muito fundados na diferenciação entre texto e norma¹⁴ e nas consequências desse discrimine para a delimitação de certa casta de decisões judiciais enquanto elas mesmas *textos dotados de autoridade institucional* a partir dos quais é possível obter-se normas gerais e

autoridade institucionalmente autorizada a criar direito” (DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. (coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 351), mas não só. Deriva, e essa é sua *conditio sine qua non*, da necessidade de existir “um método universalista e imparcial de aplicação do direito positivo” cujo “controle dar-se-á pela verificação da fundamentação adequada do ponto de vista dos direitos fundamentais” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 107). Em função disso, não há que se falar, quando se contemplam os precedentes vinculantes, em uma cega repriminção da máxima hobbesiana “*auctoritas non veritas facit legem*”.

¹² A eficácia vinculante do precedente “não decorre nem do *costume judicial* e da *doutrina*, nem da *bondade* e da *congruência social* das razões invocadas e nem de uma *norma constitucional ou legal* que assim o determine, mas da *força institucionalizante* da interpretação jurisdicional, isto é, da *força institucional da jurisdição* como função básica do Estado.” [grifos no original] (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85).

¹³ E, por isso mesmo, *formalmente* vinculante.

¹⁴ Este tema será retomado em tópico em específico.

concretas¹⁵, *as normas do precedente*¹⁶, ou, *stricto sensu*, o próprio *precedente* no sentido de *norma*¹⁷, de *ratio decidendi/holding*¹⁸.

Logo, objetivar-se-á mostrar que, em verdade, o critério de racionalidade eleito a partir do Código de Processo Civil de 2015 constitui apenas tomada de posição que não deflagra, embora confirme, a vertida do ordenamento brasileiro às teorias jusfilosóficas e da argumentação/interpretação¹⁹⁻²⁰ que há certo tempo já fixam as premissas teóricas que servem para constatar a potencialidade de decisões judiciais

¹⁵ Sobre isso, cf. CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm a posteriori. *Verständnis Law Journal*, Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, out. 2018, p. 97-100 e ZANETI JR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, n. 257, p. 371-388, jul. 2016, p. 381-382.

¹⁶ Para usar o termo empregado por Lucas Buril de Macêdo (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 71-73, 77).

¹⁷ É imperativo desde logo esclarecer qual o sentido da palavra *norma* e da expressão *norma jurídica* empregado neste trabalho. Neste trabalho, *norma* será o produto da interpretação que articula o universo de disposições enunciadas pela linguagem das fontes do Direito mirando a regulação da conduta humana ou a organização social humana. De modo geral, pode ser expressa objetivamente pelas proposições $D \rightarrow N1? N2? N3?$, $D \rightarrow N1 + N2 + N3$ e $D1 + D2 + D3 \rightarrow N$, nas quais D são disposições prescritivas individualmente consideradas e N são normas individualmente consideradas. No primeiro caso, admite-se que uma única disposição permita engendrar uma multiplicidade de normas dissociadas; no segundo caso, admite-se que uma única disposição permita engendrar uma multiplicidade de normas associadas; no terceiro caso, admite-se que o universo de disposições do ordenamento permita engendrar uma norma individualmente considerada. Trata-se de conceito positivista (não necessariamente legalista), que considera que a entidade *norma jurídica* é sempre dependente da expressão linguística das fontes do Direito, isto é, dos *atos linguísticos* de determinados sujeitos institucionalmente dotados de *autoridade normativa*. Daí não existir norma fora da moldura delimitada pela linguagem do Direito positivo. Não podem existir normas que não remetam a uma expressão linguística normativa ou à associação dessas expressões e seus significados (tudo conforme GUASTINI. Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25-26, 34-43).

¹⁸ Sobre a *ratio decidendi* como norma, cf. CHIASSONI, Pierluigi. Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Ed.) *Analisi e diritto 2004: ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 81. Cf. também MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 89-92, quando o autor identifica o *precedente* com as razões que formam a *ratio decidendi*. Por outro lado, embora o raciocínio exposto leve às mesmas conclusões deste trabalho, entendendo que *ratio decidendi* não é a *norma do precedente*, mas apenas o “texto normativo” (o “elemento linguístico da norma jurídica”), cf. ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 245, p. 351-377, jul. 2015, p. 368-373.

¹⁹ Para todos, propriamente quanto à escola analítica italiana e suas consequências para a teoria argumentação jurídica como um todo, cf. TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra, 2013 e GUASTINI. Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

²⁰ “A nova legislação processual nada mais é que o produto consolidado deste processo de maturação da teoria da interpretação e evolução da teoria do direito (...)” (ZANETI JR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, n. 257, p. 371-388, jul. 2016, p. 383).

passadas vincularem o julgamento de casos futuros²¹. Assim, a qualidade de *vinculante* que será percebida no precedente em sentido material definido segundo o corte metodológico deste trabalho é tão mais reflexo do (1) momento histórico do fenômeno jurídico e da (2) corrente feição dada a determinados institutos jurídicos e formas de organização dos poderes de Estado - de consensos científico-filosóficos vigentes que orientam a compreensão do próprio fenômeno²² - do que (3) consequência imposta por um ou mais dispositivos infraconstitucionais (particularmente, aqui, o supracitado inciso VI do parágrafo primeiro do art. 489 ou, ainda, os arts. 926 e 927, todos do Código de Processo Civil de 2015).

Todavia, antes de debruçar-se sobre as conclusões propostas para esta pesquisa, impera estabelecer-se as premissas que ditarão os contornos dados aos institutos investigados, como ainda cabe discriminar em específico a acepção semântica dada aos signos de estrita relevância para a investigação proposta²³. Este é o trabalho próprio do discurso científico²⁴. Afinal, “nenhuma tentativa séria de elucidar a natureza do direito ou das leis, ou de uma parte ou ramo de estudo jurídico, poderá deixar de incluir alguma análise de termos ou de conceitos”²⁵.

Com isso, visa-se afastar vícios de linguagem, em especial as ambiguidades semânticas naturais a signos de vasta abrangência²⁶, como é o caso, por exemplo, dos signos *Direito*, *moral* e *norma*. No particular deste trabalho, o esforço primo será *definir o conceito de precedente enquanto fenômeno da argumentação jurídica*, ou

²¹ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 65, 74, 85, 86.

²² No ponto, recorde-se que os contornos dados aos conceitos que servem de condição para a própria compreensão do fenômeno jurídico são determinados a partir das “contingências de seu tempo: repertório teórico existente, ideologias predominantes, concepções filosóficas prevaletentes, peculiaridade dos objetos investigados, (...) etc.” (DIDIER JR., Fredie Didier Jr. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 60).

²³ Cf. DIDIER JR., Fredie Didier Jr. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 66, quando o autor afirma que a delimitação do conceito é premissa para a investigação do objeto, e quando também afirma, e.g., que para se *investigar* o processo, primeiro impera saber o que é processo. Do mesmo modo, para se poder *investigar o precedente*, impera, primeiro, saber o que é precedente.

²⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 59.

²⁵ MACCORMICK, Neil. Analítica (abordagem do direito). In: ARNAUD, André-Jean (Org.). *Dicionário enciclopédico e teoria e sociologia do direito*. Trad. Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

²⁶ Cf. MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 7-8.

seja, o *conceito lógico-jurídico de precedente*²⁷. Aqui, importa antes lembrar tratar-se dessa definição estipulativa, partindo de uma pequena digressão que remete às categorias pós-giro linguístico²⁸, de metalinguagem que opera como corte metodológico sobre um *conceito*²⁹. Enquanto *conceito* é metalinguagem e significação de uma unidade sígnica³⁰, *definição* é metalinguagem que incide como corte metodológico sobre o próprio conceito definido³¹, isto é, uma *meta-metalinguagem*, ou então, uma metalinguagem (definição) de uma metalinguagem prévia (conceito)³². Dito isso, para este trabalho, parte-se de um *conceito* amplo do signo *precedente* e sobre ele opera-se uma *definição*, logo mais delimitada, de modo a atuar enquanto ferramenta de descrição³³, mas também enquanto *ferramenta de adscrição de significado*³⁴ ao fenômeno jurídico *precedente* (*conceito* [da unidade sígnica *precedente*] ora *definido*). Permite-se, assim, *propor* um conceito lógico-jurídico para o precedente judicial.

²⁷ Encarando o *precedente* como conceito lógico-jurídico, cf., por exemplo, DIDIER JR., Fredie Didier Jr. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 143; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 68 e CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 77.

²⁸ Sobre a linguagem, bem como sobre seus influxos na dogmática jurídica a partir do giro linguístico, para todos: cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1968; CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011 e VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi, 2003.

²⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 39.

³⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 30.

³¹ MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 39.

³² Então: objeto = L⁰; signo = linguagem de sobrenível L¹; conceito = linguagem de sobrenível L² e definição = linguagem de sobrenível L³.

³³ Sobre a função descritiva da dogmática jurídica, cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 39-40, 59-61 e VILANOVA, Lourival. O problema do objeto da Teoria Geral do Estado. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi, 2003. v. 1, p. 188-189, 196, 198, 201, 219 e 223.

³⁴ A linguagem científica não se esgota na função descritiva acima referenciada. A descrição pode até em certo ponto ser tida como a característica primeira da linguagem científica, mas não é a única. Afinal, jogos de linguagem não raro valem-se de diversas funções concomitantes (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 39). A referência ao discurso científico-jurídico enquanto *ferramenta de adscrição de significado* é, pois, feita muito em função do que escreve Humberto Ávila quanto a seu *estruturalismo argumentativo* (cf. ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 32, p. 159-197, 2014; ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 29, p. 181-204, 2013), quando afirma que a linguagem científica, quanto mais a dogmática jurídica, “não apenas descreve, mas reconstrói, adscribe e cria significados.” (ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 32, p. 159-197, 2014, p. 169).

Insta ainda lembrar que o corte metodológico é conduta arbitrária do cientista³⁵ e objetiva expungir a incidência de proposições indesejáveis ao comprometimento da “homogeneidade do espaço empiricamente observado”³⁶. Não se trata, assim, de qualquer capricho do interlocutor, mas de opção teórica que visa afastar a intromissão de proposições não pertinentes ao escopo da investigação proposta, ou, em se tratando de *definição*, do conceito cognoscível. Tampouco exprime necessário dissenso com o posicionamento alheio. Ao revés, apenas direciona o objeto de estudo a partir de premissas pré-fixadas que fornecem as lentes pelas quais deve-se confrontar a investigação científica. Trata-se a definição estipulativa, então, de *proposta de conceito* (aqui, de um conceito lógico-jurídico) feita pelo cientista, *diretiva* e *especificadora* do percurso da investigação, e que não pode ser considerada falsa ou verdadeira em si mesma com base em conceitos externos ao discurso, posto que ela própria atribui uma determinada significação ao signo³⁷. O intento é justamente conferir precisão ao discurso e limitar o escopo do objeto estudado em função das opções que a própria pesquisa marcou como essenciais para a consecução dos objetivos propostos. É ferramenta e técnica que permite tornar tangível o estudo ante as multifárias aproximações científicas concebíveis para a compreensão de dado objeto.

No particular do signo *precedente*, a importância de sobre ele operar-se corte metodológico exsurge da indefinição semântica e pragmática que o vocábulo tem assumido em Direito. Tal qual como acontece com a própria palavra *Direito*, comumente, quando se diz *precedente* se diz tudo, mas não se diz muito, tamanha é a amplitude semântica do signo. Tantos foram os objetos e os significados associados ao signo, e tantos foram os atributos, pressupostos, significações e definições

³⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 11.

³⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 59.

³⁷ ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 32, p. 159-197, 2014, p. 177, 189. Deve, ao revés, sujeitar-se primeiro ao *teste da realidade* (DIDIER JR., Fredie Didier Jr. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 61) em razão do qual se permitirá revelar a aptidão do conceito proposto para solucionar problemas de interpretação do Direito positivo. Só assim a proposta será teoricamente legítima e idônea (no ponto, cf. BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 35). Por cremos que a *definição estipulativa* a seguir delineada, que a *proposta de conceito*, tomadas as qualidades recortadas, não apenas serve para melhor compreender o ordenamento jurídico na atual conjuntura do fenômeno jurídico, mas é ela mesmo *fertilizada pela corroboração do Direito positivo* (BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 35), resta preservada a validade teórica da proposta.

imbuídos a esses significados no curso da investigação histórica e jurídica do fenômeno argumentativo do precedente³⁸ que ao se falar hoje em *precedente* não se sabe ao certo ao que está o interlocutor se referindo. Precedente é decisão? Precedente é jurisprudência? Precedente é *ratio decidendi*? Precedente é norma? O que é, afinal, *precedente*? O signo tem sido usado para referir-se a diferentes objetos culturais, a diversos *significados*. A seu turno, as significações dadas a esses múltiplos significados também não têm sido homogêneas. Por essa razão, ao se falar em precedentes, hoje, não se sabe mais ao certo do que se fala. Claro, existem noções mínimas, auto referenciáveis a partir da convenção linguística a qual o signo integra. São os significados minimamente incorporados ao uso linguístico e construídos a partir da comunidade do discurso³⁹. Trata-se de algo que alude à questão elementar da gnoseologia e que Miguel Reale (1910 – 2006) descreveu como *condição a priori intersubjetiva*⁴⁰. Esta condição *a priori* dota o signo, em razão da convenção, de *núcleos de sentidos* mínimos que determinam, ao menos, os sentidos com os quais o

³⁸ Para um amplo exame acerca do uso do termo *precedente*, por todos, leia-se, na doutrina americana e britânica: SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 37-41; DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, *passim*, esp. p. IX-X e 108-110; SILTALA, Raimo. *A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 65-67; BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016, esp. p. 323; SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016, esp. p. 364; MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016, esp. p. 503-504; na doutrina brasileira: ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, *passim*, esp. p. 33-34, 323-324 e 333-334; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 85-96; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, *passim*, esp. p. 83, 88 e 90-93; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, esp. p. 09-18; STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, esp. p. 41; na doutrina alemã: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 610-620, esp. p. 610-612; e, na doutrina italiana, em texto curto, porém bastante: TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, *passim*, esp. p. 2, 3-7 e 11-12.

³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 53.

⁴⁰ REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 30 e 40. Cf. ainda o raciocínio de MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 27-28 e o que diz Lourival Vilanova (1915 – 2001) a respeito do papel dos conceitos fundamentais *a priori*, frutos da comunidade do discurso, como pré-requisito para a apreensão do conhecimento (VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito do direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947, p. 28-30).

signo não se alinha⁴¹. Por isso, *precedente* jamais remeterá à ideia de uma cadeira, por exemplo. Ocorre, porém, que nas últimas décadas, em decorrência da importância que se tem dado ao estudo do tema, dissemelhantes foram as cifras encontradas por diversos autores para traduzir o fenômeno argumentativo que é o precedente, em especial no contexto jurídico e do Direito⁴². Hoje, de fato, a palavra *precedente*, em Direito, não carrega em si um significado manifesto e dela indissociável, que remete a uma concepção unívoca, clara e bem delimitada, de compreensão uniforme.

Assim, uma vez inegável a “cacofonia” quanto a definição das lindes do signo em exame, seu objeto e, conseqüentemente, o conceito lógico-jurídico a que se crê que o signo deva remeter, o primeiro passo daquele que se propõe a estudar precedentes é fincar um corte metodológico para que possa o leitor saber, desde o princípio, sobre o que exatamente, afinal, está-se dissertando. Do contrário, acaso não se depure o conceito que será pressuposto e premissa para todo o percurso investigativo do trabalho, permite-se que destinatário do discurso se valha de significações outras para a compreensão do objeto estudado; permite-se que emissor e destinatário habitem linguagens distintas e usem do mesmo signo (no caso, do signo *precedente*) para se referir a coisas essencialmente diferentes. Isto polui a precisão do discurso científico e o exime da univocidade de significado desejada para as proposições propostas, para além de guinar para outro norte o sentido que se pretende conferir ao discurso. Em suma, a importância do corte metodológico que se objetiva firmar sobre o conceito daquilo que se elege chamar por *precedente*, a partir do uso da definição estipulativa, permitirá guardar a ambicionada coerência e univocidade do texto científico mediante a proposta de um conceito lógico-jurídico ideal. Por essa razão é capital, antes de falar sobre precedentes, falar o que se considera, para quem deles fala, como *precedente*.

Esse esforço servirá de premissa base para este trabalho. Se a tese defendida parte de interpretação segundo a qual a haveria discri­me semântico entre os signos *precedente* e *jurisprudência* (e entre seus conceitos lógico-jurídicos) empregados pelo legislador no inciso VI do parágrafo primeiro do art. 489 do Código de Processo Civil

⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 53.

⁴² Lembre-se, conforme descreve Schauer, que argumentar por precedentes não é exclusividade da argumentação jurídica (SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, a. 3, n. 39, p. 571-605, 1987, p. 572). Por isso a especificação. Este trabalho verte sobre o precedente sob a ótica do fenômeno jurídico de maneira *lato*. Imprescindível o corte metodológico.

de 2015, para saber-se o que não é precedente, ou seja, nesse caso, para saber o que seria jurisprudência, impera antes saber (=definir) o que de fato é precedente.

1.1 TEORIA DOS PRECEDENTES NORMATIVOS VINCULANTES

Na acepção mais ampla do signo, *precedente* é fenômeno. E mais, é um fenômeno não limitado à argumentação jurídica. O precedente é forma de *justificação* racional que parte da noção basilar de se tratar algo, por estrito critério de equidade, da mesma forma que se tratou no passado⁴³. Emana da natural inclinação da racionalidade humana em aplicar no futuro lições aprendidas no passado⁴⁴ em função de critérios que aproximem as circunstâncias passada e presente em uma relação de semelhança capaz de impor o mesmo tratamento⁴⁵. Enquanto fenômeno argumentativo que é, enquanto manifestação da capacidade do ser humano de racionalizar para influir no processo de tomada de decisão, expande-se para as mais diversas formas de expressão da razão humana. Pode ser encontrado desde a mais ampla linguagem comum e vulgar, como no caso de um irmão mais novo que demanda do pai tratamento igual ao que foi dado ao primogênito no passado⁴⁶, até na mais formalizada das linguagens lógicas, como no caso dos códigos de programação computacionais. Portanto, é um equívoco crer que a justificação por precedentes seria fenômeno que encontra restrita correspondência na argumentação jurídica, ou, ainda, no Direito. Pelo contrário, na argumentação jurídica ingere, assim como o faz, repise-se, com as mais variadas formas de manifestação do raciocínio humano.

⁴³ “The force of precedent in the law is heightened by an additional factor: that curious, almost universal sense of justice which urges that all men are properly to be treated alike in like circumstances.” (LLEWELLYN, Karl Nickerson. Case Law. In: *Encyclopaedia of the social sciences*. SELIGMAN, Edwin R. A.; JOHNSON, Alvin (Eds.). New York: The Macmillan Company, 1930. v. 3, p. 249).

⁴⁴ GRAY, John Chipman. Judicial precedents – a short study in comparative jurisprudence. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 9, n. 1, p. 27-41, 1895, p. 27; SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 38 e MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016, p. 1. E ainda: “Toward its operation [do precedente] drive all those phases of human make up which build habit in the individual and institutions in the group.” (LLEWELLYN, Karl Nickerson. Case Law. In: *Encyclopaedia of the social sciences*. SELIGMAN, Edwin R. A.; JOHNSON, Alvin (Eds.). New York: The Macmillan Company, 1930. v. 3, p. 249).

⁴⁵ “The previous treatment of occurrence X in manner Y constitutes, *solely because of its historical pedigree*, a reason for treating X in manner Y if and when X again occurs.” [grifos no original] (SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, a. 3, n. 39, p. 571-605, 1987, p. 571).

⁴⁶ Referência ao exemplo encontrado em SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, a. 3, n. 39, p. 571-605, 1987, p. 572.

Daí sua característica de fenômeno. Não é propriamente uma criação, uma descoberta humana. Não foi dado ao ser humano decidir, por ato de ciência, em um certo momento, que se passaria a argumentar por meio de precedentes. Muito distante disso, o precedente guarda lindes um tanto quanto intangíveis. Lindes estas que as diversas ciências se propõem a transcrever em linguagem⁴⁷, ou melhor, em conhecimento apreensível. Isso sem nunca olvidar da função também da qual se dota a ciência de *reconstruir*, *adscrever* e *criar* significados⁴⁸ pertinentes ao contexto que se pretende estudar⁴⁹. É a partir desse momento que se passa a compreender o que é precedente para dado contexto, nunca antes. E é desse papel que se ocupam as diversas ciências em seus respectivos ramos de estudo. Não escapa, por óbvio, a Ciência do Direito, em sentido amplo. Ela encontrou no fenômeno do precedente fértil campo para discutir desde a racionalidade das decisões institucionais do Estado⁵⁰, até

⁴⁷ Afinal, a linguagem é, por excelência, a fonte para a constituição do conhecimento. O conhecimento “é a relação entre linguagens – significações”. “É a relação que se dá entre: (1) a linguagem do sujeito cognoscente e (2) a linguagem do sujeito destinatário sobre a (3) linguagem do objeto-enunciado” (MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 5-6). Sem linguagem, pois, não há conhecimento. Não é por outra razão que Wittgenstein (1889 – 1951) outrora afirmou: “que o mundo é o *meu* mundo, isto se mostra porque os limites *da* linguagem (da linguagem que somente eu compreendo) denotam os limites de *meu* mundo.” [grifos no original] (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1968, p. 111).

⁴⁸ E aqui reporta-se novamente ao *estruturalismo argumentativo* de Humberto Ávila; à tese de que “a interpretação [e isso, crê-se, vale para a Ciência de modo geral, especialmente as culturais] é um discurso composto de proposições descritivas, de enunciados reconstitutivos, de enunciados adscritivos e de formulações normativas que reconstituem o Direito a partir de elementos textuais e extratextuais e com base em argumentos, critérios e métodos” (ÁVILA, Humberto. *Ciência do direito tributário e discussão crítica*. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 32, p. 159-197, 2014, p. 189). Cf., ainda, texto específico sobre a tese: ÁVILA, Humberto. *Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 29, p. 181-204, 2013.

⁴⁹ Quanto mais quando o objeto é artificial – criado pelo homem e para o homem, como é o caso do Direito, conforme assinala Zaneti Jr: “O direito não é natural, é artificial, e como tal deve ser tratado por obrigação de coerência lógica e científica como um dado já adquirido e não refutável da nossa experiência jurídica. Os juízos de direito não são uma verdade externa e natural que determinam o justo e o injusto, mediante uma determinada filosofia da justiça ou de uma determinada moral. A tarefa de estabelecer o direito, como limites e vínculos ao poder, é uma tarefa artificial, do homem e da razão humana (...)” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 103).

⁵⁰ O precedente serviria como garantidor da racionalidade das decisões judiciais, já que se parte da premissa de que aquele que o proclama o faz atento para o futuro, consciente dos efeitos que sua decisão potencialmente terá para os casos análogos a ela sucessivos (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 318). A racionalidade estaria guardada porque ter-se-ia decidido como se houvesse apenas uma decisão correta para a questão posta a julgamento (ainda que ela de fato não exista) e que, por isso mesmo, seria a melhor (já que pretensamente a única) possível (cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 137). Sobre a ideia da única resposta correta

a capacidade de influência dos jurisdicionados nessas tomadas de decisão ao se valerem da referência a outros atos institucionais pretéritos⁵¹.

A característica de fenômeno racional da psique humana também induz à constatação da vagueza da afirmação daqueles que eventualmente advogam para o fato de que o uso de precedentes como forma de justificação seria ínsito somente aos países de cultura jurídica anglo-saxônica, que eles seriam uma *exclusividade* da tradição da *common law*. Em verdade, a justificação por precedentes transcende a opção metodológica de determinado ordenamento jurídico por traços comumente albergados dentro das definições dadas à *common law* ou à *civil law*. O precedente é natural à argumentação humana. A esses ordenamentos entende-se que somente é dado dar importância em maior ou menor medida a tais manifestações orgânicas de pensamento e de racionalidade. Por certo, o que pode ocorrer é questão da ordem de preponderância de tomadas de posição históricas e culturais em favor da valoração da eficácia que terá o fenômeno para a determinação das decisões institucionais de um Estado. Isso, no caso, quando se contempla o fenômeno argumentativo do precedente sob a ótica de sua incidência no fenômeno jurídico.

O Brasil figura como claro exemplo do que ora se afirma. Justamente em razão do equívoco em falar-se que precedente (como forma de justificação) é pertinente apenas à *common law*, tampouco assiste razão à assertiva de que o precedente não teria significativa valia no raciocínio jurídico brasileiro⁵². Primeiro, porque a força do fenômeno do precedente permeia uma ou outra tradição em maior ou menor grau; segundo, porque, ainda que se considerasse determinante para tanto a vinculação a uma ou outra tradição jurídica, o exame histórico põe em xeque afirmação de que

como condição para a existência de sentido pleno no discurso jurídico, cf. ALEXYS, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. Trad. Manuel Atineza. México: Fontamara, 2010, p. 151.

⁵¹ Capacidade de influência que não emana apenas da eficácia vinculante do precedente, mas ainda da ideia do *contraditório substancial*, do *efetivo direito* que possuem as partes de suas razões serem também determinantes na solução da questão controvertida (cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 178-184, 1993). Remete-se à noção do contraditório como *direito de influência* na formação da convicção do julgador, o que se crê ser a opção refletida no art. 489, § 1º, IV (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 139).

⁵² Sobre a argumentação que se segue cf. CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm a posteriori. *Verständnis Law Journal*, Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, out. 2018, p. 94-95 e, ainda, ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16-23.

seria o Brasil um país tradicionalmente de *civil law*. Distante disso, pelo menos desde a Proclamação da República, é seguro encontrar, no estudo do desenvolvimento histórico do Direito brasileiro, a opção por traços em prol da valoração do fenômeno do precedente. Este juízo parte da constatação de que com a outorga da Constituição Republicana de 1891 o Brasil recepcionou o *judicial review* estadunidense decorrente do julgamento *Marbury vs. Madison*, assim como também outros elementos da cultura processual constitucional estado-unidense⁵³. Contudo, posteriormente, o Direito brasileiro verteu para a recepção da tradição estatutária napoleônica, porém em nível infraconstitucional⁵⁴. Por essa razão, a evolução histórica do Direito brasileiro republicano foi a partir de sua gênese marcada por uma espécie de sincretismo metodológico⁵⁵ de tradições jurídicas que culminou no desenvolvimento de um modelo híbrido que caracterizaria um chamado *paradoxo metodológico*⁵⁶. Referido modelo derivaria da fusão de tradições percebida na cultura jurídica brasileira. Essa seria, em um ponto, codificada e caracterizada principalmente por um apego e vinculação do magistrado à legislação escrita, pela vinculação da ação ao direito subjetivo e pela cisão entre Direito Administrativo e Direito Privado⁵⁷. Todavia, ao mesmo tempo, em nível constitucional haveria a instituição de um regime de *judicial review* encontrado no modelo brasileiro de controle difuso de constitucionalidade e, ainda, a previsão de *writs* constitucionais, o prestígio dado ao pleito civil *lato sensu*⁵⁸ e à atipicidade das ações a que se refere o brocardo *remedies precede rights* e a gradual consolidação de uma cultura do *stare decisis*⁵⁹.

⁵³ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 22-23.

⁵⁴ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 22-23.

⁵⁵ Nesse sentido cf. BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 11.

⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 1, p. 289.

⁵⁷ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23.

⁵⁸ O pleito civil *lato sensu* é a concepção segundo a qual “se tratam pretensões de direito público, às vezes constitucional, como se tratam as pretensões de direito privado, só se reconhecendo a hierarquia das regras jurídicas (Constituição, leis ordinárias, leis, regulamentos, avisos, portarias), mas estabelecida a justiça igual sob lei processual igual, salvo exceções insignificantes, como a relativa ao processo executivo pelo Estado, no tocante a dívidas fiscais (...)” [grifo nosso] (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. I, p. 46).

⁵⁹ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23, 47.

Nesse sentir, ainda que se queira caracterizar o Brasil enquanto “um país de *civil law*”, o que em si aparenta ser incidir em equívoco – ou, ao menos, em vulgarização de uma discussão mais complexa -, não há como peremptoriamente afastar o influxo do precedente, tomado amplamente enquanto fenômeno argumentativo, no pensamento jurídico brasileiro. A justificação ancorada em tomadas de decisão anteriores (decisões que *precedem* - precedente como *adjetivo*) independe da tradição a que se associa a cultura jurídica de um Estado. Além do mais, o exame histórico evidencia que é antiga a opção, no caso do Brasil, pela valoração do raciocínio judicial orientado a partir de decisões judiciais dadas no passado⁶⁰, o que, em si, já coaduna com a conclusão anterior e, inclusive, infirma a pretensão de taxar a cultura jurídica brasileira enquanto manifestamente de *civil law*.

Nada disso é novidade, porém⁶¹. A pretensão da digressão supra é apenas tornar evidente que não basta enfrentar o fenômeno do precedente partir de esparsos estudos legislativos ou então de exames comparatistas desprendidos da realidade na qual se pretende inseri-lo. Não é possível estudar o precedente como dado posto e imutável quando do ato de conhecimento. Antes, o exame do precedente é verdadeiro *ato de decisão*⁶² científica que irá incidir sobre o fenômeno de modo a sobre ele fazer escolhas acerca de como relacioná-lo com a hipótese objeto do estudo. Deve-se, assim, pelo menos a princípio, partir de um modelo teórico-metodológico que pretenda traduzir como o fenômeno argumentativo do precedente dialoga com o próprio fenômeno jurídico como um todo, ou, mais particularmente, com a experiência de uma ou de outra cultura jurídica.

⁶⁰ Como é possível depreender-se, por exemplo, da redação do art. 59, § 2º da redação original da Constituição Federal de 1891: “Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal *consultará a jurisprudência* dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.” [grifo nosso].

⁶¹ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Guilherme Marinoni já apontavam, desde 2004 e 2010, respectivamente, não ser o fenômeno dos precedentes vinculantes algo restrito à *common law*, seja porque *stare decisis* não é o mesmo que *common law*, seja porque a *common law* já existia previamente à concepção do *stare decisis* e da *rule of precedent* ou seja porque o exame histórico constata a experiência com diversas formas de precedentes vinculantes por parte de países tipicamente classificados como de *civil law* ao longo do processo de evolução de suas respectivas culturas jurídicas, por exemplo (para mais sobre o assunto cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 23-24; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 31-32). Cf. ainda, DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 09.

⁶² Similarmente, mas tratando especificamente da interpretação, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 51.

Como este trabalho enfrenta o fenômeno argumentativo do precedente na perspectiva de seu alcance para a cultura jurídica brasileira, o modelo teórico escolhido como ponto de partida⁶³ é a *teoria dos precedentes normativos vinculantes*, de Hermes Zaneti Jr⁶⁴. Desse marco serão extraídas as primordiais premissas que orientarão a compreensão da faceta jurídica do fenômeno do precedente ao longo do trabalho, primeiro de uma forma *geral* e, em seguida, de uma forma mais particularizada, considerando sua interpenetração na estrutura do ordenamento jurídico brasileiro. Uma dessas premissas, talvez a principal delas, é justamente a *definição* de um conceito lógico-jurídico para *precedente*, que conseqüentemente engendrará muitas das conclusões da pesquisa.

1.2 A DEFINIÇÃO DE PRECEDENTE

Nesse momento exsurge o obstáculo comunicacional referenciado anteriormente, e que deve ser desde logo transposto, sob pena de permitir que a discussão seguinte seja marcadamente ambígua: a *cacofonia* aludida. É que na manifestação do fenômeno do precedente enquanto categoria argumentativa do fenômeno jurídico, passou-se a nomear objetos essencialmente distintos por meio de um mesmo signo: o signo *precedente*.

Por exemplo, de um lado, *precedente* tem sido amplamente usado como simples sinônimo de *decisão judicial*⁶⁵, ou de qualquer *decisão-evento*, em qualquer contexto

⁶³ Importante ressaltar que esse é apenas um ponto de partida, não uma muleta teórica. Não se pretende ignorar outras obras igualmente importantes para o estudo do fenômeno. Ao revés, elas servirão também para agregar conteúdo às premissas propostas e para ultimamente justificar os resultados alcançados. Entre os marcos teóricos que serão em muito utilizados estão: BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 e STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁶⁴ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁶⁵ Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 69-71, esp. p. 71.

do mundo cultural, que preceda a algo⁶⁶. Aqui, o objeto do signo é propriamente o gênero *decisão* (judicial). Por extensão, também seria possível chamar por *precedentes* as espécies que o gênero agrega, porquanto *ser um precedente* seria qualidade decorrente de pertencer ao gênero *decisão/precedente*. Nesse caso, faz sentido a distinção entre as ideias de *precedentes vinculantes* e *precedentes persuasivos* como espécies do gênero *precedente* (=decisão), pois o signo *precedente* é utilizado em referência ao gênero e o que distingue uma espécie da outra são os signos-adjetivos *vinculante* e *persuasivo*. *Decisões vinculantes* e *decisões persuasivas*, portanto, equivaleriam ontologicamente, respectivamente, a *precedentes vinculantes* e *precedentes persuasivos*. O uso do signo *precedente*, como substantivo, neste contexto, seria utilizado apenas para enfatizar a qualidade de a decisão ser contemplada como fato passado.

De outro lado, em uma acepção mais específica e qualitativa, *precedente* é signo utilizado para referir-se a determinadas decisões judiciais cujo papel institucional é unificar a interpretação do Direito e que, precisamente por isso, são vinculantes para julgamentos futuros⁶⁷. Aqui, o objeto do signo é uma *espécie* própria do gênero *decisão*, e não o gênero em si. Nesse caso, não faz sentido a distinção entre as ideias de *precedentes vinculantes* e *precedentes persuasivos*, pois o uso do substantivo *precedente* é reservado a uma categoria do gênero *decisão* que se reputa

⁶⁶ “Precedent is a past event – *in law is nearly always a decision* – which serves as a guide for present action.” [grifos nossos] (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 01). E ainda: “Case law is found in decided cases and created by judges in the process of solving particular disputes. *Case law in some form and to some extent is found wherever there is law*. (...) in any judicial system rules of law arise sooner or later out of such decisions of cases, as rules of action arise out of the solution of practical problems (...) [grifos nossos] (LLEWELLYN, Karl Nickerson. Case Law. In: *Encyclopaedia of the social sciences*. SELIGMAN, Edwin R. A.; JOHNSON, Alvin (Eds.). New York: The Macmillan Company, 1930. v. 3, p. 249). Este último autor, todavia, toma o cuidado, logo em seguida, de distinguir o precedente da *case law* e, conseqüentemente, a ideia de *precedente* da ideia de geral de *decisão*, vinculando um sistema de precedentes à necessidade de reconhecimento institucional: “These generalizations contained in, or built upon, past decisions, when taken as a normative for future disputes, create a legal system of precedent.” (LLEWELLYN, Karl Nickerson. Case Law. In: *Encyclopaedia of the social sciences*. SELIGMAN, Edwin R. A.; JOHNSON, Alvin (Eds.). New York: The Macmillan Company, 1930. v. 3, p. 249).

⁶⁷ A respeito do papel institucional do precedente e de sua conseqüente eficácia vinculante, oriunda dessa ideia de unificação do Direito, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 80-81; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 75-77, 81; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 315, 362; SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 41; TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, *passim*, esp. p. 13-14.

ontologicamente distinta das demais e que retira sua eficácia vinculante como consequência de seu próprio conceito. *Precedente vinculante* então, seria uma expressão pleonástica, vez que aquilo a que se deveria referir como *precedente* já seria, por definição, vinculante. Daí, ainda, que se poderia dizer que, muito embora todo *precedente* seja uma *decisão* (já que é categoria que integra esse gênero) nem toda *decisão* é um *precedente*⁶⁸ (dado que *precedentes* serão apenas espécies específicas desse gênero). E esses são exemplos apenas para quando o signo é usado na forma de substantivo. Como adjetivo, pode servir amplamente para caracterizar a qualidade de uma coisa preceder (=ser anterior) outra coisa.

Assim, diante de todo o universo de possibilidades do uso do signo, decorrentes de uma comunidade discursiva que convencionalmente lhe imprime diferentes valores e associações, reputa-se ser primordial destacar a qual objeto o signo deve se referir em razão de um paradigma teórico pré-determinado ou pré-identificado: seu significado, e qual o conceito atribuído a esse significado. Do contrário, emissor e receptor estarão a habitar jogos de linguagem distintos e restará comprometida a univocidade do texto científico.

Em razão dessa confusão potencial, que não é necessariamente conceitual em si, mas possivelmente terminológica – veja, nos exemplos citados, que se usa o mesmo signo para referir-se a objetos diferentes (significados diferentes; ambiguidade, portanto), não o mesmo signo para referir-se a significações (conceitos) distintas dadas a um mesmo objeto – resolve-se, a partir de um corte metodológico, definir o conceito do objeto cultural a que se deve referir simplesmente como *precedente* em razão do modelo teórico escolhido. E esse objeto é tido como fenômeno contingente de uma categoria conceitual maior, seu *gênero*, que a sua vez pertencerá a outra categoria conceitual maior e assim sucessivamente.

⁶⁸ “Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. De modo que, se todo precedente ressaia de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente” [grifos nossos] (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 157-158). Cf. também a distinção que faz Taruffo entre *precedente* e *exemplo* (TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 11-12). Essa distinção será melhor analisada mais adiante e servirá para trabalhar-se com as premissas desde já estabelecidas.

Tomada, então, como categoria-objeto cognoscível inicial a dos *atos institucionais de um Estado soberano*, dela pode-se encontrar uma nova categoria-espécie *atos institucionais do Poder Judiciário*, que seria gênero de outra categoria-espécie que se pode chamar de *decisão judicial* (decisões proferidas propriamente no exercício da função jurisdicional).

Dessa terceira categoria, a das *decisões judiciais*, agora vista como gênero, pode-se (sem qualquer pretensão de esgotá-la), em sequência, encontrar espécies de provimentos dados no exercício da adjudicação, tais como as então denominadas meras *decisões* (sejam persuasivas ou vinculantes) e o que se convencionou chamar de *precedente*, que nada mais é, com efeito, que *espécie de decisão* marcada pelas características que a torna espécie do gênero ao qual integra (gênero das *decisões judiciais*), mas dotada de outros traços que permitem distingui-la das demais espécies desse mesmo gênero.

Daí a utilidade de se chamar uma coisa de *decisão* e outra coisa de *precedente*, porque muito embora ambas sejam *decisões judiciais*, porquanto espécies de um mesmo gênero, não são coisas iguais em si mesmas. Ou pelo menos não deveriam assim ser consideradas.

Nesse sentido, o signo *precedente*, como usado neste trabalho, tem a função de assinalar a existência de espécie de decisão do gênero *decisão judicial* que não se confunde com outras espécies desse gênero, uma vez que é *decisão judicial que decorre de um contexto específico do exercício do Poder Judiciário* que dá luz a efeitos díspares de outras decisões espécies do gênero *decisão judicial*, que, por outro lado, não se situam nesse mesmo contexto.

Precedente e *decisão* (persuasiva ou vinculante), portanto, embora sejam ontologicamente similares e continentes ao mesmo gênero, são coisas que não devem ser percebidas como idênticas. E para marcar a distinção que se julga haver entre essas duas espécies, trata-se, por exercício de utilidade didática e comunicacional, de cessar de referir-se a ambas pelos mesmos signos: *decisões/precedentes*.

Por isso, a proposta é delimitar o uso do signo *precedente* a um objeto específico e bem identificado a partir do conceito construído, de modo a evitar a ingerência de outros significados que ocultem a faceta destacada no objeto que se pretende ver resumido a partir do emprego deste signo.

Superada a questão, agora se passa a finalmente tratar da *definição* concebida para *precedente* enquanto espécie do gênero *decisão judicial* e o seu conceito lógico-jurídico. E essa definição, como dito, partirá do modelo teórico proposto por Hermes Zaneti Jr. em sua *teoria dos precedentes normativos vinculantes*.

A obra é fruto da experiência acadêmica do autor na Itália e dialoga diretamente com o produto dos seus estudos sobre o Direito Processual a partir da matriz constitucional brasileira⁶⁹. Consequentemente, Zaneti Jr. propõe uma teoria para a interpretação do fenômeno do precedente sem nunca fugir o olhar à experiência desse país e, com isso, finca balizas capazes de permitir vislumbrar o precedente judicial em uma concepção material⁷⁰ ideal e geral, porém imediatamente relacionável à cultura jurídica do Brasil⁷¹.

⁶⁹ Cf. ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 241-247. Em especial, ressalta-se o seguinte trecho: “O fato está aí, a jurisprudência densificando uma determinada interpretação do direito, quer fortemente (como nas súmulas vinculantes e nas decisões de controle de constitucionalidade), quer de maneira mais suave, autoritativa-argumentativa (como na possibilidade de julgamentos conforme a “jurisprudência dominantes”), denota que a criação dos tribunais é hoje, no Brasil, fonte primária do direito.” (ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 241).

⁷⁰ O precedente em sentido material se referiria, segundo o autor, às decisões judiciais surgidas da premissa “de que os casos iguais devem ser tratados de forma igual”, “de que existe um ônus argumentativo para superar ou afastar os casos precedentes na análise do caso-atual”, e que comportam pretensão de universalidade, que conferem racionalidade ao Direito e “que constituírem acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para a solução de questões jurídicas” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 350, 334 e 358-359). No mesmo sentido cf. a análise já feita em MADUREIRA, Claudio Penedo; CUNHA, Gabriel Sardenberg. Decisões (potencialmente) vinculantes. In: PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco; PUPO, Thaís Milani Del. (Coord.). *Estudos sobre direito processual: homenagem ao professor Dr. Marcellus Polastri Lima*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 191-196, esp. 192 e em MADUREIRA, Claudio Penedo; CUNHA, Gabriel Sardenberg. Eficácia vinculante e jurisprudência persuasiva. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antonio; SEDLACEK, Federico; ZANERI JR., Hermes (Org.). *Temas de direito processual contemporâneo*. Serra: Milfontes, 2019. v. 2, p. 633-635.

⁷¹ Não se olvide, como já dito, que os conceitos lógico-jurídicos se sujeitam a um *teste da realidade* e, por isso, se confirmam ou se refutam com base experiência empírica (DIDIER JR., Fredie Didier Jr. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 60-61). Daí

No ponto, sem desprezar outras características que auxiliam na tarefa de decifrar o precedente (e que serão tangencialmente enfrentadas na análise seguinte), são basicamente dois os critérios *necessários* que permitem efetuar o corte capaz de definir o conceito lógico-jurídico de *precedente* no paradigma atual da Teoria Geral do Direito⁷² e da argumentação jurídica segundo o modelo teórico assumido. São eles a *pretensão de universalidade e a interpretação operativa*.

Segundo esses dois critérios, em suma, constituirão precedentes, em sentido amplo, as decisões judiciais cujas *razões determinantes*⁷³ acerca das questões postas a julgamento⁷⁴: a) são construídas a partir de um declarado intento funcional de serem posteriormente enfrentadas e obrigatoriamente observadas na arquitetura hierárquica institucional vertical e horizontal do Poder Judiciário e, concomitantemente; b)

a importância de a concepção material de precedente vislumbrada ser imediatamente relacionável à realidade empírica da cultura jurídica brasileira.

⁷² Paradigma que vige no contemporâneo Estado Constitucional, no qual o abandono do positivismo legalista em função da constitucionalização do Direito permitiu “a crítica interna do próprio ordenamento jurídico a partir dos conteúdos substanciais previstos na constituição”, uma vez que a formulação nomoestática das constituições passou a assegurar “valores jurídicos normatizados que servem de parâmetros para a aferição da validade substancial” de todo o ordenamento infraconstitucional (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 139). Paradigma no qual, além disso, a democracia passa a ser tensionada “entre perspectivas liberais e sociais”, de modo que “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo, e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo.” [grifos nossos] [NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008, p. 163]. Paradigma, ademais, reflexamente marcado pelo surgimento do estado social, cuja legislação social, vaga, fluida e programática, levou à “revolta”, tanto em países da Europa continental quanto naqueles sectários da tradição da *common law*, contra o formalismo logicista e cognitivista do positivismo legalista e do *case method*, respectivamente, ambos calcados na concepção declaratória da interpretação (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 31-32, 34-56, 60).

⁷³ Aqui, vai-se a um passo além da ideia de assimilar a *ratio decidendi* à noção de *razões suficientes e necessárias*. Opta-se, ao revés, por adotar a terminologia de Marinoni, que concebe a *ratio decidendi* como as *razões determinantes*, formadas pelos motivos que, para além de suficientes, foram considerados na fundamentação como *indispensáveis* para a decisão da questão de Direito (*Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 209). No mesmo sentido, e, ainda, defendendo que Marinoni aprimorou o conceito de *ratio decidendi* traçado por MacCormick (1941 – 2009), cf. MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 192-197, esp. 193.

⁷⁴ É preciso o comentário de Marinoni quando afirma que a *ratio decidendi* refere-se à solução de questões postas para julgamento e não necessariamente à solução do caso em si, embora a confusão entre uma coisa e outra possa eventualmente ocorrer. Esse raciocínio torna possível falar de *razões*, i.e., de mais de uma *ratio decidendi*, que se destinam cada qual à solução de questões/pontos de Direito e não à solução do próprio caso posto para julgamento. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 174-178, p. 188.

decorrem de atividade interpretativa nativamente capaz de engendrar novos enunciados que se acoplarão ao catálogo normativo a partir da *reconstrução* dos significados dos dispositivos do Direito posto⁷⁵.

Apenas se as razões de decidir de dada decisão se ampararem sincronicamente nesses dois pressupostos, isto é, somente se o intérprete os identificar na análise *a posteriori*⁷⁶ da decisão pretérita, é que será esta mesma decisão um *precedente* (em sentido material). Do contrário, decisões passadas, mas de cujas razões não é passível ao intérprete extrair a presença destes critérios, serão apenas *decisões*⁷⁷, nunca *precedentes*, ainda que usadas como argumento para a resolução de casos futuros.

A distinção entre essas categorias (*precedente* e *decisão*) segundo a *definição* eleita caberá a exame apartado, que será feito mais adiante. Por ora, cumpre buscar compreender o que é o precedente, para somente depois procurar distingui-lo do que não o é. Passa-se, pois, ao estudo individualizado de cada um dos parâmetros que o definem.

1.2.1 Precedente em sentido estrito e precedente em sentido amplo

⁷⁵ Sobre a análise dessas características, cf. o que também se disse em CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm a posteriori. *Verständnis Law Journal*, Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, out. 2018, p. 94-97 e MADUREIRA, Claudio Penedo; CUNHA, Gabriel Sardenberg. Decisões (potencialmente) vinculantes. In: PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco; PUPO, Thaís Milani Del. (Coord.). *Estudos sobre direito processual: homenagem ao professor Dr. Marcellus Polastri Lima*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 191-196.

⁷⁶ A *norma do precedente*, o precedente em sentido estrito (como ideia de *norma geral*), somente se cria no julgamento do caso futuro, hipótese em que a decisão passada, enquanto *texto*, é interpretada. Se o precedente pode ser chamado, por metonímia, de norma jurídica, e se norma é resultado, não objeto, da interpretação (TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra, 2013, p. 60), jamais será o precedente (no sentido de *norma do precedente*) constituído *a priori*, desde a hipótese do julgamento anterior. Nesse sentido cf. CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm a posteriori. *Verständnis Law Journal*, Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, out. 2018, p. 99-100 e, em sentido similar, cf. TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 4 e TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 9, n. 54, p. 5-36, 2013, p. 29. Nem o dispositivo de lei possui qualidade de norma *a priori*, uma vez que previamente à interpretação é somente texto, não norma.

⁷⁷ A doutrina, em maior ou menor grau, tende a reafirmar esses dois critérios como aqueles obrigatoriamente distintivos para definir o que é um *precedente* e o que é uma mera *decisão*. A exemplo, eles são destacados, ainda que não necessariamente com a mesma denominação, em MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 157-159.

Entretanto, previamente à análise dos critérios de distinção para a definição do precedente em uma concepção material, impera primeiro distinguir as ideias de *precedente em sentido estrito* e de *precedente em sentido amplo*. O objetivo é precisar ainda mais a clareza do discurso. Isso porque até a definição estipulativa que se sucederá é sujeita a polissemia: possui uma acepção mais estrita e uma acepção mais ampla.

Logo, importa *definir a definição*, para que no curso da delimitação dessa segunda fuja-se à ambiguidade que ainda contamina o vocábulo.

A definição estipulativa que se finda nos critérios de *pretensão de universalidade e interpretação operativa* tem dois sentidos. Em sentido estrito, *precedente* será tão somente a *ratio decidendi*⁷⁸⁻⁷⁹ de decisão sobre questão de Direito⁸⁰ em que posteriormente ambos os critérios são obrigatoriamente identificados; *ratio decidendi* da espécie *precedente* do gênero *decisão judicial*, portanto. Em sentido amplo, porém, pode-se chamar de *precedente* a própria espécie de decisão a partir da qual a *ratio decidendi* é identificada no esforço interpretativo do julgamento do caso futuro⁸¹.

⁷⁸ No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2, p. 455. Similarmente: CHIASSONI, Pierluigi. *Diritti umani, sentenze elusive, clause ineffabili*: scritti di realismo militante. Roma: Aracne, 2011, p. 114.

⁷⁹ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 90. Afinal, segundo o autor, os precedentes não equivalem às decisões judiciais, mas são as razões “que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais” [grifos no original] (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 83). Em sentido próximo ao que se define, Marina Gascón explica que “the third and fundamental concept of precedent is the one which identifies sensu stricto as judicial precedent the legal criteria, principle or ground supporting a previous judicial decision which is used as a source for future decision making. In other words what is actually binding in a legal decision is the holding or ratio decidendi, i. e. the legal principles and grounds that hold or support the decision [grifos nossos] (GASCÓN, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal [Eds.]. *On the Philosophy of Precedent*: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012. v. III, p. 35).

⁸⁰ “(...) quando se destaca o raciocínio judicial para a análise das questões postas pelas partes, colocando-se à luz a solução dessas questões e não a solução do recurso ou do caso, torna-se viável pensar em suficiência de dada razão para a solução da questão, ficando claro que não apenas a decisão do caso, mas também as decisões relativas às questões devem constituir *ratio decidendi*.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 174).

⁸¹ No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2, p. 455. Similarmente: CHIASSONI, Pierluigi. *Diritti umani, sentenze elusive, clause ineffabili*: scritti di realismo militante. Roma: Aracne, 2011, p. 114.

Então, a palavra *precedente* pode referir-se tanto às *razões da decisão* quanto à *própria decisão*⁸² *em si*.

No sentido estrito (impróprio)⁸³ está a concepção de precedente especificamente como *norma jurídica*⁸⁴. Cuida-se “de redução do termo ‘norma do precedente’ por, simplesmente, ‘precedente’”⁸⁵. Por sua vez, no sentido amplo (próprio)⁸⁶ está a concepção de precedente como *decisão passada veículo de razões de decidir construídas a partir de pretensão de universalidade e interpretação operativa*.

O precedente, neste sentido amplo/próprio, é tomado como *fonte de Direito*, como fato jurídico que, por meio do trabalho dos julgadores seguintes, permitirá a aplicação de uma norma geral, a *norma do precedente* (=precedente em sentido estrito/impróprio/*ratio decidendi*)⁸⁷.

⁸² Com Castanheira Neves, “o precedente é uma *concreta decisão jurisprudencial*, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu (...) – que se toma (ou se impõe) – como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica.” [grifos nossos] (NEVES, António Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’ e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983, p. 12).

⁸³ O que se chama de *precedente em sentido estrito* é tido por parte doutrina como o *sentido impróprio* do precedente por tratar-se da utilização da palavra *precedente* como sinônimo de *norma jurídica construída em função de uma decisão judicial anteriormente existente* [cf. MACÊDO, Lucas Buri de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 242, p. 521-550, 2015, p. 525-526; MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 71-76; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 77-78; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015, p. 105-106]. Michele Taruffo, por outro lado, refere-se à *ratio decidendi* como o precedente em sentido próprio (cf. TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 6).

⁸⁴ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 233. Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 90. Em sentido diverso, embora o raciocínio exposto leve às mesmas conclusões deste trabalho, entendendo que *ratio decidendi* não é a *norma do precedente*, mas apenas o “texto normativo” (o “elemento linguístico da norma jurídica”), cf. ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 245, p. 351-377, jul. 2015, p. 368-373.

⁸⁵ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 71.

⁸⁶ Por outro lado, *precedente enquanto a própria decisão* é tido como o *sentido próprio* por parte da doutrina [Cf. MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 71-76; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 77; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015, p. 105-106].

⁸⁷ Cf. MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 71-76.

Impera, ainda, destacar que os dois sentidos dados ao conceito proposto devem ser compreendidos como faces complementares de um mesmo fenômeno, como dois momentos diferentes de uma mesma noção. Na primeira face, a do *precedente* em sentido amplo/próprio, jaz a ideia do precedente enquanto fonte de Direito, enquanto ato institucional que propõe *texto normativo, ou enunciado normativo construído a partir dos limites do texto legal e constitucional*⁸⁸. Na segunda face, a do *precedente* em sentido estrito/impróprio, jaz a ideia do precedente enquanto a própria *norma geral* que o intérprete aplica em razão do *precedente-texto* constituído dado o julgamento passado.

Dois momentos do fenômeno, portanto: promoção de textos e aplicação de normas.

Algo à semelhança do que ocorre com a noção de *lei*⁸⁹ (ou até mesmo de *Direito*), também passível de ser contemplada nesses dois momentos: primeiro, lei como fonte de Direito, como *texto* especificamente proposto pelo parlamento; segundo, por metonímia, como norma aplicada pelo intérprete em razão desses textos⁹⁰.

⁸⁸ Nesse sentido, referindo-se ao *precedente* enquanto decisão judicial passada fonte de Direito que configura *texto normativo*, ou simplesmente referindo-se ao *precedente* enquanto *texto* de cuja interpretação aplicam-se normas, cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 147-148; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 71, 76, 109 e 211; PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 2, p. 93-133, 2017, p. 109; STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 60-61; PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos precedentes judiciais. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 19, n. 119, p. 645-668, 2018, p. 662, 664; SILVA, Beclate Oliveira; LIMA, Bruna Medeiros Valente de. Vinculação do precedente no Brasil: análise normativa. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, a. 26, n. 103, p. 63-85, 2018, p. 69, 83; LIMA, Bruna Medeiros Valente de. *Controle da vinculação horizontal do precedente judicial: caminhos para a consolidação da segurança jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Alagoas, Maceió, 2017, p. 62-82. Cf., ainda, ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 245, p. 351-377, jul. 2015, p. 368-373, muito embora para os autores seja a *ratio decidendi* aquilo que comporia “texto normativo”, ou seja, o “elemento linguístico da norma jurídica”, e não a decisão judicial enquanto fato jurídico em si.

⁸⁹ Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

⁹⁰ Similarmente: “O precedente judicial, conforme fixado anteriormente, é compreendido como fonte do direito, isto é, a partir dos precedentes é possível construir uma norma jurídica, assim como, *mutatis mutandis*, da lei se constroem normas.” (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 201).

Como o segundo sentido (sentido amplo/próprio) é o mais comumente associado ao conceito destacado⁹¹, será ele o imanente ao uso do signo *precedente* neste trabalho. Por isso, toda vez que a referência for a *precedente* no significado de *ratio decidendi*, de *norma do precedente*, e não no de *espécie de decisão que é dotada de pretensão de universalidade e interpretação operativa e da qual pode provir norma jurídica*, haverá a indicação do uso da definição em seu sentido estrito.

A ressalva é importante, uma vez que, se ao mesmo tempo é possível (e correto) dizer que o *precedente* é norma geral e concreta⁹² que provém de uma espécie de decisão e que essa decisão também pode ser chamada de *precedente*, também poderia se falar em *precedente do precedente*. O sentido aqui seria o de *razões determinantes de uma decisão construída com pretensão de universalidade e interpretação operativa para a solução de questões de Direito*. Daí a digressão. A clareza do discurso científico agradece. A partir do corte metodológico (sentido estrito/definição) da primeira definição estipulativa (sentido amplo), pode-se delimitar linhas seguras para minimizar ao máximo a ambiguidade inerente ao termo.

Feitas essas considerações, siga-se a precisar as notas distintivas do *precedente* a partir de uma concepção material.

1.2.2 Pretensão de universalidade

Muitos são os fundamentos utilizados para defender a capacidade de o precedente, em menor ou maior grau, influir no julgamento de casos posteriores a ele. São comumente invocados os conceitos de segurança jurídica (que se desdobra nos

⁹¹ No ponto, impera trazer a lume esclarecedor trecho de autoria de Lucas Buriel, que trata da utilização da palavra *precedente* enquanto *norma* e enquanto *espécie de decisão*: “se parte da perspectiva do precedente judicial como fonte de direito: isto é, toma-se a decisão como ato jurídico que tem por eficácia (anexa) lançar-se como texto do qual se construirá uma norma. Esta norma, na teoria dos precedentes, é comumente designada de *ratio decidendi*. Este é o sentido próprio em que se invoca a palavra precedente, *embora seja possível falar em precedente como norma, em um sentido impróprio e por metonímia, como se fala em “aplicação da lei”, quando, na verdade, quer-se falar em “aplicação da norma pela lei.”* [grifos nossos] (MACÊDO, Lucas Buriel de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 242, p. 521-550, 2015, p. 525-526).

⁹² Cf., por todos, ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 402-404.

valores da previsibilidade⁹³, da calculabilidade⁹⁴ e da estabilidade⁹⁵), de efetividade e eficiência⁹⁶ e também de igualdade⁹⁷. Todos estes aspectos são igualmente importantes e encontram guarida em qualquer proposta de análise do fenômeno do precedente em sua expressão jurídica.

Todavia, muito embora indispensáveis para uma compreensão total do fenômeno e das justificativas deontológicas do *stare decisis*⁹⁸, não servem para dizer o que deva

⁹³ Cf. ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, 2009, p. 129; ALVIM, Teresa Arruda, Precedentes e evolução do direito. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 33; DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 100, p.166-185, 2000, p. 182; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 69; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 104; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 98-102.

⁹⁴ Segundo Humberto Ávila, diferentemente de *estrita* previsibilidade como a predição de uma resposta correta, o que a segurança jurídica impõe é a *calculabilidade*, o estado de coisas em que o cidadão dispõe “da elevada capacidade de prever o número reduzido de alternativas decisórias e o espectro de tempo em que a decisão a seu respeito será tomada” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 634). Sobre o conceito, em detalhe, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 605.

⁹⁵ Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 101-102; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 58, 128-129; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 103.

⁹⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 139-140; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 121-124.

⁹⁷ “As a matter of equality or formal justice, so this argument goes, essentially similar cases should be treated in the same way, just as essentially different cases should be treated differently.” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 170). Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 115-121; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85-86; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111-115 e MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 166-168.

⁹⁸ Importante destacar, desde logo, que, por opção didática, o termo *stare decisis* será usado neste trabalho em sua acepção ampla, significando o mesmo que *precedentes*, *precedentes (vertical e horizontalmente) vinculantes*, *modelo/sistema de precedentes* ou *doutrina do precedente*. Todavia, é importante destacar que, estritamente falando, *stare decisis* e *precedente* não são tecnicamente a mesma coisa. O primeiro faz referência à estabilidade em sentido *lato*, consagrando a obrigação de uma mesma corte respeitar seus julgamentos anteriores, ou, dito de maneira mais geral, consagrando a vinculatividade horizontal dos precedentes. O segundo tem sentido mais amplo, e refere-se tanto ao precedente em sentido horizontal, quanto vertical. Conforme explica Schauer: “Stare decisis is the term used to describe the obligation to follow *its own* previous decisions. And because stare decisis is thus limited to the putative constraints of a court’s own previous decisions, it is most accurately understood as a subset of and not congruent with the idea of precedent. The idea of precedent generally is broader, including both vertical precedent, the duty of a court to adhere to the decisions of courts above it on the judicial hierarchy; and horizontal precedent, the duty of a court to follow its own decisions from some time in the past. When we are talking precisely about stare decisis, therefore, we are referring only to the latter, to horizontal precedent. And when we are discussing precedent in the context of decisionmaking by the Supreme Court of the United States, we are entirely within the domain of horizontal precedent and stare decisis, because vertical precedent has no applicability to courts that sit

ser considerado um precedente, isto é, o que efetivamente é um precedente em sentido material. A relação entre esses elementos e o precedente não serve como base objetiva capaz de definir o precedente. De fato, o precedente importar maior segurança jurídica não é o mesmo que dizer que uma decisão necessariamente será um precedente por sua potencial capacidade de ser parâmetro argumentativo para um julgamento futuro e, assim, otimizar a segurança do ordenamento, seja por garantir previsibilidade ou estabilidade.

Tampouco é correto crer que a capacidade de o precedente promover tratamento isonômico é o mesmo que afirmar que uma decisão é um precedente porque uma decisão futura dela se valeu para resolver um caso igual. Decisões que fogem à concepção aqui dada a *precedente* podem de igual modo eventualmente convir para promover segurança jurídica e igualdade, por exemplo, sem que isso as torne decisões judiciais (=gênero) *precedentes* (=espécie) em acepção material.

Em verdade, não é a segurança jurídica, a igualdade ou a eficiência que servirão para definir o precedente. Portanto, importa delimitar quais critérios marcam a caracterização do precedente enquanto tal.

Contudo, isso não significa desprezar os conceitos acima mencionados. Eles não podem ser ignorados quando se analisa precedentes. Apenas não se qualificam como traços definidores da qualidade de *precedente*. Ao contrário, são contingentes⁹⁹ à categoria que os abrange: a uma *pretensão de universalidade* fundada nas premissas filosóficas do imperativo categórico kantiano¹⁰⁰. Essa sim é categoria que corresponde a critério *necessário* para a definição da noção básica de *precedente*.

atop the judicial pyramid.” [grifos no original] (SCHAUER, Frederick. *Stare decisis and the selection effect*. In: PETERS, Christopher J. *Precedent in the United States Supreme Court*. Dordrecht: Springer, 2013, p. 121-122).

⁹⁹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 358-360, esp. p. 360.

¹⁰⁰ Cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 361 e, ainda, GASCÓN, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal [Eds.]. *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Beijing, 2009. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012. v. III, p. 39.

A concepção da pretensão de universalidade é construída primordialmente com base na ideia fundamental que jaz no princípio de universalidade¹⁰¹ (*Universalisierbarkeit*) de Kant¹⁰² (1724 – 1804) e que permeia seu imperativo categórico. Firma-se na ideia chave de existir um dever de agir conforme máximas subjetivas que se julga que deveriam ser seguidas por todos, como se houvesse um valor moral ideal passível de ser encontrado na natureza por qualquer um dos que nela habitam. Desse modo, sugere-se que a conduta humana deve partir de atos que se pretende serem enfrentados como leis universais, porque se crê serem as máximas que os subjazem corretas, benéficas e orientadoras de um dever de agir adequado. Buscar-se-ia, então, influenciar a convivência humana a partir de atos que conseqüentemente pretendem tomar como universais as máximas subjetivas que os orientam. Assim, o ser humano, quando agisse moralmente, atuaria como se fosse legislador universal, pois, ao assim atuar, acabaria por pretender impor seus princípios a outrem¹⁰³.

Esse raciocínio pode ser usado para melhor compreender o fenômeno dos precedentes, trasladando-os para incidir sobre fenômeno jurídico com maior racionalidade. Se se parte da ideia básica de que precedentes são decisões cujas razões devem (ou ao menos podem) influenciar o julgamento de casos posteriores, ou de que são decisões cujas razões servem para pacificar controvérsias de Direito, parece mais correto que as decisões que constituem essas razões o tenham feito com pretensão de universalidade. Isso porque tomar a universalidade como critério para

¹⁰¹ Que, em português, julga-se que melhor fosse traduzido como *universalizabilidade*, isto é, a ideia de *tomar-se algo como capaz de ser universalizado*, não como *algo ser, de fato, universal*. Essa também é a opção de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (In: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. XVIII-XIX). Marinoni, por outro lado, usa *universabilidade* (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 321-322). Manter-se-á, contudo, por consistência, o termo *universalidade*, vez que é aquele de maior difusão na doutrina brasileira que trata do tema de precedentes.

¹⁰² Que corresponde, em apertada síntese, a: “[to] act only according to that maxim whereby you can at the same time will that it should become an universal law” (KANT, Immanuel. *Grounding for the metaphysics of morals*. Trad. James W. Ellington. 3. ed. Indianapolis: Hackett Pub, 1993, p. 50), já citado por ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 361 e GASCÓN, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal [Eds.]. *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Beijing, 2009. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012. v. III, p. 39.

¹⁰³ Cf. KANT, Immanuel. *Grounding for the metaphysics of morals*. Trad. James W. Ellington. 3. ed. Indianapolis: Hackett Pub, 1993, *passim* e KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 103-111.

aferição da moral (*rectius*: racionalidade) da decisão não parte da noção apenas de ao Judiciário ser imposto o dever de julgar, no presente, de igual modo foi julgado no passado. A ideia é, ao contrário, mais ampla. A universalidade, aqui, significa *proferir uma decisão ciente de que se está a presumir que essa decisão é aquela que por qualquer um sempre deverá ser encontrada para a solução de uma mesma hipótese*¹⁰⁴.

Deste modo, a ideia de universalidade dialoga precisamente com a noção de que a atividade do julgamento deve partir do pressuposto de que existiria tão somente uma única resposta correta para a solução da hipótese¹⁰⁵. Ademais, essa solução é pensada não somente como uma resposta para a questão julgada, mas como o paradigma a que qualquer outro julgador chegaria fosse a ele dada a mesma oportunidade de decidir sobre essa questão¹⁰⁶. Em suma, decidir valendo-se de

¹⁰⁴ GASCÓN, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal [Eds.]. *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Beijing, 2009. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012. v. III, p. 40.

¹⁰⁵ Deve-se desde logo ressaltar que não se está aqui afirmando que exista, de fato, *uma* única resposta universalmente correta para cada questão de Direito. Tampouco está se fazendo referência à doutrina de Dworkin acerca da “resposta certa” (*right answer*) a ser encontrada por Hércules segundo a ideia de *Direito como integridade* (amplamente sobre isso cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-203; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175-216). Muito mais simplesmente, está-se afirmando que o julgamento pautado na universalidade decide a questão partindo-se da ficção (*rectius*: presunção) de que a resposta que propõe é a correta para o caso, independentemente de existir, mesmo, solução correta ou não. Trata-se de decidir *como se* houvesse uma única resposta correta para problemas de Direito (assim, cf. GASCÓN, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal [Eds.]. *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Beijing, 2009. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012. v. III, p. 38). Com isso, aproxima-se do raciocínio de Alexy, que lida com a noção de única resposta correta enquanto uma *ideia regulativa*, no sentido de que, independentemente do fato de existir ou não uma resposta universalmente correta para cada caso e ainda que não haja meios seguros para sustentar que essa resposta, caso exista, possa ser encontrada, *o participante do discurso jurídico deve levantar a pretensão de que sua resposta é a única correta*, com o que cumpre, consequentemente, um dos requisitos da racionalidade da argumentação, de sempre buscar-se a melhor resposta possível para cada caso. (ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. Trad. Manuel Atienza. México: Fontamara, 2010, p. 151. Também assim, cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 137-138). Assim também deve proceder o Judiciário ao decidir com pretensão de universalidade, presumindo que a sua resposta é a correta ao oferecer uma “resposta institucional do sistema”. E continuará ela a ser a resposta “correta” até que venha outra, no caso dos precedentes, por meio do *overruling*.

¹⁰⁶ É até mesmo por isso que, ao julgar-se com pretensão de universalidade, deve sempre ter-se em mente que esse julgamento parte do pressuposto de que, por ser ele o único possível – porquanto presumidamente *correto*, no futuro certamente decidir-se-á do mesmo modo. A *decisão precedente*, por isso, não pode ser proferida atentando-se apenas para o que é o *melhor* ou o *correto* tomando

resposta que se *pretende* ser por todos tomada enquanto lei *universal*; decidir, de fato, *como se sempre houvesse uma única resposta para o Direito*. Por isso fala-se em *pretensão de universalidade*.

É por esse motivo que o argumento da pretensão de universalidade melhor traduz o precedente no contexto do fenômeno jurídico¹⁰⁷. Se a concepção que está no cerne do significado mínimo de precedente para o Direito é a de uma decisão que em um grau ou outro ingere na resolução de hipóteses a ele posteriores, mais correto é que decisões que funcionalmente se coloquem como precedentes pretendam universalizar suas razões. Isso significa que essas razões sejam pensadas e construídas a partir da premissa de se tornarem paradigmas a influírem em julgamentos futuros enquanto leis universais, enquanto decisões que devem ser seguidas porque se assumem como as únicas respostas corretas para a solução de dado tipo de hipótese; enquanto a única resposta a que todo órgão julgador chegaria, ou que, talvez, ao menos deveria chegar caso fosse dada a ele a oportunidade de decidir¹⁰⁸.

somente a conjuntura que orbita o caso presente que ela invariavelmente soluciona, mas também ponderando-se acerca de se esse *correto/melhor* para o *agora* também será o *correto/melhor* para o *futuro* sobre o qual seu juízo incidirá. Esse é o chamado *forward-looking aspect* do precedente. Em esforço de síntese: “That I must treat like cases alike implies that I must decide today’s case on grounds which I am willing to adopt for the decision of future similar cases, just as much as it implies that I must today have regard to my earlier decisions in past similar cases” (MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978, p. 75). Sobre o tema, cf. SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, a. 3, n. 39, p. 571-605, 1987, p. 589 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 89.

¹⁰⁷ “Dizer-se que para certo e determinado caso só há uma decisão correta é, também, a ideia de que está por detrás da necessidade de que os precedentes sejam seguidos, *principalmente* nas hipóteses em que o juiz tenha exercido função visivelmente criativa.” [grifo no original] (ALVIM, Teresa Arruda. Cada caso comporta uma única solução correta? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 1.228). Em especial, repare-se o destaque à função criativa do juiz. Este ponto é precisamente aquele que está inserto no segundo critério, que é a *interpretação operativa* e que será discutido no próximo tópico.

¹⁰⁸ Mais uma vez, ressalve-se que não se está defendendo a existência de uma única resposta correta. Ao contrário, crê-se que o julgamento pautado na universalidade propõe solução tomada enquanto a resposta oficial do Estado, que, uma vez chamado para pacificar uma questão, deve a ela fornecer alguma (uma) resposta a se assumir como correta naquele espaço temporal por corresponder à “resposta do sistema jurídico”. Essa resposta será vista como a “correta” até que surja outra, no caso dos precedentes, com a superação.

Precedente será, então, a decisão pensada de modo a impor (*rectius*: universalizar) suas razões. Afinal, recorde-se que precedente não escapa à definição de manifestação de argumento de autoridade¹⁰⁹.

Posto isso, precedente será, de igual modo, a decisão que comporta *razões universalizáveis*. Essas são as razões determinantes para a solução de questão decidida no julgamento precedente e que deverão ser obrigatoriamente enfrentadas no exame interpretativo futuro, porque quando foram criadas assim o foram com pretensão de universalidade¹¹⁰, porque foram criadas com intento funcional de conformar a ordem institucional hierárquica tanto vertical *quanto horizontal*¹¹¹.

No ponto, veja-se novamente que não é o critério da igualdade em sentido estrito que importará a conformação do juízo futuro à decisão precedente, mas a *pretensão* do órgão hierárquico em superior nível vertical/horizontal de que as suas razões de decidir sejam compreendidas enquanto regras universais, que devem ser seguidas porque criadas especificamente com esse fito, porque criadas precisamente partindo-se de uma *presunção institucional* de que forneceriam elas as únicas soluções para as hipótese enfrentadas. A princípio, o precedente não imporá tratamento igual ao caso análogo¹¹² apenas em função da condição de igualdade relevante que se estabelece entre eles. O precedente imporá tratamento igual ao caso análogo porque, para além da analogia, suas razões de decidir são pensadas e formuladas sob a *presunção* de fornecerem as únicas respostas corretas para questões discutidas em casos que se aglutinem sob os mesmos critérios de relevância. Isso ocorre em razão do fato de que o Estado, ao ser chamado para decidir com pretensão de

¹⁰⁹ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 86.

¹¹⁰ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 359-359.

¹¹¹ A referência é ao plenário e aos órgãos especiais/especializados dos tribunais. Conquanto não seja o mais correto falar em *hierarquia horizontal* entre as diferentes divisões administrativas de um tribunal, o termo é usado a título de esforço argumentativo, para ressaltar a importância do plenário e dos órgãos especiais/especializados para a constituição de precedentes em detrimento das turmas/câmaras/seções comuns, como será melhor delimitado à frente. Aqui a questão é mais de competência institucional, não de hierarquia propriamente dita.

¹¹² Não há, propriamente, necessidade de *igualdade* entre os casos. Basta que sejam *similares* a partir de um critério de igualdade ou distinção *relevante*, que, por princípio de justiça formal, demandará tratamento análogo para ambos (Cf. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 170, 175). Julga-se não bastar o critério da igualdade relevante, porém. Ele deve, ainda, ter sido estabelecido com pretensão de universalidade.

universalidade e assim pacificar uma questão de Direito, deve fornecer *alguma* resposta institucional que, porquanto passada com essa pretensão, deverá ser compreendida enquanto a “resposta do sistema” e, por isso, a única que, naquele momento, é a “correta”¹¹³. Como passada pelo órgão institucional constitucionalmente competente¹¹⁴ para pacificar a interpretação da questão (isto é, fornecer *uma* resposta centralizada para o problema), a resposta é presumidamente correta e logicamente imposta àqueles a ela vinculados¹¹⁵ e, por afinal consistir na resposta institucionalizada do órgão do Estado atribuído da função de dá-la, imposta normativamente aos sujeitos de Direito¹¹⁶. Todavia, isso não significa que a resposta dada em julgamento com pretensão de universalidade (a resposta do “sistema”) é realmente a correta, ou melhor, a *única* correta. Se fosse, não haveria que se falar na possibilidade de sua superação (no *overruling* do precedente que a propõe). Diferentemente, *é resposta que se presume ser a correta* como forma de se preservar a racionalidade da atividade judicante.

Esse será o critério distintivo e necessário para a caracterização do *precedente*. Sugere-se ser esta a regra que melhor explica, do ponto de vista da moderna concepção da teoria da argumentação, o vínculo entre o precedente e a

¹¹³ Exatamente nesse sentido: ALVIM, Teresa Arruda. Cada caso comporta uma única solução correta? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, esp. p. 1.220 e 1.228.

¹¹⁴ Como é, por exemplo, o caso do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em face, respectivamente, do art. 102, I, 'a' e III e do art. 105, III da Constituição Federal. Daí que é preciso o comentário de Luiz Guilherme Marinoni ao afirmar que “as normas constitucionais que atribuem às Cortes Supremas as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para dar origem a um sistema de precedentes obrigatórios.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 109).

¹¹⁵ Do que faz sentido a opção do art. 927, V do CPC/15, de reforçar a submissão dos juízes e tribunais à orientação (i.e. à *resposta*) do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem institucionalmente vinculados (seja em perspectiva horizontal ou vertical, é preciso dizer). Quanto à questão da obrigatoriedade *vertical* reforçada pelo inciso V do art. 927, cf. o que já se sustentou em MADUREIRA, Claudio Penedo; CUNHA, Gabriel Sardenberg. Decisões (potencialmente) vinculantes. In: PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco; PUPO, Thaís Milani Del. (Coord.). *Estudos sobre direito processual: homenagem ao professor Dr. Marcellus Polastri Lima*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 186-190.

¹¹⁶ Do que faz sentido constatar que precedentes vinculam também a administração e os sujeitos privados, e não apenas o Judiciário. Do contrário, cai por terra a racionalidade que se presume haver ao constitucionalmente imputar a determinados órgãos de um Poder a tarefa de fornecer *uma* resposta do próprio Estado quanto a controvérsias interpretativas. Afinal, se essa resposta não se impõe aos particulares e à administração, permite-se que eles simplesmente violem a solução dada pelo próprio Estado a essa controvérsia e, assim, neguem vigência ao Direito, ora visto sob o aspecto da abstração de um ordenamento de regras imposto pelo Estado para a regulamentação dos atos conduzidos sob seu domínio soberano.

argumentação jurídica¹¹⁷. Não a isonomia, não a segurança jurídica e seus consectários, e também não a eficiência. Estes últimos, ao contrário de definir o precedente, dele decorrem, são consequenciais a ele, porquanto albergados pela noção de universalidade que se firma no cerne do *precedente enquanto manifestação de uma pretensão de universalidade* do Poder Judiciário e, por isso, são contingentes. Se há universalidade, logicamente haverá tratamento isonômico¹¹⁸, porque a universalidade obrigatoriamente o impõe, já que se assume haver uma única resposta para aquilo que se reputa igual¹¹⁹. Se há universalidade, conseqüentemente promover-se-á a segurança jurídica, porque ela fixa ferramenta de controle de arbitrariedade. Entretanto, se há isonomia e segurança jurídica, não necessariamente há universalidade. Uma decisão proferida sem pretensão de universalidade e seguida no futuro porque invocada no processo como argumento pode promover isonomia e segurança jurídica, ainda que não contenha pretensão de universalidade¹²⁰. Se a universalidade pressupõe a isonomia e a segurança jurídica, a recíproca não é verdadeira.

Tomadas essas premissas, cabe dizer que a opção pela regra da universalidade enquanto parâmetro definidor do precedente engendra algumas conclusões.

1.2.2.1 Pretensão de universalidade e conferência de unidade ao Direito

¹¹⁷ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 364-365.

¹¹⁸ Cf. MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 166.

¹¹⁹ Aqui deve-se novamente ressaltar a necessidade de haver critérios para caracterizar a condição de *igualdade* entre duas instâncias. Coisas podem ser iguais a partir de certos critérios, porém diferentes a partir de outros. E ainda: coisas podem ser iguais, porém merecer tratamento díspar, porque a igualdade no caso não importa para a realização do fim pretendido. Assim, a igualdade deve sempre ser investigada partindo-se de um *critério* para a obtenção de um *fim*, como bem assevera Humberto Ávila ao explicar o postulado da igualdade (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 193). Por essas razões que quando se trata de precedentes se fala de *igualdade relevante*, como já citado. Casos sob julgamento podem ser iguais em certos pontos, mas diferentes em outros. O que demandará o tratamento equânime é a igualdade dos casos a partir da definição de *critérios* que orientam o *quê* de igualdade que relevará para o *fim* proposto. Em sentido similar, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 181-183, especialmente p. 183.

¹²⁰ Este é precisamente o critério que servirá para distinguir o *precedente* das meras *decisões* que eventualmente poderão vincular em razão da norma decorrente do parágrafo primeiro, inciso VI do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015. A distinção será feita em maior detalhe no tópico 4.1.

Em primeiro lugar, somente serão precedentes as decisões judiciais que, para além de solucionar o caso concreto, são proferidas com o intento de suas razões de decidir servirem de parâmetro para casos análogos futuros. *Somente serão precedentes decisões com a finalidade de conferir unidade ao Direito*. Essa é a chamada função nomofilática do precedente¹²¹, que decorre precisamente de sua pretensão de universalidade¹²².

Aqui poder-se-ia dizer que precedente, então, seria decisão outorgada com intuito *uniformizador*. Deve ser feita uma ressalva, porém, vez que *dar unidade e uniformizar* não é o mesmo¹²³.

O precedente *uniformiza*, mas não porque ele decide vários casos concretos do mesmo modo, e sim porque *ele dá a ferramenta para que outros o façam*. Essa ferramenta é a conferência de *unidade ao Direito*.

A distinção é tênue, todavia necessária para a compreensão do precedente a partir do escopo da pretensão de universalidade. A *uniformização* é apenas decorrência mediata do caráter vinculante do precedente; decorre da conferência de *unidade* que ele promove, de sua função nomofilática. Logo, pode-se até dizer que o precedente *uniformiza*, mas isso não ocorre imediatamente, apenas *mediatamente*. Seu papel, ao revés, é *conferir unidade*, é, por assim dizer, *unificar a interpretação sobre ponto de Direito*. Por meio dessa *conferência de unidade* é que o precedente, *mediatamente*, serve como pronunciamento paradigma em razão do qual viabiliza-se a *uniformização*

¹²¹ Sobre a função nomofilática, analisada hoje sob a lente do Estado Constitucional, distante daquela do paradigma iluminista que invariavelmente permeou os estudos germinais a respeito da cassação, cf. CHIARLONI, Sergio. *Funzione nomofilattica e valore del precedente*. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 e, principalmente, TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 13-15, para quem há de falar-se em “nomofilaquia através do precedente” (p. 14). Cf., ainda, ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 362-363, que também se vale da lição de Taruffo para aclarar o contemporâneo tom da função nomofilática e sua relação com a regra da universalidade e com os precedentes de modo geral.

¹²² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 362.

¹²³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 81.

da aplicação do Direito quando do surgimento de divergências a respeito de sua interpretação¹²⁴.

Daí ressaí a compreensão de que dois julgadores distintos realizam essas duas atividades distintas. Um julgador confere *unidade* a partir da pretensão de universalidade, quando profere decisões que se propõem ser precedentes para o futuro. Outro julgador parte desses precedentes para aplicar as normas (precedentes em sentido estrito) deles eventualmente oriundas de modo a *uniformizar* o exercício da jurisdição. O primeiro confere *unidade*, o segundo *uniformiza*. Logo, proferir precedentes não é o mesmo que *uniformizar* o Direito, porque somente aqueles que os interpretam e aplicam o *uniformizam*. São esses (e não aqueles) que repetem, em inúmeras decisões proferidas em milhares de casos concretos, as normas que os precedentes ensejam¹²⁵⁻¹²⁶. Conferir *unidade*, ao contrário, é função de quem julga

¹²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A semelhança no dissídio jurisprudencial para efeitos de recurso especial e embargos de divergência e a lógica. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Coord.). *Direito processual*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 292.

¹²⁵ “Daí que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça – como Cortes Supremas que são – devem dar *unidade ao direito* e não propriamente uniformizá-lo. Essas cortes não devem repetir inúmeras e inúmeras vezes diante de milhares de casos concretos a mesma solução jurídica para uniformizar a aplicação do direito no nosso país. Devem *dar unidade ao direito* a partir da solução de casos que sirvam como precedentes para guiar a interpretação futura do direito pelos demais juízes que compõe o sistema encarregado de distribuir justiça *a fim de evitar a dispersão do sistema jurídico*. Nessa linha, uniformizar é tarefa das Cortes de Justiça, que têm o dever de controlar a justiça da decisão de todos os casos a elas dirigidos – o que obviamente inclui o dever de aplicação isonômica do direito.” [grifos no original] (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 81). Neste, Daniel Mitidiero é preciso ao distinguir as funções de *dar unidade* e de *uniformizar*. Contudo, discorda-se do autor quando afirma ele que a função que se entende chamar por *nomofilática* exista apenas no âmbito das cortes supremas; do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no caso do Brasil (p. 83). Diferentemente, crê-se que também tribunais estaduais e regionais possam decidir certas hipóteses com pretensão de universalidade e, conseqüentemente, em função *nomofilática*. Casos claros são aqueles (i) em que o tribunal estadual, por exemplo, atua como corte vértice no controle de constitucionalidade de leis municipais e estaduais frente a uma constituição estadual ou ainda (ii) casos que discutem matérias municipais ou estaduais que não se sujeitam à revisão do STF ou do STJ [cf. BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 102-103, 301-302; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. 2, p. 1.143]. Também há que se atentar que é passível de ser encontrada pretensão de universalidade nas decisões plenárias e de órgãos especiais/especializados dos tribunais estaduais e regionais, que potencialmente poderão formar precedentes vinculantes. E isso, aliás, pode também decorrer de própria eleição legal, como é o que faz o art. 927, V do CPC/15. Nesse exato sentido também converge ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 406-407.

¹²⁶ Um bom exemplo deste raciocínio no Direito brasileiro é a lógica do julgamento dos Recursos Extraordinários e Especiais repetitivos prevista nos arts. 1.036 e subsequentes do Código de Processo Civil de 2015. Define o referido art. 1.036 que, identificando-se “multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção”. Nesse caso, segundo o art. 1.037, incisos I e II, identificar-se-á “com precisão” a “questão submetida a julgamento” e determinar-se-á a suspensão

com pretensão de universalidade, de quem universaliza suas razões para posteriormente em função delas serem aplicadas as normas (precedentes em sentido estrito) que servirão para *uniformizar* a tutela de casos análogos e das questões neles levantadas¹²⁷.

Por certo, crer que o precedente *uniformiza* é confundir os momentos. A conferência de *unidade* decorre do passado; decorre dos precedentes em razão dos quais serão aplicadas normas (os precedentes em sentido estrito) para o julgamento de casos futuros. A *uniformização*, ao contrário, ocorre no futuro, a partir da percepção de haver precedente (em sentido estrito) durante o exercício interpretativo do juiz que contempla a decisão passada e durante a consequente aplicação da(s) norma(s)¹²⁸ a que o precedente dá substrato.

São dois momentos, portanto: a *unidade*, pelo juízo passado; a *uniformidade*, pelo juízo futuro.

Muito embora o precedente (enquanto norma) somente seja *criado* no futuro, ou seja, *a posteriori*, porque é nesse momento em que ocorre o cotejo que alinha hipótese precedente e hipótese precedida¹²⁹, a decisão judicial que lhe serve de fundamento

“de todos os processos pendentes (...) que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”. Daí, então, em síntese, a respectiva corte suprema irá proferir um “acórdão paradigma” (art. 1.040) que fixará a tese jurídica sobre a questão de Direito controversa. Feito isso, segundo o art. 1.040, incisos I, II e III, os órgãos Judiciários escalados abaixo da competência funcional vertical do STJ ou do STF deverão, de modo geral, aplicar a tese firmada pelo tribunal superior. Destaca-se, principalmente, a redação do art. 1.040, inciso III, segundo o qual, uma vez publicado o acórdão paradigma “os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição *retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior*”. No presente exemplo vê-se claramente que um órgão Judiciário dá *unidade* à interpretação do Direito (fixando uma tese via um acórdão paradigma, no exemplo) e outros partem para *uniformizá-lo* valendo-se do ato decisório que se presume conferir dita unidade. A lógica para a aplicação de precedentes é tendencialmente a mesma, no sentido da distinção entre os momentos de *unificar* e *uniformizar* o Direito. Um órgão, ao decidir com pretensão de universalidade, irá potencialmente *unificar* o Direito, já aqueles órgãos funcionalmente vinculados a esse primeiro irão valer-se dos precedentes daquele para *uniformizar* o exercício da jurisdição.

¹²⁷ Por isso, tem-se que Rodolfo de Camargo Mancuso é preciso ao afirmar que o objetivo do STJ mira a *unidade* da interpretação da lei federal (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 297).

¹²⁸ Afinal, invariavelmente, interpretar é aplicar e aplicar é interpretar, razão pela qual ambas as coisas ocorrem no mesmo momento [GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 50 e ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 147-148].

¹²⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 4. No mesmo sentido, cf. também o que se discutiu em CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm a posteriori. *Verständnis Law Journal*,

(precedente em sentido amplo) já foi no passado proferida com intuito de conferir *unidade*, justamente porque suas razões possuem pretensão de universalidade.

A pretensão de universalidade, assim como o intuito de conferir *unidade* ao Direito, portanto, já ocorreu no passado. A *uniformidade*, ao revés, que decorre da conferência de *unidade*, aí sim ocorre *a posteriori, mediatamente* a partir do precedente e da conferência de *unidade*.

Em síntese, *precedentes (=espécie), em sentido amplo, serão as decisões judiciais (=gênero) que institucionalmente almejam a conferência de unidade ao Direito*. Mais especificamente, e em sentido estrito, precedentes serão as *normas* aplicadas com fundamento em decisões judiciais voltadas à conferência de *unidade ao Direito*; decisões judiciais, assim, que carregam pretensão de universalidade e que, por isso, são *precedentes*.

1.2.2.2 Pretensão de universalidade, Cortes Supremas e Cortes de Justiça

Em segundo lugar, *precedentes serão decisões proferidas preponderantemente pelas chamadas Cortes Supremas*¹³⁰ (ou *Cortes de Vértice*¹³¹). Aqui, a regra da universalidade revela a importância da atribuição funcional das cortes quando do processo de caracterização de um *precedente*, nos limites propostos pelo trabalho.

Isso porque, se a pretensão de universalidade é fator distintivo para a definição do *precedente*, deve-se perguntar quais seriam as cortes que *institucionalmente* decidem partindo dessa pretensão. Nesse caso, a resposta perpassa as premissas da conclusão anterior, de que precedentes obrigatoriamente serão as decisões judiciais que visam conferir *unidade ao Direito*, porque é nesses casos em que se consegue constatar o intento institucional de decidir em pretensão de universalidade.

Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, out. 2018, p. 99-100 e o dito em CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 133.

¹³⁰ Cf. TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 9; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim* e MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, *passim*.

¹³¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 33.

Esse critério (*unidade ao Direito*) é um traço diretor para a percepção de pretensão de universalidade em dada decisão judicial, já que é precisamente a sua consequência imediata. Logo, pode-se configurar como cortes de precedentes por excelência as cortes institucionalmente encarregadas da conferência de unidade à interpretação do ordenamento jurídico¹³².

Aqui a pergunta cambia e deve-se então questionar quais são as cortes que em dada organização judiciária contemplam julgamentos com clara função nomofilática, ou seja, julgamentos que não se ocupam *apenas* da resolução justa e correta do caso concreto posto em exame. Essas serão as cortes em que há julgamentos nos quais o objetivo final não é propriamente a justiça do caso concreto, mas principalmente a fixação de razões universalizáveis, de *respostas pretensamente corretas* para problemas de Direito.

Nesse último tipo de hipótese, a interpretação usada na fundamentação do julgamento serve principalmente não como *meio* para a resolução justa do caso, mas como o próprio *fim* da atividade decisória¹³³. Afinal, se decide para a conferência de unidade. O caso concreto, o processo que lastreia essa atividade, esse sim é o *meio* para a concreção do precedente, é um pretexto para a “*formulação da adequada interpretação dos dispositivos nele envolvidos*”¹³⁴.

Raciocínio contrário ocorre nos julgamentos desprovidos de pretensão de universalidade e de função nomofilática. Nessas hipóteses, a interpretação é o *meio* para a obtenção de um julgamento justo. E esse julgamento justo, a sua vez, é o *fim* a ser alcançado, isto é, a finalidade orgânica a esse tipo de decisão.

¹³² “(...) as Cortes Supremas não são mais cortes de controle da exata observância da legislação, *mas cortes de interpretação que procuram fornecer uma uniforme interpretação do direito* a ser aplicado pelos órgãos inferiores, pelo poder administrativo e pelos particulares nas relações privadas.” [grifos nossos] (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 315).

¹³³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 77.

¹³⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 77.

Nas duas hipóteses há interpretação. Contudo, o que distingue a natureza de um julgamento de outro é a constatação de uma pretensão de universalidade definidora da decisão enquanto *precedente* é o *motivo* pelo qual se interpreta: em um julgamento se interpreta sobretudo com o fim próprio de se interpretar, no outro, se interpreta para solucionar corretamente um caso individualmente considerado¹³⁵⁻¹³⁶.

Indubitavelmente, quando se pensa em julgamentos que encerram a intenção de conferência de unidade ao Direito, a remissão lógica é às cortes de vértice, às cortes supremas. Nesse sentido, a doutrina trata da distinção ideal entre duas espécies de cortes, as Cortes de Justiça e as Cortes de Precedentes¹³⁷.

As primeiras estariam encarregadas tão somente da resolução justa de casos e, por isso, profeririam decisões sem pretensão de universalidade; já as segundas, situadas no topo da escala judiciária, possuiriam o fim máximo de conformar a compreensão do Direito vigente valendo-se da fixação de precedentes¹³⁸. Por isso, a atividade interpretativa dessas últimas seria fim em si mesmo. Tratar-se-ia de uma distribuição de tarefas conhecida na doutrina: às primeiras caberia a resolução de controvérsias (*resolution of disputes*) e, às segundas, ampliar e enriquecer o arcabouço de normas do ordenamento jurídico (*enrichment of the supply of legal rules*)¹³⁹, ou seja, “(i) prolatar decisões justas – e efetivá-las adequadamente, em sendo o caso – e (ii) dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes.”¹⁴⁰.

¹³⁵ Este raciocínio é extraído principalmente da lição de Daniel Mitidiero (*Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 77-78).

¹³⁶ Esse ponto será retomado quando tratar-se da interpretação operativa e também quando tratar-se especificamente da distinção entre as categorias *precedente* e *jurisprudência*.

¹³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim*, porém, mais especificamente, p. 31-34 e MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 75.

¹³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim*, porém, mais especificamente, p. 33.

¹³⁹ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 4, já citado também por MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 76 e MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 32-33.

¹⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 76.

No entanto, ocorre que essa cisão ideal não se confirma na configuração funcional do Judiciário brasileiro. Aqui, de um lado, as cortes de precedentes por excelência (quais sejam: o Supremo Tribunal Federal, quando do controle de constitucionalidade, e o Superior Tribunal de Justiça, quando do controle de legalidade) cuidam também de julgamentos mirando a resolução justa do caso concreto¹⁴¹. Além disso, por outro lado, as cortes de justiça por excelência (quais sejam: os Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Regionais do Trabalho) cuidam também de decisões mirando a unidade do Direito em nível estadual.

Em verdade, as cortes de justiça brasileiras tangencialmente proferem julgamentos com distinta pretensão de universalidade. Por exemplo, esse é o caso no controle difuso de constitucionalidade em *full bench* pelos tribunais de segunda instância (art. 97 da Constituição Federal), no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 985, do CPC/15), no julgamento do incidente de assunção de competência (art. 947, § 3º, CPC/15) e nos julgamentos do pleno e dos órgãos especiais ou especializados em matérias específicas (como Direito Administrativo e Direito Previdenciário) dos tribunais de segunda instância (art. 927, V, CPC/15)¹⁴². Em todas essas hipóteses, o intento é especificamente conformar o julgamento tanto do próprio tribunal quanto dos juízes de primeiro grau a ele vinculados. Trata-se da função institucional atribuída às cortes para, nos julgamentos dessas estirpes, conferir unidade ao Direito, ainda que em níveis escalonados da hierarquia judiciária.

¹⁴¹ Como é o caso do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário como forma de controle retrospectivo da justa decisão quanto ao direito subjetivo do litigante – muito embora, no caso do RE possa-se questionar esta afirmativa, já que, diante da EC/45, passou-se a exigir o exame da repercussão geral pelo pleno do STF para a admissão do recurso (art. 102, § 2º da Constituição Federal). Com isso, poder-se-ia pressupor que uma confirmação de repercussão geral por dois terços do tribunal significaria delegar à eventual turma julgadora a capacidade de decidir com pretensão de universalidade. É justamente o que aparenta sugerir Luiz Guilherme Marinoni (*Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 306-308, 331). Lucas Buril, por outro lado, sugere posicionamento diferente, porquanto afirma que “nem todo recurso extraordinário ou decisão de repercussão geral é necessariamente um precedente obrigatório”, uma vez que, segundo ele, essa qualidade estaria atrelada, por força do art. 927 do CPC, à necessidade de julgamento do RE (e não só da repercussão geral) *especificamente pelo plenário do tribunal* (cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 418-419). Disso é possível se inferir que, para esse último autor, a confirmação da repercussão geral não torna a subsequente decisão de uma turma sobre esse recurso necessariamente um *precedente* (obrigatório, segundo a terminologia do autor), e, segundo essa lógica, crê-se, não haveria de se falar em pretensão de universalidade em julgamentos fora do plenário do STF nos casos de Recurso Extraordinário.

¹⁴² Sobre esses últimos casos, confira-se, em maior detalhe: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 163-166, 170-172.

De fato, o *fim funcional* aí é claramente dar a última palavra em nível estadual. Nestes casos não se objetiva tão somente a justiça do caso concreto, mas definir a correta interpretação do Direito. Também nesses casos, pois, como ocorre nas cortes de vértice, *a interpretação configura a finalidade* precípua do julgamento e *o caso concreto o meio* para trazer a lume a controvérsia jurídica sobre a qual se pretende dar unidade.

O raciocínio vivifica-se ao ainda se considerar que, por ser uma federação, o Estado brasileiro contempla competência legislativa estadual e municipal (art. 24 e 30, I da Constituição Federal). Quanto a essas matérias, a discussão no âmbito do Judiciário estadual, seja pelo pleno, seja pelos órgãos especiais ou especializados, por exemplo, é precisamente no sentido de firmar *a última e presumidamente única resposta correta* para a matéria legislada pelo estado ou município. Nesses casos, as cortes de justiça estariam atuando em função análoga a do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal quanto ao controle de legalidade e constitucionalidade¹⁴³ respectivamente. Seriam, pois, como *cortes de vértice para matéria estadual e municipal*.

Por isso, considerando a arquitetura judiciária brasileira, não parece ser o mais correto afirmar que somente as cortes de vértice (i.e. o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) profeririam precedentes¹⁴⁴ – repise-se: entendidos enquanto decisões proferidas com pretensão de universalidade que importam conferência de unidade ao Direito (função nomofilática). Esse até poderia ser o cenário óptimo a uma organização judiciária que lida com precedentes vinculantes. Entretanto, não é como o ordenamento brasileiro estrutura a sua organização judiciária. E certamente é cenário que encontra algumas resistências em Estados federativos. Nesses casos, como no brasileiro, a organização de Estado sói delegar às cortes de justiça funções de cortes supremas no que toca certas matérias ou certas circunstâncias (como é o caso do controle de constitucionalidade de ato normativo estadual e municipal). Desse

¹⁴³ Neste ponto, recorde-se das limitações do Supremo Tribunal Federal quanto ao controle da constitucionalidade das leis municipais, excetuada a hipótese de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e lembre-se também do controle difuso e do *full bench*, que atribuem precipuamente à corte local o dever de controlar a constitucionalidade de matéria estadual e municipal.

¹⁴⁴ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 75, 83.

modo, não é defeso, mas é correto, afirmar que a pretensão de universalidade também existe em uma série de julgamento de tribunais de segunda instância que, por conseguinte, também proferem decisões materialmente enquadráveis enquanto *precedentes*¹⁴⁵. Assim, parece melhor vincular-se o conceito lógico-jurídico de precedente não à corte que o profere, mas à espécie de julgamento em que proferido. Conquanto julgamentos com pretensão de universalidade remetam principalmente às cortes de vértice, eles também ocorrem em nível de segunda instância. E isso remonta tão somente a como o ordenamento distribui funções às divisões do Judiciário. Por isso se afirma que os precedentes se referem apenas *preponderantemente*¹⁴⁶ à atividade interpretativa das cortes de vértice, no caso da experiência brasileira.

Nesse sentir, essas considerações autorizam afirmar que a qualidade de precedente independe de qual a corte que profere a decisão. Vale é que a decisão seja proferida com pretensão de universalidade e que, conseqüentemente, almeje a conferência de unidade ao Direito. Dito isso, deve ter-se em mente que formam precedentes apenas as decisões judiciais proferidas em contextos em que não se admite divergência interna do mesmo tribunal a respeito de determinada matéria¹⁴⁷. Do oposto, o julgamento não estaria, afinal, conferindo qualquer unidade ao Direito, pois nem mesmo na corte que o prolatou o entendimento seria uniforme. Não seria possível falar-se, nesse caso, de pretensão de universalidade. À vista disso, é possível desde já deduzir que, a princípio, no que toca a organização judiciária brasileira, poderão ser precedentes apenas as decisões passadas em julgamentos plenários e as

¹⁴⁵ Raciocínio semelhante, como já citado, é exposto por Samuel Meira Brasil Jr. [cf. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 102-103] e Cândido Rangel Dinamarco (cf. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. 2, p. 1.143), quando defendem que às cortes de justiça seria interessante caber proferir súmulas com efeito vinculante. Afinal, seriam essas as *últimas* cortes responsáveis por apreciar muitas causas referentes a Direito municipal ou estadual. Sobre o ponto, afirma Dinamarco: “Como os temas referentes a direito estadual e municipal não são capazes de levar os processos ao Supremo ou aos Tribunais Superiores, a última instância nessas causas é representada por aqueles [tribunais locais]. E, sabido que também nessa matéria ocorre muita repetição de teses e conseqüente dispersão de julgados conflitantes, seria de toda conveniência que também os tribunais locais fossem autorizados a editar súmulas vinculantes – sempre, nos limites das questões sobre as quais emitem o julgamento último.” (*Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. 2, p. 1.143).

¹⁴⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 359, 406; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 115.

¹⁴⁷ MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 170.

provenientes de órgão especial/especializado do tribunal¹⁴⁸⁻¹⁴⁹⁻¹⁵⁰ que busca conferir unidade ao Direito, ainda que estritamente quanto a uma matéria específica.

Assim, em síntese, *conquanto o precedente remeta primariamente às cortes de vértice, a organização institucional do Judiciário brasileiro permite que também se identifique precedentes nos julgamentos dos tribunais de segunda instância*. O que importa, no final, é que no julgamento (não importa de qual corte) seja passível de encontrar-se pretensão de universalidade que intenta especificamente conferir unidade ao Direito (constitucional, federal, estadual ou municipal). No caso do Brasil, isso somente se percebe nos julgamentos dos plenários e dos órgãos especiais/especializados dos tribunais.

1.2.2.3 Pretensão de universalidade e racionalidade

Em terceiro lugar, *a pretensão de universalidade atua de modo a promover a racionalidade do fenômeno jurídico*. Essa assertiva é verdadeira na medida em que o precedente, enquanto manifestação de pretensão de universalidade, atua como mecanismo de controle do conteúdo das decisões do Poder Judiciário.

¹⁴⁸ Cf. o que já se discutiu em MADUREIRA, Claudio Penedo; CUNHA, Gabriel Sardenberg. Decisões (potencialmente) vinculantes. In: PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco; PUPO, Thaís Milani Del. (Coord.). *Estudos sobre direito processual: homenagem ao professor Dr. Marcellus Polastri Lima*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 177-196 e MADUREIRA, Claudio Penedo; CUNHA, Gabriel Sardenberg. Eficácia vinculante e jurisprudência persuasiva. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antonio; SEDLACEK, Federico; ZANERI JR., Hermes (Org.). *Temas de direito processual contemporâneo*. Serra: Milfontes, 2019. v. 2, p. 627-644. Cf. também MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 164-172.

¹⁴⁹ Note-se, aliás, que todas as hipóteses previstas no art. 927 referem-se a casos de competência ou dos plenários ou dos órgãos especiais/especializados dos tribunais. As decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I) pressupõem julgamento plenário (art. 22 da Lei n.º 9.868/99; art. 8º da Lei n.º 9.882/99; art. 143, parágrafo único, do RISTF e art. 97 da Constituição Federal). Os enunciados de súmula vinculante (art. 927, II) são deliberados pelo pleno do STF (art. 103-A da Constituição e art. 354-D do RISTF). Os acórdãos em incidente de assunção de competência (art. 927, III) procedem dos julgamentos de órgãos especiais/especializados aos quais cabem a responsabilidade por unificar o entendimento dos segmentos do tribunal (art. 947, § 1º, CPC/15; art. 11, VI e art. 12, IX, ambos do RISTJ); os acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 927, III) também (art. 978, CPC/15). Os acórdãos em julgamentos de recurso extraordinário e especial repetitivos (art. 927, III) são de competência, no STJ, da corte especial (art. 11, XVI do RISTJ) e, no STF, do pleno (art. 11, parágrafo único e art. 22, parágrafo único, 'a', ambos do RISTF). E, finalmente, os enunciados de súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (art. 927, IV) são editados, respectivamente, pelo plenário (art. 7, VII do RISTF) e pela corte especial (art. 11, parágrafo único, VII do RISTJ).

¹⁵⁰ Isso será discutido em maior detalhe mais adiante, no tópico 4.1.2, no qual será feita a distinção entre *precedente* e as decisões dos tribunais que compõem a *jurisprudência*.

Isso decorre do fato de a pretensão de universalidade partir da premissa de que os precedentes foram prolatados e funcionalmente pensados para serem parâmetros decisórios para a conformação de casos futuros análogos¹⁵¹. O precedente foi construído, então, como decisão universalizante que parte da *presunção institucional* de que comporta ele a única resposta correta (=a resposta do “sistema” jurídico) para a questão jurídica discutida¹⁵². Nesse sentir, atua como parâmetro *imposto* pelas cortes para determinar o acertamento de uma decisão que enfrenta situação jurídica análoga à decidida no passado.

A partir daí, com a fixação do que seria a única resposta “correta” para determinada hipótese, o precedente aterra uma lacuna decorrente da amplitude do *discursivamente possível* em Direito¹⁵³. Por se presumir ser certa exclusivamente a resposta que propõe, logicamente as demais passam a não o ser, e, assim, o discurso jurídico na resolução de caso análogo futuro encontra outros limites discursivos/textuais¹⁵⁴ (que não os da Lei e da Constituição, muito embora contingentes a estes) previamente impostos e dificilmente superáveis¹⁵⁵. Desse modo, o precedente resultante da regra de universalidade surge como claro mecanismo de

¹⁵¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 359.

¹⁵² Lembre-se, novamente, que mais do que servir como solução para o caso, o precedente pode compor solução-parâmetro para cada uma das questões discutidas em dado caso paradigma. Afinal, recorde-se também que o cúmulo de pedidos não é nada distante de verdadeiro cúmulo de demandas, ou seja, de casos, de modo que um precedente pode, em verdade, estar decidindo sobre vários casos, e não sobre o caso. Sobre isso, em detalhe, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 174-178 e 188.

¹⁵³ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2007, p. 380.

¹⁵⁴ Esses limites são análogos àqueles encontrados no texto/linguagem da Lei e da Constituição. O precedente, porquanto também *texto a ser interpretado* (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 147-148) serve, pois, tal qual a Lei e a Constituição, como limite objetivo (arcabouço textual) para a concreção das normas que nele se embasam no momento da aplicação destas pelo juiz futuro. Em sentido similar, cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 109, 115 e especialmente 201.

¹⁵⁵ “O problema central do positivismo, ao qual uma adequada teoria da argumentação, dos princípios e dos precedentes tenta responder, é exatamente o da arbitrariedade resultante da “livre” criação no espaço deixado na chamada “zona de penumbra” para o juiz. *A tarefa das contemporâneas teorias da argumentação, dos princípios como normas e dos precedentes vinculantes é justamente criar limites discursivos e normativos a esta liberdade.*” [grifos nossos] (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 154).

controle do subjetivismo judicial. Nega o ativismo¹⁵⁶, de fato. Consiste em estabelecer critérios eminentemente objetivos destinados a “guiar a interpretação futura do direito pelos demais juízes”¹⁵⁷ de modo a garantir a uniformidade e a continuidade deste Direito¹⁵⁸, na medida em que propõe “um ulterior fechamento do discurso jurídico por uma metodologia de controle de sua aplicação”¹⁵⁹.

O precedente, por derradeiro, quando define o que é possível no discurso jurídico, acaba por paralelamente estatuir aquilo que *não é*. Em função disso, o precedente serve para pôr termo às *acrobacias hermenêuticas* e às *manobras exegéticas*¹⁶⁰ que

¹⁵⁶ O ativismo judicial *histórico* (*judicial activism*) – sentido empregado ao uso do termo neste trabalho – vincula-se à ideia da aplicação do Direito determinado em função não da abertura semântica da linguagem do Direito positivo ou da necessidade de sua adequação contextual (tema que será melhor explorado a partir do tópico 2.2), mas por força de marcado subjetivismo, especialmente no tocante a políticas públicas. Essa ideia de *ativismo* foi chamada pela doutrina de “uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”, porquanto “um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte (...) e as duradouras tradições de nossa cultura política (...) para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451-452). Não obstante a clara referência à tese do *Direito como integridade* pela qual o autor é conhecido e que não é objeto de contextualização neste trabalho, a crítica é válida por destacar a ideia do ativismo como forma nociva de discricionariedade subjetivista alheia ao texto constitucional. Essa é uma ideia frontalmente rechaçada neste trabalho, em que se defende, ao revés, que, muito embora o Judiciário invariavelmente atue em perspectiva criativa por meio da interpretação, essa atividade é sempre vinculada aos limites do Direito positivo. O papel do Judiciário, então, é o *de adscreever sentido ao enunciado normativo, em especial quando interpreta com pretensão de universalidade*. Não há, pois, qualquer contraste com o *ativismo* de que trata Cappelletti (1927 – 2004), que, ao invés do ativismo judicial *histórico*, refere-se à inevitável criatividade oriunda da abertura linguística e vagueza dos enunciados legislativos e das constituições escritas no Estado pós-*welfare state* (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 60).

¹⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 81

¹⁵⁸ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 315.

¹⁵⁹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 359.

¹⁶⁰ As expressões surgem como figura de linguagem para representar as famigeradas inferências hermenêuticas oriundas de uma suposta liberdade argumentativa infinita que simplesmente inexistente tomadas as balizas do ordenamento, principalmente as constitucionais. Sobre isso, confira-se o agudo comentário da doutrina: “A expressão “princípio jurídico” tem sido uma presença freqüente em decisões judiciais e na doutrina brasileiras. A expressão foi popularizada entre os profissionais e teóricos do direito no Brasil a partir de uma leitura direta ou, freqüentemente, indireta de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy. *Ironicamente, um conceito que foi originalmente elaborado como forma de estabelecer critérios de racionalidade que limitam a discricionariedade judicial é mais comumente associado no Brasil a um instrumento que permite ao juiz mais liberdade em relação à lei e ao direito posto*. De fato, os princípios são muitas vezes utilizados por tribunais e doutrinadores como uma forma de eliminar as dificuldades postas por regras complexas e/ou que destoam da concepção de justiça do juiz ou escritor. (...) O que se coloca em questão a partir do modo como os princípios jurídicos vêm sendo utilizados tanto na doutrina como na prática do direito brasileiro é a própria noção de que o direito é algo criado dinamicamente pela comunidade política e não algo derivado de um conjunto abstrato e vago de bens ou valores por especialistas que têm um *insight* privilegiado sobre como esses bens e valores fundamentais devem conformar nossas instituições e decisões políticas.” [grifos nossos]

paradoxalmente há longo surgiram como fenômenos reflexos da constatação da distinção entre texto e norma e da concessão de eficácia normativa a princípios (postulados teóricos cujo alvo foi precisamente o risco de indesejável arbitrariedade no proceder do Estado-juiz¹⁶¹). Por isso é que, a despeito das críticas de paleojuspositivistas¹⁶² disfarçados, outrora se afirmou que o precedente propõe garantir a aplicação da constituição e da legislação, “mesmo quando interpretações ativistas dos juízes procurem negar vigência e validade aos direitos nelas previstos”¹⁶³. A questão não trata propriamente de *ativismo judicial*, mas de *como se decide em função primariamente criativa (rectius: reconstrutiva)*¹⁶⁴ com pretensão de

(MICHELON, Claudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. *Edinburgh School of Law Working Paper Series*, Edinburgh, p. 1-38, 2009, p. 1-2).

¹⁶¹ Cf. MICHELON, Claudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. *Edinburgh School of Law Working Paper Series*, Edinburgh, p. 1-38, 2009, p. 1-6.

¹⁶² *Paleojuspositivista* (em tradução livre) é o termo empregado por Luigi Ferrajoli para caracterizar o modelo de Estado legalista nomodinâmico em que as normas existem porque foram produzidas, não porque são deduzidas. A existência, e também a validade das normas, então, é atrelada a sua forma de produção e não a seus conteúdos. Remonta ao brocardo *autoritas, non veritas facit legem*. (Cf. FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 18-19).

¹⁶³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 326.

¹⁶⁴ Não se está a vincular-se a uma teoria propriamente declarativa ou criativa do Direito. Defende-se simplesmente que o processo interpretativo, por partir do ordenamento em atividade tendencialmente cognitiva (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 156) e por temperá-lo com as particularidades fáticas do caso interpretado e com os valores juridicizados pelo próprio legislador constitucional ou infraconstitucional, é capaz de devolver *algo de novo* ao Direito positivo, com o que se costuma falar em *criação do Direito*. Mais tecnicamente, porém, o processo interpretativo *reconstrói* o ordenamento – não propriamente *cria Direito* –, já que sempre dele *parte* e a ele *adscreve* novo significado; engendra novos *textos normativos dotados de autoridade* que passarão a integrar o catálogo normativo ao dispor do intérprete subsequente. Logo, no máximo estar-se-ia falando em *criação* de texto, não de *Direito* (a não ser que se considere *Direito* como noção bipartida entre um momento textual e um momento normativo), ou talvez em *reconstrução do Direito* por meio da *criação* de novos *textos*. Quanto à esta discussão, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional nas perspectivas das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 50-51; MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 42, n. 272, p. 85-125, out. 2017, p. 98-102, 110 (especialmente no tocante ao papel do processo judicial nesse contexto reconstrutivo) e, ainda, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 53-54 e MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 68, 85. Ideia próxima também é compartilhada por representantes da Escola de São Paulo de Processo, como pode conferir-se em BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalidade e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Eli Pierre (Org.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 23; BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 71-72; ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, 2009, esp. p. 139-144; ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes e evolução do direito. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 26-27; ALVIM, Teresa Arruda. A

universalidade e de *quem* assim decide. Afinal, há quem diga hoje ser *banal* a constatação do fato de que existem cortes que contribuem para o desenvolvimento do Direito por meio da interpretação, e isso independentemente de formalizada a doutrina do *stare decisis*¹⁶⁵. O que não pode ocorrer (e isso é dito com a cautela que o tema exige) é interpretação motivada não em função da abertura semântica da linguagem do Direito positivo ou da necessidade de sua adequação contextual, mas pelo subjetivismo que dá azo à disfunção democrática que é o *ativismo judicial*. Por outro lado, havendo cortes às quais o ordenamento (e não só ele, mas a compreensão corrente acerca do papel das cortes enquanto fonte democrática e primária de Direito¹⁶⁶) delega a tarefa de decidir em pretensão de universalidade, e estando o exercício interpretativo-criativo das decisões dessas cortes imaculado de subjetivismo, não se pode falar em *ativismo judicial*, porquanto enriquecer o Direito legislado é precisamente a função institucional desses órgãos jurisdicionais¹⁶⁷.

No mais, o argumento da disfunção sistêmica notadamente *ativista* que existe na *praxis* simplesmente não é científico, porque parte para a negativa de uma concepção teórica partindo de patologias¹⁶⁸ que a própria imagem teórica pretende corrigir. No ponto, importa recordar que analisar qualquer construção teórica partindo de seu possível mau uso ou de seu existente mau uso é tornar irresistível à crítica qualquer concepção que seja¹⁶⁹.

vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 265-268 e, finalmente, ALVIM, Teresa Arruda. Cada caso comporta uma única solução correta? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 1.228.

¹⁶⁵ JOLOWICZ, John Anthony. The role of the Supreme Courts at the national and international level. In: YESSIOU-FALTSI, Pelayia (Coord.). *The role of the Supreme Courts at the national and international level – Reports for the Thessaloniki International Colloquium*. Thessaloniki: Sakkoulas Publications, 1998, p. 39, conforme citado por Mitidero em *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 32. Similar é o comentário encontrado em CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 24-25.

¹⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85.

¹⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 76-77.

¹⁶⁸ “No ponto, devo expressar, em corte metodológico, que o discurso científico não se ocupa das patologias.” (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 75).

¹⁶⁹ No mesmo sentido: “Caso se parta da premissa do mau uso de um instituto para rejeitá-lo, nenhum fenômeno processual resistirá à crítica.” (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 64).

Do exposto, ressaí a potencialidade imanente ao precedente de conferir *racionalidade* à manifestação do fenômeno jurídico. E isso deriva especificamente em razão do mecanismo de controle que a regra da universalidade engendra. Inclusive, é por isso que, em sequência, se trabalhará com a noção de que do precedente emana eficácia vinculante tão somente em razão de sua *qualidade* de precedente, e não de qualquer previsão legislativa; com a noção de que *o precedente é vinculante por excelência*.

Em síntese, *a pretensão de universalidade, por impor parâmetro de resposta considerado como o correto, caracteriza o precedente como típica ferramenta de controle do Direito, uma vez que define os limites do que pode ser considerado racional dentro das margens do discurso jurídico*. Promove racionalidade, portanto.

1.2.2.4 Pretensão de universalidade e maioria

Em quarto lugar, *a existência de maioria quanto às razões determinantes para a solução de determinada questão de Direito é condição para que haja pretensão de universalizar tais razões e, conseqüentemente, para que a decisão sobre essa questão seja precedente*.

Essa é a relação entre a formação de maioria no momento do julgamento e a existência de razões a universalizar e, com isso, de precedente. Refere-se à exigência de que haja maioria, no ato do julgamento, quanto aos fundamentos determinantes utilizados pelos membros do colegiado para a solução de determinada questão de Direito suscitada. Trata-se de relação que deve ser destacada e devidamente compreendida de modo a permitir identificar-se as *condições para que o precedente se aperfeiçoe enquanto espécie particular de decisão judicial e para que dela seja possível obter precedente em sua dimensão normativa*, ou seja, o precedente em sentido estrito, isto é, a norma do precedente, a sua *ratio decidendi*, por assim dizer¹⁷⁰.

¹⁷⁰ A *ratio decidendi* “refere-se às razões de decidir ou razões para a decisão, e configura sinônimo de norma jurídica. (...) Assim sendo, ao se falar no dever de aplicar determinado precedente, quer se dizer, mais propriamente, o dever de aplicar sua *ratio decidendi* ou a norma jurídica (*legal rule*) dele decorrente. Costuma-se definir, portanto, *ratio decidendi* como a parcela obrigatória do precedente judicial. (...) Com efeito, deve-se perceber que a *norma do precedente* é diferente do *texto do precedente*, sendo equivocado reduzi-la à fundamentação ou qualquer combinação de elementos da decisão do qual advém – da mesma forma que não se deve reduzir a norma legal ao texto da lei” [grifos

Essa relação, pois, faz-se *condição prévia* para que a decisão colegiada constitua a pretensão de universalidade do tribunal a respeito de razões determinantes específicas e assim forme precedente quanto à decisão sobre determinado ponto de Direito. Do contrário, interpretação isolada ou minoritária, ainda que operativa, não constituirá o consenso do tribunal ou do respectivo órgão fracionário incumbidos da tarefa de conferir unidade ao Direito e decidir em pretensão de universalidade.

Daí que “somente serão considerados fundamentos determinantes aptos a formarem a *ratio decidendi* aqueles efetivamente debatidos ou incorporados pelo voto majoritário dos juízes em decisão colegiada”¹⁷¹. Os demais fundamentos, ainda que relevantes para a construção da interpretação minoritária, constituirão *obiter dictum*¹⁷², justamente por não representarem a opinião institucional da corte, que depende de maioria para reputar-se um consenso. Aquilo que foge ao que foi efetivamente instituído em consenso, pois, não pode servir como *ratio decidendi* de um precedente, mesmo porque não foi determinante para a tomada do ato consensual que é a prolação da decisão colegiada. Igualmente, se as razões determinantes usadas por cada um dos julgadores para a solução da questão proposta forem diferentes, nem sequer existirão as razões *da corte* consensualmente instituídas.

Fala-se, por isso, que decisão colegiada sem fundamento(s) determinante(s) estabelecido(s) por maioria é decisão sem *ratio decidendi*¹⁷³. Se a mesma *ratio* não é compartilhada pela maioria, não há *ratio* reconduzível à corte como instituição em primeiro lugar. A tentativa de obtenção de uma *ratio decidendi* nesse tipo de caso seria exercício arbitrário, já que significaria escolher o que foi determinante para uma minoria cuja interpretação não corresponde à posição institucional da entidade

nossos] (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 233-234).

¹⁷¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 378.

¹⁷² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 378. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 189 e MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 91-92.

¹⁷³ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 251-252 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 189.

julgadora vista de forma unitária¹⁷⁴. Mais propriamente, *fala-se que quando não há maioria quanto aos fundamentos determinantes, não há precedente*¹⁷⁵. Isso porque sem maioria não há consenso sobre *quais das razões determinantes para a solução da questão é aquela adotada pela corte* e, assim, inexistem razões que a corte de fato considerou determinantes a serem universalizadas em primeiro lugar. Enfim, inexistente *o que* ser universalizado em primeiro lugar e, com isso, não é possível falar-se em *pretensão de universalidade*, já que a corte não institucionalizou *uma* pretensão comum e muito menos *quais são* os fundamentos determinantes a serem universalizados por essa pretensão.

Nesse tipo de circunstância, a decisão judicial existirá enquanto fato jurídico, porém não será ontologicamente um precedente quanto à questão cujas razões determinantes para a decisão não são comuns à maioria do colegiado. Por isso, será ela incapaz de servir normativamente para o futuro, como fonte de Direito, dado que eventuais interpretações operativas que nela tenham ocorrido não corresponderão à *interpretação da corte*. Apenas com sua chancela pela maioria, determinada interpretação quanto à solução de questão de Direito conduzirá às razões determinantes para a decisão *da corte* sobre essa mesma questão.

Logo, *a manifestação de pretensão de universalidade e, por conseguinte, a possibilidade de um precedente aperfeiçoar-se estão atreladas à existência de maioria quanto às razões determinantes para a tomada de determinada decisão quanto a questão de Direito*.

Disso ainda ressaem três conclusões mais particulares.

1.2.2.4.1 Resultado do julgamento e precedente

¹⁷⁴ Cf. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 73. Igualmente, e também valendo-se de Duxbury, cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 251-252.

¹⁷⁵ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 378; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 158-159.

Primeiro, cabe dissociar o resultado do julgamento da noção de precedente¹⁷⁶. É que uma decisão colegiada somente poderá ser considerada um precedente “quando o [seu] fundamento (não apenas o resultado) for compartilhado pela maioria dos membros do colegiado”¹⁷⁷. Isso ocorre porque a formação do precedente está condicionada não ao resultado do julgamento, mas à existência de maioria quanto às razões determinantes para se chegar às soluções das questões suscitadas no feito¹⁷⁸. Com isso, no caso de um recurso, por exemplo, pode ocorrer de haver seu (des)provimento, até mesmo por unanimidade, e ainda assim a decisão judicial não poder ser qualificada como precedente. Caso como esse é aquele em que os magistrados negam ou dão provimento ao recurso a partir de fundamentos diversos; casos em que, embora haja formação de consenso a respeito do provimento ou desprovimento da pretensão recursal, não há formação de consenso sobre os fundamentos que resolveram as questões de Direito relevantes para definir o resultado do julgamento. Não basta então, por exemplo, que o voto do relator exponha razões passíveis de hipoteticamente fazer da decisão um precedente (por potencialmente situarem-se no contexto de julgamento com pretensão de universalidade e por valerem-se de uma interpretação operativa) mas apenas ele votar a favor dessa tese. A maioria deve acompanhá-lo, deve votar no mesmo sentido, e, assim, acabar por tomar tais razões como aquelas determinantes para a solução da questão de Direito posta em julgamento. Igual raciocínio se aplica, sem maiores ressalvas, a outras hipóteses de julgamento colegiado que não o de um recurso, como é o caso do controle concentrado de constitucionalidade e dos feitos de competência originária dos tribunais.

Para haver precedente, pois, a decisão deve possuir fundamentação unânime ou, pelo menos, majoritária, e não fundamentações (=fixação de razões determinantes) concorrentes¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Sobre isso, em detalhe, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 158-159 e 292-297.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 158.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 189.

¹⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 94-95.

A ausência de maioria a respeito de determinada interpretação significa que o entendimento eventualmente apto a gerar precedente é do juiz, e não da corte enquanto instituição. No momento em que há maioria, porém, a interpretação passa a figurar como a posição institucional da corte formalizada pelo ato consensual. O acordo quanto à questão significa a posição oficial da corte enquanto entidade constitucionalmente instituída na função de interpretar o Direito.

1.2.2.4.2 *Precedente e colegiado*

Segundo, tão somente o julgamento colegiado é capaz de engendrar precedentes¹⁸⁰. Assim, não está em condições de formar precedente o julgamento monocrático de um tribunal ou a decisão de um juiz de primeira instância. Essa conclusão é tanto em função da condição da maioria, quanto pelo fato de não ser possível vislumbrar pretensão de universalidade em nenhuma dessas duas hipóteses, ainda que seja possível sustentar a presença de eventual interpretação operativa.

No entanto, há quem fale em precedente também como pronunciamento judicial monocrático¹⁸¹. Acredita-se, porém, que a referência ao signo *precedente*, nesse tipo de caso, seja vítima da ambiguidade a que se sujeita o signo, porquanto ele parece ser empregado para remontar, de modo amplo (conforme discutido no início do capítulo), à concepção de precedente simplesmente enquanto sinônimo de decisão proferida pelo Judiciário no passado e situada no contexto de servir de influência para o futuro, e não à de *precedente* no sentido material que está-se a expor¹⁸².

1.2.2.4.3 *Precedente, segunda instância e juizados especiais*

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 158, 189 e 294; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 133.

¹⁸¹ Assim, mas sem explicar expor o motivo, CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 555.

¹⁸² É o que se deduz do fato de o autor conceituar *precedente* como “pronunciamento judicial, monocrático ou colegiado, sobre questão jurídica determinada, cujas razões determinantes, de regra, apenas orientam (mas não vinculam) o pedido ou o julgamento de casos posteriores sobre a mesma matéria”, e diferenciar *precedente* de *jurisprudência* afirmando que sua distinção básica “reside na circunstância de que enquanto um *precedente* é substantivo singular, a *jurisprudência* é substantivo coletivo” [grifos no original] (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 555-556).

Terceiro, e essa conclusão está atrelada à segunda, a regra é que os precedentes estão limitados às decisões judiciais proferidas em segunda instância e nas instâncias superiores, em razão do princípio da colegialidade. A única exceção aparente refere-se aos julgamentos dos plenários e das turmas de uniformização das Turmas Recursais dos Juizados Especiais¹⁸³, que, mesmo não compondo a segunda instância, ainda assim formam colegiado que atua como segundo grau de jurisdição e cujas decisões, inclusive, não se sujeitam à revisão por parte dos tribunais a que estão institucionalmente vinculados¹⁸⁴ ou mesmo do Superior Tribunal de Justiça¹⁸⁵, bem como não admitem ação rescisória¹⁸⁶. Disso resulta a possibilidade de se encontrar pretensão de universalidade apta a, nesses casos, imbuir nesses órgãos função nomofilática voltada à constituição de unidade quanto ao entendimento aplicado na esfera dos Juizados de determinada divisão judiciária¹⁸⁷.

1.2.3 Interpretação operativa

O segundo critério *necessariamente* distintivo para a definição de *precedente* proposta é a chamada *interpretação operativa*. O conceito foi formulado por Luigi Ferrajoli em trabalho publicado em 1966¹⁸⁸, foi posteriormente desenvolvido por Jerzy Wróblewski

¹⁸³ Em sentido próximo, cf. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 87.

¹⁸⁴ Já que, conforme o *caput* e o parágrafo 1º do art. 41 da Lei n.º 9.099/95, no ponto aplicável aos Juizados Especiais Federais e aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, das sentenças dos Juizados Especiais cabe recurso não para os Tribunais de Justiça ou para os Tribunais Regionais Federais, mas para o próprio Juizado, que o julgará por meio de Turma Recursal composta por três juízes togados em exercício no primeiro grau de jurisdição (ou seja, turma não composta por desembargadores).

¹⁸⁵ Já que o STJ, em razão de sua súmula n.º 203, não admite Recurso Especial interposto contra decisão proferida por Turma Recursal de Juizado Especial. O STJ, inclusive, em ato patentemente inconstitucional e ilegal, delegou, por meio da Resolução n.º 03/2016, às câmaras reunidas ou à seção especializada dos Tribunais de Justiça a competência para julgar as reclamações “destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes”, não obstante o art. 988, § 1º do CPC/15 expressamente prever sua competência para julgar reclamações voltadas a preservar a autoridade de seus julgamentos.

¹⁸⁶ Como determina o art. 59 da Lei n.º 9.099/95.

¹⁸⁷ Análise mais apurada acerca da pretensão de universalidade e dos precedentes no âmbito dos Juizados Especiais cabe, todavia, a um trabalho específico, porquanto foge ao escopo da investigação proposta.

¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, n. 43, p. 290-304, 1966.

(1926 – 1990)¹⁸⁹ e, depois disso, foi utilizado por Zaneti Jr.¹⁹⁰ para distinguir em qual sentido deve ocorrer a atividade interpretativa capaz de conferir a uma decisão judicial a qualidade de *precedente*.

Assume-se a distinção teórica entre texto e norma¹⁹¹ para propor que é somente no momento da decisão que o magistrado, quando decide em expressão típica de interpretação operativa, parte do texto (e também de elementos não-textuais¹⁹²) para determinar o sentido da norma jurídica legal¹⁹³ e a ela acrescer conteúdo normativo reconstruído¹⁹⁴. Nesse particular, o paradigma decisório funciona como se a corte inserisse no ordenamento novos *textos*¹⁹⁵, *excluindo*, *flexibilizando* e *complementando*¹⁹⁶ antecedentes e consequentes normativos, ou, de modo mais

¹⁸⁹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. *Logique et Analyse*, Leuven, v. 14, n. 53-54, p. 409-419, 1971.

¹⁹⁰ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 164-169, 333-334. Cf., ainda, ZANETI JR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, n. 257, p. 371-388, jul. 2016, p. 380 e PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI JR., Hermes. Interpretação operativa, hermenêutica e precedentes: um diálogo com Lenio Streck. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, a. 17, n. 25, p. 29-43, 2019, p. 35-36.

¹⁹¹ Este ponto será minudado no capítulo que se segue.

¹⁹² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 57. Deve-se ter em mente que o fato de o intérprete partir do texto normativo não significa que se pode ignorar a experiência interpretativa da comunidade jurídica, desconsiderando-se a historicidade de determinada tradição. A interpretação operativa não pressupõe um processo de interpretação do Direito tão somente linguístico. (PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI JR., Hermes. Interpretação operativa, hermenêutica e precedentes: um diálogo com Lenio Streck. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, a. 17, n. 25, p. 29-43, 2019, p.

¹⁹³ Na expressão de Wróblewski: “Interpretative decision is needed when the law-applying organ has doubts concerning the meaning of the norm to be applied. This is an ‘operative interpretation’, which takes place when there is no ‘isomorphy’ between the case in question and the legal norm at hand” (WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. *Logique et Analyse*, Leuven, v. 14, n. 53-54, p. 409-419, 1971, p. 413). Iguamente, cf. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The judicial application of law*. Trad. Sadowe Stosowania Prawa. Berlin: Springer, 1992, p. 87.

¹⁹⁴ ZANETI JR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, n. 257, p. 371-388, jul. 2016, p. 380.

¹⁹⁵ Recorde-se que “precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259).

¹⁹⁶ Como ocorre, respectivamente, no caso de interpretação voltada à solução de antinomias e na interpretação voltada a colmatar de lacunas. Em sentido parecido cf. ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 32, p. 159-197, 2014, p. 172.

amplo, *reconstruindo*¹⁹⁷ o catálogo de enunciados normativos de um ordenamento¹⁹⁸, ou, mais simplesmente, *prolatando textos a partir dos quais normas* (precedente em sentido estrito) *serão aplicadas no momento de julgamento do caso futuro*. Por isso, afirma-se que a interpretação operativa “é o meio do qual o precedente judicial é resultado”, dado que os tribunais, ao decidirem mediante interpretação operativa, “(re)constroem o sentido do dispositivo normativo à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto, acrescentando à ordem jurídica um conteúdo normativo novo, devidamente (re)construído”¹⁹⁹.

Não é por outro motivo que a densificação normativa do ordenamento pelos precedentes é alinhada à ideia de *glosar*²⁰⁰ os estatutos legais já preexistentes. Os precedentes (em sentido amplo) serão, então, textos insertos ao ordenamento via interpretação durante a atividade jurisdicional e também em razão dos quais será possível compor, agora no momento da atividade interpretativa do juízo posterior, as normas jurídicas (precedente em sentido estrito) aplicáveis ao caso análogo.

Precedentes serão, pois, casos nos quais o Judiciário atua como verdadeiro *glosador* dos textos legais, neles inserindo novos textos voltados à resolução de situações jurídicas cada vez mais específicas²⁰¹.

¹⁹⁷ Cf. os já citados OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional nas perspectivas das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 50-51; MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 42, n. 272, p. 85-125, out. 2017, p. 98-102, 110; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 53-54 e MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 68, 85.

¹⁹⁸ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI JR., Hermes. Interpretação operativa, hermenêutica e precedentes: um diálogo com Lenio Streck. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, a. 17, n. 25, p. 29-43, 2019, p. 37-39.

¹⁹⁹ Tudo conforme PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI JR., Hermes. Interpretação operativa, hermenêutica e precedentes: um diálogo com Lenio Streck. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, a. 17, n. 25, p. 29-43, 2019, p. 37.

²⁰⁰ “Serão precedentes apenas aqueles casos que constituírem acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para a solução de questões jurídicas.” (ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 334). No mesmo sentido: “Much case law now takes the form of glosses upon statute law.”. (MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 144).

²⁰¹ O precedente então, insere texto normativo *dentro* do texto normativo que já existe e que delimita as lindes do ordenamento jurídico (similarmente, cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 265). Ele nunca altera, seja aumentando ou reduzindo, essas fronteiras textuais balizadas pela constituição e pela legislação infraconstitucional. Daí que não há qualquer violação à separação dos poderes, dado que a função do Legislativo permanece preservada.

Um exemplo pode servir para demonstrar como a interpretação operativa alinha-se ao precedente como forma de densificar o ordenamento, levando ao estreitamento da abertura linguística dos textos legais²⁰².

Segundo o art. 700 do CPC/15, a ação monitória tem cabimento quando fundada em “*prova escrita sem eficácia de título executivo*”. Trata-se, evidentemente, de expressão vaga, que demanda ser precisada pelo Judiciário quando da aplicação do dispositivo em concreto. Diante disso, quando chamado a decidir a respeito de se determinada prova escrita constitui supedâneo lícito a autorizar o manejo da ação monitória, acabará por reconstruir interpretativamente referido art. 700 por meio de texto normativo (o precedente) que especifica o conteúdo desse dispositivo. Concebe, com isso, um novo texto, ancilar ao primeiro, que diminui a vagueza da regra e permite sua aplicação em hipóteses futuras análogas. Foi o que ocorreu quando o Superior Tribunal de Justiça, chamado a interpretar o art. 1.102-A do revogado CPC/73 (que dispunha o mesmo a respeito da ação monitória), decidiu que tanto o *contrato de abertura de conta corrente acompanhado de extrato bancário* quanto o *cheque prescrito* são casos de provas escritas aptas a viabilizar o ajuizamento de ação monitória. Esses dois casos foram até mesmo objeto, respectivamente, das súmulas 247 e 299 daquele tribunal.

Nesse exemplo, fica claro que, em função da vagueza textual, o Poder Judiciário atuou de modo a precisar a aplicação da regra de cabimento das ações monitórias, acoplando ao dispositivo normativo em questão novos enunciados textuais que especificam duas hipóteses não explícita e literalmente aludidas, mas igualmente abarcadas pela incidência da regra.

No final, a utilização da interpretação operativa como parâmetro para classificar a decisão judicial enquanto um *precedente* parte da premissa de que somente há de se falar em precedente se a atividade judicial acrescenta algo ao ordenamento jurídico. Como as cortes de precedentes atuam, via função nomofilática, no sentido de

²⁰² O exemplo a seguir é retirado de PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI JR., Hermes. Interpretação operativa, hermenêutica e precedentes: um diálogo com Lenio Streck. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, a. 17, n. 25, p. 29-43, 2019, p. 38-39.

densificar o ordenamento jurídico sobre o qual se desdobram para a resolução das questões por elas enfrentadas, constituirá *precedente* somente aquela decisão cujas razões primem pela reconstrução do Direito estatutário, de cujas razões resultem *efeitos jurídicos normativos* para os casos futuros²⁰³; razões construídas, enfim, em uma *interpretação operativa*.

Três conclusões derivam da tomada da interpretação operativa como critério distintivo para a definição de precedente.

1.2.3.1 Interpretação operativa e subsunção

Em primeiro lugar, *não será precedente a decisão judicial que soluciona a questão somente por interpretação marcadamente literal de lei (=texto) que não é objeto de controvérsia, em exercício exclusivamente lógico-dedutivo, tipicamente subsuntivo*²⁰⁴. Nesses casos, a eficácia vinculante para o caso futuro não decorrerá da decisão pretérita, mas da própria lei.

Aqui, a decisão “serve apenas para afirmar a constitucionalidade e a adequação daquela particular interpretação”²⁰⁵. Somente quando a decisão compor raciocínio interpretativo que agregue significado ao ordenamento por lançar-se como enunciado normativo discriminativo para regular a específica categoria de fatos discutidos no caso em exame é que poderá falar-se em precedente.

De modo inverso, isto é, diante da interpretação que apenas enquadra a hipótese fática no texto já contido no estatuto, o constrangimento para a decisão conforme dá-se a partir do estatuto apenas²⁰⁶. Dito assim, decisão posterior que reverberar a interpretação dada por esta primeira estará tão somente ecoando a regra legal e não qualquer precedente.

²⁰³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 334.

²⁰⁴ Cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 333-334 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 158-159.

²⁰⁵ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 334.

²⁰⁶ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 52.

1.2.3.2 Interpretação operativa e precedente já existente

Em segundo lugar, *tampouco é precedente a decisão judicial que apenas aplica precedente a ela anterior*²⁰⁷. Nesses casos, a eficácia vinculante decorrerá da primeira decisão que decidiu em interpretação operativa.

Se uma decisão presente reverbera a *ratio decidendi* de precedente anterior sem a partir dele agir em nova interpretação operativa, isto é, sem, a partir, dele “fazer qualquer especificação nova ao caso”²⁰⁸, será a decisão anterior, não a decisão presente, um precedente para o caso futuro.

Dito de outro modo, será do primeiro precedente que promanará eficácia vinculante que constrange o juízo para casos futuros. Decisões que o aplicam serão, tão somente, meras decisões, jamais precedentes.

Afinal, só haverá precedente se houver interpretação operativa. Se uma decisão posterior ao primeiro precedente dele diverge e o interpreta operativamente de modo a conceber nova especificação para o caso, então essa decisão posterior será um novo precedente; será um *primeiro precedente* de uma nova cadeia decisória que pode (i) aplicá-lo sem novas especificações, hipótese em que a eficácia vinculante decorrerá sempre dele e não das decisões que o aplicam (como explicado neste tópico) ou (ii) dele partir em nova interpretação operativa e assim firmar um novo precedente que instituirá uma nova cadeia decisória (como ele mesmo fez no início do exemplo).

1.2.3.2 Interpretação operativa e pretensão de universalidade

²⁰⁷ Igualmente, cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 333-334 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 158.

²⁰⁸ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 333.

Em terceiro lugar, *não basta, para a caracterização do precedente, a identificação apenas da pretensão de universalidade*²⁰⁹. Para além dela, também deve-se encontrar a ocorrência de interpretação operativa no ato do julgamento precedente, que objetiva a enunciação “de regra jurídica ou de princípio universalizável”²¹⁰.

Há de ocorrer, no ponto, a confluência dos dois fenômenos²¹¹. Sem qualquer um deles não há *precedente*, em sentido material, mas outra espécie de decisão que não essa.

Nessa esteira, a interpretação operativa e a pretensão de universalidade atuam em caráter de complementariedade. A interpretação operativa condiz com a capacidade de a decisão promover a densificação do Direito posto pela inserção de novos enunciados normativos no ordenamento, ao passo em que a regra de universalidade promove a exigência institucional de que esses textos sejam enfrentados no julgamento de casos futuros análogos, porque quando foram concebidos, o foram com expressa *pretensão* de conformar os esquemas hierárquicos em razão da sua presunção de correção.

Sem a interpretação operativa, a pretensão de universalidade perde a substância para *conferir unidade ao Direito*. Sem a pretensão de universalidade a interpretação operativa carece de *meio* para atuar de modo a garantir a racionalidade do ordenamento ao conferir a solução para caso análogo.

²⁰⁹ Cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 334.

²¹⁰ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 334.

²¹¹ Essa também aparenta ser a opção de Marinoni em *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 157-159, muito embora o autor, em seu texto, não se valha exatamente da terminologia ora utilizada.

2 PRECEDENTE E NORMA JURÍDICA

Definido o conceito lógico-jurídico de precedente, vencida está a maior das barreiras para uma precisa compreensão acerca das consequências imediatas decorrentes da influência desse fenômeno no Direito. Uma dessas consequências (e talvez a principal delas) diz respeito à sua potencial eficácia vinculante. Trata-se da capacidade, imanente ou não, para conformar a decisão de órgão judicial quando este é chamado para analisar caso futuro e análogo àquele enfrentado em precedente.

Investigar essa capacidade é entender o quanto se deseja guardar, a partir daquilo que se pretende chamar de precedente, os valores de igualdade²¹² e segurança jurídica²¹³ em determinado ordenamento²¹⁴. Isso porque a observância a precedentes

²¹² Luiz Henrique Volpe Camargo afirma, aliás, que a observância a precedentes, no Brasil, decorre diretamente do mandamento constitucional da isonomia (cf. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 573). No entanto, o mesmo autor condiciona a eficácia vinculante de um dado provimento jurisdicional à existência de *expressa* previsão constitucional ou legal nesse sentido (p. 640, 651).

²¹³ Isso porque o respeito ao precedente estaria diretamente relacionado à mensura de segurança jurídica de um ordenamento. Mitidiero chega a arguir que “a regra do *stare decisis* constitui a *referência da segurança jurídica em um direito caracterizado pela sua dupla indeterminação*.” [grifos nossos] (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 82). Em sentido similar, Lucas Buriel entende que o *stare decisis* (pelo menos enquanto compreendido sob a perspectiva histórica da tradição da *common law*) “é indissociável da segurança jurídica e do próprio Estado de Direito” [grifos nossos], razão pela qual recorda da lição de Daniel Henry Chamberlain, para quem o *stare decisis* seria muito mais de que uma norma do *common law* inglês ou do direito romano, mas traço elementar de todo e qualquer sistema jurídico, o qual invariavelmente, para reputar-se *seguro*, deve ter como premissa a necessidade de que seja seguido amanhã o que se decide no hoje (cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 114, 115). Nesse passo, é interessante aludir a uma das conclusões do célebre estudo comparado *Interpreting Precedents* (1997), no sentido de que restou demonstrado que, em qualquer ordenamento jurídico, a força e peso dos precedentes é atrelada à necessidade de estabilidade e previsibilidade tanto do Direito quanto das decisões das cortes passadas em nome desse Direito – essência da ideia de conferir aos cidadãos uma medida tolerável de segurança jurídica e confiança no gozo dos direitos a eles conferidos (cf. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for Precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016, p. 488).

²¹⁴ A absorção da eficácia vinculante dos precedentes judiciais por uma realidade jurídica é uma questão de distribuição de riscos. Resume-se em admitir abrir mão da possibilidade de sempre se obter a melhor e mais justa decisão em cada caso para, por outro lado e em nome da segurança jurídica, exponencialmente diminuir o risco de haver-se decisões ruins e contraditórias em vários casos (cf. SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, a. 3, n. 39, p. 571-605, 1987, p. 590). A pergunta que se deve fazer quando se pensa na eficácia vinculante dos precedentes (e aqui se evidencia sua indissociável ligação com a segurança jurídica) é: até que ponto o ambiente decisório está disposto a tolerar resultados abaixo do ideal para que as pessoas planejem suas vidas de acordo com as decisões tomadas no passado? Trata-se, então, de questão de equilibrar o ganho esperado com a perda esperada (SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, a. 3, n. 39, p. 571-605, 1987, p. 597, 598). Já se teve a oportunidade de analisar a questão sob essa mesma perspectiva em CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm a

possui, como já delineado, íntima relação com a promoção da racionalidade desse mesmo ordenamento.

Logo, para compreender adequadamente a capacidade de um precedente influir na tomada de decisões institucionais de um Estado, impõe-se, primeiro, objetivamente demarcar, a partir da Teoria Geral do Direito, o que o fenômeno jurídico deve compreender como *precedente*. Desse esforço se perceberão os traços elementares que servem de premissas-guia para a aferição da amplitude da obrigatoriedade das decisões judiciais qualificadas em função desses traços – decisões *precedentes*, portanto.

Esse esforço de demarcação (*rectius*: definição) foi levado a termo no capítulo anterior, no qual se destacou a *pretensão de universalidade* e a *interpretação operativa* como características intrínsecas à qualidade de *precedente*. Em razão dessas duas qualidades, ver-se-á, em seguida, que não é possível deixar de compreender os precedentes como *textos* a partir dos quais defluem *normas jurídicas* (precedentes em sentido estrito), que, justamente por serem normas, possuem eficácia vinculante²¹⁵.

Daí então supor-se-á restar explicada a capacidade vinculante dos precedentes, de modo a justificar também que, para as lindes deste estudo, a opção legislativa por estatuir critério de obrigatoriedade racional impositivo de observância às decisões precedentes é algo que apenas confirma o amadurecimento da compreensão da ciência jurídica quanto à diferenciação entre texto e norma e a consequência deste

posteriori. *Verständnis Law Journal*, Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, out. 2018, p. 96. Idêntica análise é encontrada em MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 119, momento em que o autor, com precisão, afirma: “é custo da segurança fornecida pelos precedentes judiciais obrigatórios que, em alguns casos, o julgador venha a decidir contrariamente ao que pensa ser a solução mais justa ou adequada. Em outras palavras: a vinculação aos precedentes pode ensejar, em certos casos, decisões sub-ótimas”.

²¹⁵ MITIDIÉRO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 35. Afinal, “a partir do momento em que se reconheça a incidência normativa dos precedentes judiciais, não há como subtrair-se à sua imperatividade.” [BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 63].

discrime para delimitação de decisões judiciais enquanto objeto de interpretação em razão das quais obtém-se *normas* gerais.

2.1 PRECEDENTE E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

Conceber precedentes enquanto *decisões judiciais fontes de Direito das quais originam-se normas jurídicas gerais racionalmente obrigatórias* exige a análise de uma questão elementar. Como dito, *precedente*, na acepção mais ampla do signo, remete a fenômeno intimamente ligado a uma natural estrutura do raciocínio lógico humano. É ferramenta de justificação, e que não se submete aos confins da materialização do fenômeno jurídico. Na verdade, o Direito apenas o incorpora enquanto a categoria argumentativa que é. Quando isso ocorre, o estudo da manifestação do fenômeno do *precedente* no âmbito do fenômeno jurídico inevitavelmente deve ocupar-se do tema da argumentação e, mais particularmente, da argumentação jurídica em si. Logo, o precedente, enquanto fenômeno argumentativo, quando incide no fenômeno jurídico, sujeita-se às concepções teóricas que objetivam explicar a argumentação jurídica como um todo.

Isso, em suma, significa dizer que a compreensão do precedente na seara jurídica guarda imediata relação com a compreensão vigente sobre a própria argumentação jurídica, da qual o precedente judicial é unidade. Essa constatação remete o estudo à teoria da argumentação e da interpretação do Direito, a partir de cuja moderna feição será possível extrair a eficácia vinculante que se julga natural à definição de precedente delineada anteriormente.

Quanto à teoria da argumentação jurídica, pode-se destacar duas premissas teóricas distintas que orientaram a compreensão dada ao fenômeno argumentativo no Direito em seu percurso histórico. São elas: (i) a prévia determinação do Direito e (ii) a dupla indeterminação do Direito²¹⁶.

²¹⁶ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53. Marcos teóricos da passagem de uma para outra compreensão são o *Reine Rechtslehre* (1934) de Kelsen (1881 – 1973) (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009); o *The Concept of Law* (1961) de Herbert L. A. Hart (1907 – 1992) (HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994); o *L'Interpretazione della Legge* (1980) de Giovanni Tarello (1934 – 1987) (TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra, 2013)

2.1.1 Prévia determinação do Direito

A primeira dessas premissas teóricas é relativa, quanto ao *common law*, ao período histórico setecentista do jusnaturalismo racionalista britânico, e, quanto ao *civil law*, ao período oitocentista notadamente marcado pelo ideal iluminista da cientificação lógica²¹⁷, ambos momentos caracterizados por um juízo meramente lógico-dedutivo da aplicação do Direito (interpretação cognitivista e aplicação logicista²¹⁸)²¹⁹.

Nestes períodos históricos vigia a concepção de que o Direito seria pré-existente à atividade interpretativa e que ao intérprete caberia tão somente *declarar* o Direito existente²²⁰. Por isso, a atividade jurisdicional seria tão somente cognitiva e faria valer um Direito já havido, fosse ele gravado no imaginário infantil²²¹ da existência de um *common law* imaterial e apenas *percebido* pelo ato decisório²²², fosse ele

e os *Interpreting Statutes* (1991) [MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting statutes: a comparative study*. Routledge, 2016] e *Interpreting Precedents* (1997) [MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016] coordenados por Neil MacCormick (1941 – 2009) e Robert S. Summers (1933 – 2019), todos citados por Mitidiero (*Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 54). Importante marco teórico também é o *Interpretare e argomentare* (2011) de Riccardo Guastini (GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011) e, no particular da doutrina brasileira, o já citado *Teoria dos Princípios* (2003) de Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018).

²¹⁷ É interessante notar que o positivismo cientificista engendrou resultados díspares nas duas grandes tradições jurídicas ocidentais. Enquanto no *common law* o positivismo promoveu uma mudança de paradigma em desfavor da teoria declaratória de jurisdição – segundo a qual os juízes apenas *descobriam* um *common law* preexistente –, no resto da Europa o pensamento iluminista levou à Era da Codificação e justamente a uma concepção da atividade jurisdicional como meramente *declaratória* da vontade do Parlamento. Este aparente paradoxo é destacado em MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 44-45 e em MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 25-26.

²¹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 26, 34

²¹⁹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 31-33.

²²⁰ Como Blackstone (1723 – 1780) dizia, em 1765, ser o caso do *common law* inglês (cf. BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Oxford: Oxford University Press, 2016. v. 1, p. 51-52, 55, 63-64), razão pela qual os juízes seriam oráculos vivos – “living oracles” (p. 52) que apenas descobriam e declarariam um *common law* imemorial pulsante na vida da comunidade britânica.

²²¹ Uma *ficção infantil* (“childish fiction”), segundo John Austin (1790 – 1859), de que o *common law* não é feito pelos juízes em seus precedentes, mas algo miraculosamente feito por ninguém, existente desde a eternidade e meramente declarado pelo Judiciário de tempos em tempos. (AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*. 4. ed. London: John Murray, 1873. v. 2, p. 655).

²²² O que deu origem à famosa comparação feita por Jeremy Bentham (1748 – 1832) entre essa forma de ver o *common law* e um método para treinamento de cachorros, já que os juízes aplicariam o Direito

imediatamente correspondente à literalidade do texto prolatado a partir da autoridade do parlamento²²³, cabendo ao juiz somente dar voz a este texto²²⁴.

Desse modo, no período histórico relativo a esta primeira premissa teórica, o Direito seria *totalmente determinado* previamente à interpretação judicial²²⁵.

2.1.2 Dupla indeterminação do Direito

O dogma da prévia determinação do Direito, porém, começa a ruir com os posteriores estudos acerca da argumentação jurídica. Especificamente na Europa Continental, a girada paradigmática encontrou sua gênese em Hans Kelsen²²⁶ (1881 – 1973), quando o autor, ao cuidar do problema da interpretação, destaca sua teoria realista/cética pura do fenômeno, segundo a qual o Direito seria identificável a partir dos limites de uma moldura²²⁷ definida pelo sistema normativo²²⁸, dentro das quais residiram um sem-número de interpretações igualmente válidas e de escolha discricionária do intérprete²²⁹.

tal como alguém impõe regras a seu cão: “when your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then beat him for it. This is the way you make laws for you dog: and this is the way the judges make law for you and me. They won’t tell a man beforehand what it is he *should not do* – they won’t so much as allow of his being told: they lie by till he had done something which they say he should not *have done*, and then hang him for it.” [grifos no original] (BENTHAM, Jeremy. Truth versus Ashurst. In: BOWRING, John (Ed.). *The works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1848. v. 5, p. 235).

²²³ MONTESQUIEU, Charles de. *The spirit of the laws*. COHLER, Anne M.; MILLER, Basia Carolyn; STONE, Harold Samuel (Eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 163.

²²⁴ Já que, segundo Montesquieu (1689 – 1755), os juízes seriam apenas a *boca que pronuncia as palavras da lei – seres inanimados que não podem moderar nem sua força [da lei], nem seu rigor* (MONTESQUIEU, Charles de. *The spirit of the laws*. COHLER, Anne M.; MILLER, Basia Carolyn; STONE, Harold Samuel (Eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 163).

²²⁵ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53 e ss.

²²⁶ A partir de seu *Teoria Pura do Direito* (1934) (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009), que inaugura a teoria realista/cética da interpretação.

²²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 388, 390-391.

²²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 391.

²²⁹ “Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que (...) têm igual valor (...). Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (...) Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é (...) uma função voluntária.” [grifos no original] (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 390-391, 393). Kelsen (1881 – 1973) arremata o caráter

Essas concepções foram posteriormente desenvolvidas por Herbert Hart (1907 – 1992) em *O Conceito de Direito* (1961)²³⁰, no qual o autor, partindo da ostensiva indeterminação do fenômeno linguístico, destaca a existência de uma *textura aberta*²³¹ perceptível nos textos normativos (leis ou precedentes)²³² diante da qual o valor semântico do texto poderia ser discricionariamente *escolhido*²³³ pelo intérprete dentro do campo de possibilidades abertas pelas fronteiras da linguagem²³⁴.

Hart destaca, porém, a existência de uma dicotomia entre casos claros e casos imprevistos, em função da qual seria possível vislumbrar sentido normativo unívoco para uns (*plain* ou *familiar cases*), mas não para outros (*unenvisioned cases*)²³⁵. Esses últimos evidenciariam uma crise de comunicação entre a linguagem normativa generalizadora e a atividade jurisdicional²³⁶, que, a partir daí basicamente valer-se-ia de escolher o sentido da norma dentro dos limites semânticos mínimos do texto²³⁷. Aí se inaugura o chamado realismo/ceticismo moderado²³⁸.

discricionário de sua teoria da interpretação ao afirmar: “na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (...) do Direito a aplicar combina-se com *um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.*” [grifos nossos] (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 394).

²³⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

²³¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 126-128, 135.

²³² HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 127-128.

²³³ “The *discretion thus left to him by language* may be very wide; so that if he applies the rule, the conclusion, even though it may not be arbitrary or irrational, *is in effect a choice.*” [grifos nossos] (HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 127).

²³⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 125.

²³⁵ Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 126, 127 e 129.

²³⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 126-127.

²³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 55.

²³⁸ Cf. MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, n. 255, p. 63-90, maio 2016, p. 76-81. Importante notar, porém, que Zaneti Jr. chama o *ceticismo/realismo moderado* de Hart (1907 – 1992) de *interpretação eclética*. Por outro lado, o que Zaneti Jr. chama propriamente de ceticismo moderado é uma interpretação *realista, moderada e responsável*. *Realista*, porque parte da premissa que texto e norma não se confundem. *Moderada*, pois a interpretação exige toda uma análise da legislação, dos precedentes e da literatura jurídica (atividade tendencialmente cognitiva do intérprete). E *responsável*, porque a interpretação deve sempre ser comprometida com a racionalidade e com o princípio da universalização, em função de que os órgãos de decisão são obrigados ao compromisso de zelar pela estabilidade, coerência e integridade do ordenamento jurídico. (Cf. ZANETI JR., Hermes.

Seja puro, seja moderado, seja a atuação do juiz declaração ou pura criação de Direito²³⁹, o ceticismo que se opôs ao formalismo oitocentista a partir das primeiras décadas do século XX apontou para uma certeza unânime: o Direito, ao contrário do que previamente se concebia, é fatalmente *indeterminado*. E esta é uma indeterminação dupla (*“la duplice indeterminatezza del diritto”*)²⁴⁰, porque os textos normativos são *equivocos*²⁴¹ e porque as normas são *vagas*²⁴²⁻²⁴³.

2.1.3 Indeterminação do Direito e interpretação judicial

Da constatação da indeterminação do Direito em função da vagueza e da imprecisão orgânica à linguagem em que vazado, ressaí a convicção de que a operação lógico-substantiva formalista e calcada na presunção da suficiência sintática e semântica do dispositivo é insuficiente para exaurir as demandas por tutela jurisdicional; trata-se, de fato, de concepção “iluminista e anacrônica”²⁴⁴.

A sua vez, essa convicção assinala a necessidade de o Direito ter seu significado precisado contextualmente²⁴⁵. Em função disso, confere-se nova tônica à teoria da

O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 152-153, 155-156).

²³⁹ Celeuma que, hoje, para a teoria da argumentação jurídica e para a discussão da eficácia vinculante dos precedentes, a doutrina marca como irrelevante (cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 175-176 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 29, 75-76).

²⁴⁰ O termo é o título do capítulo III da parte primeira da obra de Riccardo Guastini (*Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 39) e em que se justifica a assertiva de ser o Direito “duplicemente indeterminato” (p. 39).

²⁴¹ Cf. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 39-44.

²⁴² Cf. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 52-56.

²⁴³ A equivocidade dos textos e a vagueza das normas segundo o raciocínio de Guastini são bem sintetizadas em Mitidiero: “Os textos são equivocados porque ambíguos, complexos, implicativos, defectivos e por vezes se apresentam em termos exemplificativos ou taxativos. As normas são vagas porque não é possível antever exatamente quais são os fatos que recaem nos seus respectivos âmbitos de incidência.” (*Precedentes*: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59). Para maior descrição de cada uma dessas características, cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59-65 e GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 39-61.

²⁴⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *A jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 207.

²⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53.

interpretação, atribuindo-lhe posição eminentemente *central* para a compreensão da atividade judiciária²⁴⁶.

Em verdade, o Direito passa, a partir daí, a ser enfrentado como *atividade e resultado* do fenômeno argumentativo e interpretativo²⁴⁷ que lhe é pervasivo²⁴⁸. E o ponto de partida fundamental para o irrefreável aperfeiçoamento da teoria da argumentação é a hoje consensual distinção entre *texto e norma*²⁴⁹.

A interpretação não mais verte sobre normas jurídicas, porquanto elas não são um pré-dado independente de interpretação. Ao revés, a interpretação verte sobre o *texto*, sendo a *norma* o resultado²⁵⁰ desse esforço interpretativo. Se norma é resultado da interpretação, e se o Judiciário é quem em último lugar institucionalmente interpreta e aplica o Direito²⁵¹, é de sua atividade que resultará a outorga estatal de sentido aos

²⁴⁶ MITIDIÉRO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 54; VILLA, Vittorio. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 2.

²⁴⁷ Cf. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 14-15 e TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra, 2013, p. 61-63, ambos também citados por MITIDIÉRO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 54 e 57.

²⁴⁸ “Vi è peraltro un problema di interpretazione in astratto, che merita un discorso *a sé stante a causa della sua pervasività*: esso riguarda infatti la quasi totalità dei testi normativi.” GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 44.

²⁴⁹ Cf. TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra, 2013, p. 79-82 e TARELLO, Giovanni. *Diritti, enunciati, usi*. Bologna: Il Mulino, 1974, p. 57.

²⁵⁰ TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra, 2013, p. 81-82.

²⁵¹ Afinal, é ele, segundo Kelsen (1881 – 1973), o *intérprete autêntico* (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 394-395). Deve-se ressaltar, porém, a remissão à ideia de *intérprete autêntico*. Quando aqui remete-se a essa ideia, refere-se especialmente à interpretação e à produção da norma jurídica por meio de um *ato institucional de poder*. Igualmente, cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 49. Isso se dá, no âmbito do Judiciário, de modo geral, com a prolação da norma de decisão (individual e concreta) que aplica norma geral e, de modo mais particular, na atividade interpretativa das cortes cujos julgamentos possuem pretensão de universalidade em função da qual formam-se precedentes (textos que levam à aplicação de normas gerais). *Não se nega, de qualquer maneira, a faculdade interpretativa de outros indivíduos (o agente estatal nos atos administrativos e os particulares nos contratos, por exemplo), que com essa interpretação produzirão normas* – escolhas interpretativas dentro da moldura do Direito positivo. Todavia, apesar de produzirem, a partir da interpretação dos textos normativos, normas que irão regular suas respectivas condutas, não produzirão normas ultimamente capazes de vincular o agente institucional constitucionalmente instituído da função de aplicar o Direito mediante a formação de normas de decisão. Nesse sentido, cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 49 e 55-56 e PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI JR., Hermes. *Interpretação operativa, hermenêutica e precedentes: um diálogo com Lenio Streck*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, a. 17, n. 25, p. 29-43, 2019, p. 39-40. A terminologia certamente é passível de críticas, por talvez minimizar o papel interpretativo que não o supostamente “autêntico”, mas é usada apenas como forma de marcar uma diferença inevitável entre a interpretação de uns e de outros: a

textos²⁵². Aqui se revela a importância do estudo da decisão judicial enquanto precedente e da sua capacidade de conformar a ordem jurídica, já que, dado o corrente paradigma da teoria da argumentação, inevitavelmente uma decisão levará a uma norma, seja ela individual²⁵³, seja ela geral (ou melhor, seja ela um *precedente*²⁵⁴).

2.2 PRECEDENTE JUDICIAL E DISTINÇÃO TEÓRICA ENTRE TEXTO E NORMA

A percepção acerca da indeterminação da linguagem levou à conclusão de que, se o Direito positivo é exprimido em linguagem, e se a linguagem é em si indeterminada, também será indeterminado o Direito positivo²⁵⁵. Por essa razão, assumido que a linguagem que prescreveria o Direito (enunciados prescritivos)²⁵⁶ pode adquirir sentidos vários, vários também serão os “Direitos” obtíveis a partir da linguagem.

Portanto, seria incorreta a concepção de que a linguagem em que veiculado o Direito, a linguagem constante nos *entes positivos* (leis, decretos-leis, etc.)²⁵⁷ - isto é, o/a dispositivo/disposição, o texto²⁵⁸ -, albergaria *uma* norma jurídica unívoca e necessariamente a partir do texto *cognoscível* ou *extraível*. *Texto* (Direito em acepção linguística) e *norma* (Direito em acepção normativa) seriam, pois, distintos e pertinentes a momentos díspares da manifestação do Direito.

interpretação judicial afigura-se como a “resposta institucional” do Estado, seja em razão da norma de decisão que necessariamente deve pôr fim a um conflito ou solucionar questão de Direito concreta, seja, e agora ainda mais claramente, em razão da interpretação voltada a adscrever sentido à estrutura normativa e assim servir como fonte de Direito.

²⁵² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 65.

²⁵³ Consagrada na norma de decisão, constante no dispositivo.

²⁵⁴ Aqui a referência é ao precedente em sentido estrito, à norma geral concebida a partir da interpretação do precedente em dimensão textual-normativa (precedente em sentido amplo).

²⁵⁵ Sobre a indeterminação do Direito positivo, cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 388-390.

²⁵⁶ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 15-25.

²⁵⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro, *Teoria geral do tributo e da exoneração tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 66.

²⁵⁸ Neste trabalho, os termos *texto*, *dispositivo* e *disposição* são usados como sinônimos e significam, de modo amplo, a expressão linguística do Direito ou um determinado enunciado normativo.

Isso dá-se em função do fato de que os enunciados linguísticos, expressos no idioma corrente, não guardam em si significação una²⁵⁹. O sentido não é um dado incorporado ao signo linguístico²⁶⁰. Lembre-se que a atribuição de carga semântica a uma palavra (a uma unidade do sistema sígnico) é, em certa medida, imposição autoritária²⁶¹.

No caso do idioma, essa *escolha*, ou essa *imposição*, decorre, em específico, da convenção resultante do processo histórico de atribuição de significado a um signo a partir de seu uso em determinada comunidade linguística²⁶². Mas esse significado, recorde-se, justamente porquanto não é orgânico ao signo, é passível de cambiar também em sequência ao processo histórico que desenlaça modificações de sentido nas unidades do idioma no tempo e no espaço²⁶³.

Em verdade, então, a comunicação a partir de enunciados linguísticos invariavelmente depende da percepção intra-subjetiva e sensorial do intérprete, que formulará, diante desta manifestação linguística, a sua significação²⁶⁴. Os enunciados linguísticos são, assim, “estímulos que desencadeiam em nós produções de sentido”²⁶⁵.

Portanto, impossível crer que nos enunciados linguísticos do Direito haveria norma jurídica em sua completude deôntica, ou com sentido unívoco e automaticamente cognoscível pelo intérprete quando diante deles. Ao contrário disso, o enunciado linguístico (o *texto*) é *ponto de partida para obter-se norma jurídica*²⁶⁶, e não a chegada

²⁵⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 16.

²⁶⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 51.

²⁶¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 35.

²⁶² Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 51 e CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 35.

²⁶³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 51.

²⁶⁴ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 15-18.

²⁶⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 16-17.

²⁶⁶ Cumpre recobrar que, neste trabalho, *norma* será exclusivamente o produto da interpretação que articula o universo de disposições enunciadas pela linguagem das fontes do Direito. Trata-se de conceito positivista (não necessariamente legalista), que considera que a entidade *norma jurídica* é sempre dependente da expressão linguística das fontes do Direito, isto é, dos *atos linguísticos* de determinados sujeitos institucionalmente dotados de *autoridade normativa*. Daí não existir norma fora da moldura delimitada pela linguagem do Direito positivo. Não podem existir *normas* que *não remetam* a uma expressão linguística normativa ou à associação dessas expressões e seus significados (tudo conforme GUASTINI. Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25-26, 34-43).

em si mesma. E é ponto de partida porque, não obstante o fato de as palavras não guardarem significados específicos a elas incorporados, elas contêm “traços de significado mínimo” já absorvidos pelo uso da linguagem em dada sociedade²⁶⁷ (como já aludido no capítulo anterior). Fala-se na existência de “núcleos de sentido” que já carregam um juízo prévio ao processo de interpretação/cognição por remeterem a significados consistentes em condições *a priori* do uso da própria linguagem. Por sua vez, estes *sentidos mínimos* se prestam para indicar, ao menos, o que os signos *certamente não significam*²⁶⁸. Por exemplo, o signo *precedente* jamais será referível a algo dado no futuro, sempre no passado²⁶⁹. Trata-se, como já dito, de raciocínio que remete a discussão central na gnoseologia, enfrentada nos *jogos de linguagem* de Wittgenstein (1889 – 1951), no *enquanto hermenêutico* de Heidegger (1889 – 1976) e na *condição a priori intersubjetiva* de Miguel Reale (1910 – 2006)²⁷⁰

Por esses motivos, diz-se que a norma sempre *partirá* do(s) enunciado(s), mas com ele(s) não guardará *relação de estrita correspondência*. *Texto e norma* são, enfim, diferentes.

Os rudimentos dessa distinção entre *texto* e a *norma* remetem, na doutrina italiana, a texto publicado por Tullio Ascarelli (1903 – 1959) em 1957, no qual se afirma ser o “*testo*” o objeto de interpretação a partir de que se formula a norma²⁷¹, e ao trabalho

²⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 52.

²⁶⁸ “Expressões como “provisória” ou “ampla”, ainda que possuam significações indeterminadas, possuem núcleos de sentido que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam: *provisória* não será aquela medida que produz efeitos ininterruptos no tempo; *ampla* não será aquela defesa que não dispõe de todos os instrumentos indispensáveis à sua mínima realização. E assim por diante. Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo (...)*” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 53).

²⁶⁹ A ironia, no entanto, é justamente o fato de que o precedente em sentido estrito (norma jurídica geral) somente se revela no juízo interpretativo do julgamento do caso posterior ao julgamento da decisão-precedente (precedente em sentido amplo). Talvez, então, poder-se-ia questionar se o termo “precedente”, usado, em sentido estrito, para denotar a norma jurídica engendrada a partir do texto de um precedente não seria, por critério de clareza, um desserviço ao estudo do tema. Esta análise, porém, cabe a outro estudo, e aqui manteve-se o uso do termo por seu uso nesse sentido ser corrente na doutrina. Cabe tão somente remeter o leitor ao tópico 1.2.1, que trata da distinção de sentido do precedente em sentido amplo e estrito.

²⁷⁰ Cf., respectivamente, WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 6. ed. Trad. Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2009, *passim*, esp. p. 18-19; ZARADER, Marlene. *Heidegger et les Paroles de l’Origine*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1986, p. 54 e REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 30, todos também citados em ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 52-53.

²⁷¹ ASCARELLI, Tullio. Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 12, p. 351-364, 1957, p. 352.

de discrimine feito por Vezio Crisafulli (1910 – 1986) em 1964 entre a “*disposizione*” e a *norma*²⁷²⁻²⁷³. A partir daí possibilitou-se identificar que as fontes de Direito não prescreveriam, a priori, verdadeiras *normas* jurídicas, mas *disposições* vazadas em linguagem (texto) por meio das quais poderiam ser identificadas normas jurídicas (no plural) em sentido estrito²⁷⁴.

As disposições, então, não corresponderiam cada qual univocamente a uma norma. Igualmente, as normas não necessariamente corresponderiam cada qual a uma determinada disposição. Ao contrário disso, das disposições poderiam, por exemplo, ser construídas uma pluralidade de normas, tal como descrito, em certa medida, pelos modelos céticos puro e moderado²⁷⁵; uma norma, a sua vez, poderia remeter simultaneamente a várias disposições²⁷⁶. Esta é a chamada relação de não correspondência biunívoca entre disposições e normas²⁷⁷.

²⁷² CRISAFULLI, Vezio. *Disposizione*. II. *Disposizione (e norma)*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. XIII, p. 195-209, conforme citado por MITIDIÉRO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 56. A referência a este trabalho também é encontrada em GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 30.

²⁷³ Eros Grau [*Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*]. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 40] sugere que a distinção entre texto e norma talvez poderia ser encontrada implicitamente na obra de François GénY (1861 – 1959), que alude a normas jurídicas extraídas da lei, o que pressupõe existir distinção entre texto e norma (GÉN Y, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1919. t. I, p. 44). Importante notar também que, no momento em que a teoria de Kelsen (1881 – 1973) alude à ideia de que a interpretação da lei permite conduzir a “várias soluções”, “produzidas dentro da moldura da norma geral” a partir de “uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”, há que se falar na percepção da inexistência de univocidade entre disposição e norma, o que leva a crer que o autor tenha identificado a distinção, ainda que não tenha sido a fundo trabalhada por ele, entre o que é o enunciado interpretado (o texto) e o que é a norma propriamente aplicada; é dizer: a distinção entre o texto e as normas (cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 390-391, 393-394).

²⁷⁴ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 63-64.

²⁷⁵ Como destaca Cláudio Ari Mello em MELLO, Cláudio Ari. *Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, n. 255, p. 63-90, maio 2016, p. 69-81, esp. p. 73.

²⁷⁶ No caso, admite-se que a relação *norma x disposição* pode ser expressa objetivamente pelas proposições $D \rightarrow N1? N2? N3?$, $D \rightarrow N1 + N2 + N3$ e $D1 + D2 + D3 \rightarrow N$, nas quais *D* são disposições prescritivas individualmente consideradas e *N* são normas individualmente consideradas. No primeiro caso, admite-se que uma única disposição permita engendrar uma multiplicidade de normas dissociadas; no segundo caso, admite-se que uma única disposição permita engendrar uma multiplicidade de normas associadas; no terceiro caso, admite-se a associação do universo de disposições do ordenamento permita engendrar uma norma individualmente considerada. (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 34-43).

²⁷⁷ A respeito, amplamente, cf. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 34-43.

A partir disso, percebe-se que “um documento normativo (uma fonte do Direito) é apenas um *agregado de enunciados* do discurso prescritivo”²⁷⁸, e não propriamente de *normas* em si, já que a norma será concebida a partir da associação das proposições prescritivas (significações dos enunciados prescritivos)²⁷⁹. Com efeito, *norma* será “todo *enunciado que constitua o sentido ou significado* atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições)”²⁸⁰; *disposição*, por outro lado, será “qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo, ou seja, qualquer *enunciado do discurso das fontes*”²⁸¹. Dito mais simplesmente, “a *disposição* é (parte de) um *texto ainda por ser interpretado*; a *norma* é (parte de) um *texto [já] interpretado*”²⁸². No ponto, a doutrina destaca que existem até mesmo normas sem dispositivo e dispositivos sem norma²⁸³⁻²⁸⁴. Seria exemplo do primeiro caso o fato de inexistir enunciados no Direito brasileiro que prevejam os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito, e exemplo do segundo a impossibilidade de construir norma a partir do enunciado constitucional referente à

²⁷⁸ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24.

²⁷⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 22.

²⁸⁰ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25, grifos nossos.

²⁸¹ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25, grifos nossos.

²⁸² GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 26, grifos nossos.

²⁸³ Amplamente: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 36-43.

²⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 50. Igualmente: DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 161. Canotilho também considera a possibilidade de haver normas sem disposição, “produzidas pelo ‘direito’ mediante integração/concretização” (o que em primeiro momento não aparenta ser um raciocínio democraticamente saudável), mas é crítico da ideia de existirem disposições sem normas, quando considera-se *norma*, segundo ele, sob um prisma restritivo, apenas de *normas de conduta*, formadas pelos *enunciados deônticos*, e de *normas de conduta autossuficientes*, o que, diz o autor, retiraria o caráter normativo das *normas programáticas* e dos *princípios* (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.205-1.206). Diretamente contrapondo Canotilho no tocante à ideia de norma sem disposição, cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 22. Canotilho, na verdade, parece sustentar a ideia de que não necessariamente *cada norma específica* refere-se a um *único e específico dispositivo*, e, aparentemente, não nega que toda norma, ao final, resulte, para usar de suas palavras “da combinação de várias disposições” (p. 1.206), ou seja, sempre resulta mediatamente do *texto*, concebido em sua completude. Com isso, se aproxima de Guastini (*Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 42-43) quanto à não correspondência bi-unívoca entre disposição e norma, e do próprio Paulo de Barros, citado acima.

“proteção de Deus”²⁸⁵, constante no preâmbulo da Constituição Federal de 1988. No entanto, há quem não chegue a promover o discrimine até esse ponto²⁸⁶.

Referido raciocínio foi elementar para o desenvolvimento da teoria da interpretação, no particular da argumentação jurídica. Diante da constatação de que as normas jurídicas não seriam um dado prévio, ou de que, enfim, o Direito não seria *predeterminado*, a conclusão que se impôs foi a de ser necessário estudar os mecanismos de atribuição do *valor norma* a hipóteses identificadas a partir dos *textos*. E, como os *textos* nos quais as normas se fundam são exteriorizados por meio de linguagem (em toda sua imanente imprecisão, ambiguidade e vagueza²⁸⁷), é nesse momento que a teoria da interpretação se torna primordial para a compreensão do processo de definição da significação dada, na *applicatio*²⁸⁸, aos elementos textuais (e não-textuais²⁸⁹) que comporiam o ordenamento. Como consequência, constata-se a posição central que as teorias voltadas ao discurso jurídico passam a assumir frente ao fenômeno da aplicação do Direito, à Teoria da Decisão, à Teoria da Norma Jurídica, à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito como um todo²⁹⁰.

2.2.1 Declaração, criação, extração e reconstrução

²⁸⁵ Exemplos em ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 50.

²⁸⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 283, em especial quando afirma que “(...) sob um prisma hermenêutico, não é possível concordar no sentido de que há normas sem textos ou de que há textos sem normas. Apenas seria possível pensar assim se um texto fosse apenas um enunciado linguístico e se fosse possível cindir “palavras” e “o sentido das palavras” ou “palavras” e “coisas” (...). Em conclusão similar, cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 22.

²⁸⁷ Razão pela qual Chiassoni afirma que a linguagem jurídica, “come tutti linguaggi non formalizzati, è un linguaggio sfumato (*fuzzy*), connotato fatalmente dalla vaghezza attuale o potenziale (...) nonché da ambiguità sintattica, semantica, e pragmatica.” (CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell’interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 144).

²⁸⁸ Sobre a *applicatio* e a ideia da coincidência dos momentos da compreensão, interpretação e aplicação – o processo unitário de compreensão, cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 8. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 406 e ss., esp. 406-407. Cf. também, a respeito, STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: o desafio da hermenêutica comprometida com o Estado Democrático de Direito. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 6, p. 561-607, 2005, p. 570 e ss.

²⁸⁹ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 47.

²⁹⁰ VILLA, Vittorio. *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 2; cf. MITIDIÉRO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53-68.

Da perplexidade advinda do discrimine entre texto e norma, então, subitamente a tônica para a compreensão do Direito verte para o fenômeno interpretativo do texto em que antes se presumia univocamente vazado o significado normativo. Passou-se a serem demandados estudos voltados ao processo interpretativo, por meio do qual se *produziriam* as normas jurídicas²⁹¹, já que os diplomas legislativos, a sua vez, a priori, formulariam somente os enunciados, mas não as normas em si.

Um expoente deste percurso científico foi Giovanni Tarello (1934 – 1987), cuja principal contribuição para o estudo do discurso jurídico é o clássico *L'Interpretazione della Legge* (1980)²⁹². Segundo Tarello, o fenômeno interpretativo (ou a interpretação do Direito) é concomitantemente uma *atividade* e um *resultado*. Interpretar consiste em *atividade* voltada a *adscrever* significado aos textos em função de que *resultarão* as *normas*²⁹³. Logo, em prejuízo do que antes se crera, a interpretação não se dirige às normas, mas aos textos. Com efeito, verdadeiro *objeto* da atividade interpretativa não serão as normas propriamente ditas, mas sempre “textos e elementos não textuais dotados de autoridade jurídica”²⁹⁴. Ou, ainda, “se interpretam (não propriamente normas, mas sim) *formulações* de normas, enunciados expressando normas: disposições, como costuma-se dizer”²⁹⁵. A norma é sempre resultado da interpretação²⁹⁶; anteriormente a isso não há que se falar em norma.

À vista disso, nesse momento da compreensão da teoria da interpretação, passa-se a compreender a interpretação como atividade que efetivamente *reconstrói* sentido. É

²⁹¹ Sobre a *produção de Direito pelo juiz como intérprete autêntico* em contraste com *simples criação do Direito*, cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 27 e 46-47.

²⁹² TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

²⁹³ Tudo conforme o esforço de síntese de MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 56. Não obstante, cf. ainda, em maior detalhe, o argumento original de Tarello (1934 – 1987) em TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra, 2013, p. 61-81.

²⁹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 56-57. Conforme ainda, Humberto Ávila: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.” (*Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 50). Esta mesma conclusão também é feita por Riccardo Guastini em *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 16 e em *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 28 e ss.

²⁹⁵ No original: “(...) si interpretano (non propriamente norme, ma piuttosto) *formulazioni* di norme, enunciati esprimenti norme: disposizioni, como si usa dire.” GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 9.

²⁹⁶ TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra, 2013, p. 81-82

ela uma atividade que *reconstrói* (ao invés de tão somente *construir*) porque sempre *parte de algo*. E ela *parte de algo* porque se funda na interpretação de textos normativos vazados em linguagem e que oferecem limites à construção de sentido, já que dotados de núcleos de sentido mínimo²⁹⁷. É ela também uma atividade que *reconstrói* (ao invés de tão somente *descrever* ou *declarar*) - porque sempre *adscreve* sentido. E ela *adscreve* sentido porque, ao contrário de valer-se de um sentido unívoco que estaria naturalmente contido nos enunciados prescritivos, conjuga esses enunciados de modo a ela mesma demonstrar qual é o sentido para o qual as proposições apontam em dado contexto e em função da realidade social vigente²⁹⁸. Sempre agrega sentido, portanto, já que ele não é um pré-dado.

Com isso, a interpretação jurídica afasta-se das posições extremistas de *simples declaração* ou de *pura criação*²⁹⁹. O intérprete não mais apenas declara normas preexistentes, visto que o seu significado não é predeterminado. Do mesmo modo, não são elas criadas de *um nada* por meio da interpretação, já que essa vale-se das fontes de Direito como ponto de partida. Tampouco são as normas meramente *extraídas* dos textos que em sentido único *as conteriam*³⁰⁰. Muito além disso, as normas (=produto) decorrem de uma sistemática interpretação dos textos normativos³⁰¹ (=objeto) que *reconstrói* seus sentidos por neles *adscrever* (=atividade) significado³⁰² que não é nem unívoco e muito menos nativo ao uso da linguagem. Assim, o texto é verdadeira “matéria bruta”³⁰³ a ser usada pelo intérprete e, previamente à interpretação, corresponde apenas a *mera possibilidade de Direito*³⁰⁴,

²⁹⁷ Afinal, “é verdade que a linguagem é largamente indeterminada. Do fato, porém, de que a linguagem é indeterminada não segue nem que ela não possui núcleos de determinação, nem que ela seja totalmente indeterminada e, por isso, supérflua.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 139).

²⁹⁸ Sobre a realidade como condicionante da significação dada à norma, cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 18, 28, 33, 35 e 46-47, para quem “a realidade é tanto parte da norma quanto o texto” (p. 18).

²⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 68.

³⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 68. Igualmente: MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41.

³⁰¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 50.

³⁰² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 56, 57, 68, 74, 82-85 e ainda TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra, 2013, p. 79-80.

³⁰³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 44.

³⁰⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 44.

ou, então, a normas *potencial e parcialmente preexistentes*³⁰⁵. Dito de outro modo, “a prescrição juspositiva”³⁰⁶ não é mais do que “a ponta do iceberg”³⁰⁷ que restringe linguisticamente as possibilidades legítimas de concretização normativa do Direito ao âmbito do quadro textual³⁰⁸.

2.2.2 Interpretação e norma

Essas considerações põem em evidência que *texto* e *norma* não se confundem, e que *o que nisso principalmente importa é o fato de que não há correspondência entre a norma e o(s) dispositivo(s) que articula(m) sua obtenção*³⁰⁹, de que não há correspondência entre o Direito em dimensão linguística e o Direito em dimensão normativa. Assim, não há que se falar em “letra fria da lei” ou em “literalidade da lei” (no sentido de *norma*)³¹⁰ até que seja a lei aplicada e, conseqüentemente interpretada, dado que a lei, no tocante à sua utilização para a resolução de questões de Direito, é sempre dependente de interpretação³¹¹. Não há, também, porque supor a potencial *clareza* da lei a prescindir de interpretação. Afinal, tomar algo como claro ou não já é

³⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 46-47.

³⁰⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

³⁰⁷ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

³⁰⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41.

³⁰⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 50.

³¹⁰ Com Müller, somente o positivismo legalista vincula-se à ideia de realmente aplicar *a lei* em si, na medida em que ele “tratou o texto literal desta [da lei] como premissa maior e ‘subsumiu’ as circunstâncias reais a serem avaliadas aparentemente de forma lógica ao caminho do silogismo na verdade vinculado ao conceito e, assim, vinculado à língua.” (MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 192).

³¹¹ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 142.

em si um ato de interpretação³¹², já que a clareza da lei não é uma premissa, pois, em rigor, somente se pode afirmar que ela é clara após ter sido ela interpretada³¹³.

Portanto, não existe norma previamente ao processo interpretativo. Até então existem apenas enunciados, ou fontes de Direito (*texto*). Consequentemente, a conclusão é de que não existem normas *explícitas*, já que as “normas” que encontrariam base empírica na literalidade dos enunciados não são, em si, *normas*³¹⁴. Existem, pois, apenas normas implícitas, que deverão ser, repise-se, (re)construídas a partir de proposições (significação do enunciado) que se valem do texto, da realidade social e da concretude do caso³¹⁵.

Ao final, a distinção entre texto e norma vivifica a relação de interdependência entre a consecução do significado normativo e a interpretação. Dito de outro modo, o significado normativo, a concretização e aplicação da norma, torna-se *invariavelmente dependente* da atividade interpretativa. Em função disso, a interpretação não mais pode ser vista como algo meramente episódico na aplicação do Direito, mas como um momento permanente. Assim, o produto legislativo não é mais do que o agregado dos enunciados do discurso normativo³¹⁶, já o *ordenamento jurídico* será, para além disso, o conjunto das interpretações desses enunciados³¹⁷. Na verdade, então, ‘a

³¹² “(...) a escolha pela interpretação fácil, ou seja, pela configuração do caso como um *easy case*, é também ela uma escolha interpretativa. Mesmo aqui existe a reconstrução do significado a partir das escolhas do intérprete e é papel da teoria da argumentação tornar explícito e controlado este significado.” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 154). “Interpretam-se, portanto, textos vagos e não vagos, textos ambíguos e não ambíguos, casos fáceis e difíceis. O importante é perceber que a mera classificação de um texto como sendo vago/não vago, ambíguo/não ambíguo e fácil/difícil já é fruto da interpretação.” (PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI JR., Hermes. *Interpretação operativa, hermenêutica e precedentes: um diálogo com Lenio Streck*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, a. 17, n. 25, p. 29-43, 2019, p. 38).

³¹³ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 32.

³¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 20.

³¹⁵ “(...) a norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (*mundo do dever-ser*), mas também a partir de elementos da realidade (*mundo do ser*). Interpreta-se também o *caso*, necessariamente, além dos *textos* e da *realidade* – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados.” [grifos no original] [GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 47].

³¹⁶ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24.

³¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 40.

Constituição’ será a *‘interpretação da Constituição*’, e *‘a lei*’, a *‘interpretação da lei*’³¹⁸. Isso porque a interpretação ao mesmo tempo é e não é o próprio dado interpretado, vez que, com a interpretação, o objeto se sujeita a um infundável ciclo de reconstrução, que por vez o explica, o desenvolve e o modifica substancialmente³¹⁹. Nisso, a interpretação inevitavelmente levará à transformação do próprio objeto interpretado, porquanto embora sempre se reconduza a ele, ao fazer isso, acaba por o alterar³²⁰. Daí que *a lei* sempre será a *interpretação que continuamente se faz da lei*³²¹.

Sob essa perspectiva, a questão da fidelidade ao Direito será principalmente “um problema de metodologia jurídico-interpretativa prescritiva”³²², menos preocupada com a redação dos textos do que com a discussão a respeito das formas pelas quais realmente se constroem as normas³²³. “Mais do que isso, porém: se a norma constitui o resultado da interpretação, então não se pode mais supor que para dar unidade à ordem jurídica basta olhar para a constituição e para a legislação”³²⁴, como se ambas enumerassem enunciados textuais dissociados e com sentido óbvio e unívoco que prescindiriam de interpretação, sendo bastante a ilusória concepção da interpretação - que na verdade não é interpretação – do positivismo legalista oitocentista.

2.2.3 Texto, norma e a atividade jurisdicional

Dessa feita, se a norma exsurge somente no momento da interpretação/aplicação, de modo que aplicar o texto é, de fato, aplicar *a interpretação do texto*, deve-se, especialmente, atentar para a atividade institucionalmente instituída na atribuição de dar sentido a esses textos: a atividade jurisdicional³²⁵, que, a sua vez, ainda prolatará

³¹⁸ Tudo conforme descrito em MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 57.

³¹⁹ ASCARELLI, Tullio. *Antígona e Pórcia*. Trad. Maria Cristina de Cicco. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016, p. 8.

³²⁰ ASCARELLI, Tullio. *Antígona e Pórcia*. Trad. Maria Cristina de Cicco. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016, p. 8.

³²¹ ASCARELLI, Tullio. *Antígona e Pórcia*. Trad. Maria Cristina de Cicco. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016, p. 8.

³²² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 57.

³²³ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 45.

³²⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 65.

³²⁵ Já que o Judiciário é a instituição a quem é dada a função típica de interpretar quando chamado a fornecer *uma* resposta institucional do Estado Constitucional. “Ao legislador, cabe estabelecer a lei; ao

textos mais minudentes (interpretação operativa), que também serão posteriormente interpretados (precedentes)³²⁶.

No ponto, diante do contemporâneo paradigma da teoria da interpretação, novo enfoque recebe a atividade jurisdicional enquanto aquela a quem por excelência é dado o múnus de interpretar como forma de *garantir* o próprio direito à tutela dos direitos constitucional e infraconstitucionalmente resguardados³²⁷. No que lhe diz respeito, este enfoque reclama não mais as críticas estereis à existência de típica função “legiferante” no cerne da atividade judiciária. Afinal, dada a distinção entre texto e norma, a quem julga com pretensão de universalidade caberá dar a interpretação *institucional sobre o que o Direito de fato é* (dimensão normativa do Direito), isso se afastadas posições subjetivistas extremistas, isto é, aquelas “em que o texto perde importância, na medida em que o intérprete atribui ‘qualquer’ norma ao texto”³²⁸. Aqui, recorde-se as limitações decorrentes dos núcleos de significados mínimos do próprio texto³²⁹ e da realidade sobre qual a norma terá de incidir.

juiz cabe interpretá-la.” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 186). Cf. ainda o que o autor discute na p. 174 da mesma obra.

³²⁶ Esse raciocínio é revelado em Hart (1907 – 1992), quando o autor escreve a respeito das normas secundárias e conclui que, *se cabe à função jurisdicional a tarefa de determinar se uma norma de conduta foi violada, é inevitável que suas próprias razões sejam tomadas enquanto a definição institucional do que a norma de conduta de fato é*. Daí conclui que a norma que institui a função jurisdicional será uma norma de reconhecimento, identificando as normas primárias por meio dos julgamentos e, por consequência, os julgamentos que definem o que as normas de fato são serão eles mesmos fonte de direito. No original: “(...) if courts are empowered to make authoritative determinations of the fact that a rule has been broken, these cannot avoid being taken as authoritative determinations of what the rules are. So the rule which confers jurisdiction will also be a rule of recognition, identifying the primary rules through the judgments of the courts and these judgments will become a ‘source’ of law.” [grifos nossos] (HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 97).

³²⁷ Nisso se resume, no moderno Estado Constitucional sito no paradigma da interpretação que reconhece a distinção teórica entre texto e norma, a *função de garantia* do Judiciário, segundo a proposta de Luigi Ferrajoli (cf. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Trad. Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 2011. v. 1, p. 825, 827-831). Trata-se de função tipicamente contramajoritária que alça o Judiciário ao papel de *instituição de garantia* cuja legitimação democrática provém da força do próprio Direito interpretado à luz da Constituição e das leis de modo a garantir a substância dos direitos fundamentais por elas estabelecidos (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Trad. Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 2011. v. 1, p. 828-829). Sobre o tema, cf. também o que escreve Zaneti Jr. em *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 225-229.

³²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 282.

³²⁹ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 51-55 e 139.

Para além disso, no constitucionalismo contemporâneo, ante o “aperfeiçoamento dos mecanismos de trabalho entre os juízes, o legislador e o legislador constituinte”³³⁰, do qual resulta na reserva a atribuição do poder Judiciário para exercer o papel de instituição de garantia³³¹ e de controle dos limites legais e constitucionais, a fragilização do paradigma legalista paleojuspositivista não é nada além de natural. Nesse sentido conflui exatamente a distinção entre texto e norma, não mais bastante a crença da autossuficiência da potestade da lei enquanto linguagem para garantir a unidade do ordenamento. Diante disso, volve-se a sentido oposto à tradicional mecanização da aplicação do Direito por via formalista e tão somente subsuntiva, para então contemplarem-se os critérios intersubjetivamente controláveis referentes à *justificação* das decisões do Judiciário.

Disso resulta que, “se a norma é resultado da interpretação, dada a dupla indeterminação do direito” a jurisdição deve colaborar com a legislação “a fim de que o significado do direito seja *densificado, precisado* e devidamente *comunicado* aos seus destinatários”³³². E esse papel, caberá, em última consequência, ao julgador com pretensão de universalidade, sobre cujas decisões judiciais o elemento *justificação* denota a existência de um duplo discurso: “outorgar tutela aos direitos em particular, decidindo-se de forma justa os casos concretos submetidos à apreciação judicial, e em geral, outorgando-se unidade à ordem jurídica por meio de precedentes”³³³. Ao fim, percebe-se que a atual configuração do paradigma da teoria da interpretação e, em certa medida, da própria Teoria do Direito, tem sua tônica deslocada da legislação para a jurisdição³³⁴⁻³³⁵.

³³⁰ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 113.

³³¹ “La más clásica e importante de las funciones de garantía es ciertamente la jurisdiccional, que desarrolla un papel central en la vida del derecho como función de garantía secundaria. En efecto, se trata de una función pública cuya previsión y organización pertenecen a la que más adelante llamaré ‘dimensión formal’ de la democracia constitucional, pero que al propio tiempo, al consistir en la garantía secundaria de los derechos fundamentales en ella establecidos, es el principal factor de la efectividad de la que llamaré su ‘dimensión sustancial’.” (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Trad. Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 2011. v. 1, p. 831).

³³² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 74.

³³³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 57.

³³⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 74.

³³⁵ Não à toa a doutrina frisa a vocação do Direito contemporâneo para a jurisdição (cf. PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 58, n. 1, p. 41-72, 2004). A referência ao texto de Picardi também é encontrada em

Não é coincidência que nos últimos anos tanto tem se escrito sobre precedentes, em especial nas culturas jurídicas de ascendência romano-canônica. Essa girada é, por certo, em muito devedora da perplexidade surgida diante do aceite da inegável distinção entre texto e norma e da compreensão de qual é e qual a importância do papel que o Judiciário (em linha diametralmente oposta ao pensamento iluminista liberal) passa a ocupar nesse contexto.

Nesse momento, com a tônica da vida do Direito voltada à jurisdição, constata-se que, já que na organização dos poderes do Estado existem órgãos cujo papel é institucionalmente, em última consequência, definir quais são as normas que se engendram a partir dos enunciados normativos, nada mais coerente que sejam justamente estes órgãos os responsáveis por, ultimamente, (re)afirmar a unidade do ordenamento³³⁶. Muito além disso: já, então, que existem órgãos responsáveis para conferir unidade ao Direito, porquanto decidem em pretensão de universalidade, nada mais coerente que sirvam os próprios enunciados por eles construídos durante o processo interpretativo também como objeto de futura interpretação capaz de engendrar normas jurídicas (gerais e concretas) estendíveis a casos análogos pendentes. Nada mais coerente, enfim, que os precedentes vinculem. Mas sua vinculatividade não será dependente de outros enunciados textuais que assim prescrevam. Ao contrário, é implicação imediata do desenvolvimento científico da teoria da interpretação e da argumentação jurídica que se desdobra sobre os hodiernos Estados Democráticos de Direito Constitucionais. O ponto de partida para tanto, tal como o texto serve de ponto de partida para a norma, é precisamente a distinção teórica entre texto e norma.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 74 e em DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR, Fredie et al. (coord.) *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 384, por exemplo.

³³⁶ Novamente, é importante ressaltar que não só o Judiciário define, com base em textos, as normas aplicáveis às relações jurídicas. Também as partes (na autocomposição), os árbitros (na arbitragem), os contratantes (nos contratos) e os agentes públicos (nos atos administrativos), por exemplo, definem e aplicam normas jurídicas. A diferença é que, em todo caso, o Judiciário sempre será a entidade à qual a organização constitucional do Estado delegou o múnus de definir a sua posição institucional (do Estado) quanto a determinada questão de Direito. Com isso, mesmo esses casos em que não há, em primeiro momento, interpretação e aplicação de norma pelo Judiciário, estarão sujeitos, quando tornar-se necessário, a seu controle na função de órgão definidor da *uma* resposta institucional do Estado para o Direito que deve regular a controvérsia.

Finalmente, e ecoando Daniel Mitidiero, deve-se ter em mente que “em uma perspectiva lógico-argumentativa – e, no fundo, em toda e qualquer perspectiva teórica que reconheça a diferença entre texto e norma” – impõe-se “a vigência da regra do *stare decisis* com condição *sine qua non* do Estado Constitucional”³³⁷. Afinal, a constatação da eficácia normativa dos precedentes é consequência do reconhecimento da força institucional da *jurisdição como função básica de Estado*, da definição do que o Direito realmente é, e da percepção de que a interpretação dada ao texto pela função jurisdicional também integra o ordenamento jurídico³³⁸.

2.3 PRECEDENTE JUDICIAL E MODELOS DE OBRIGATORIEDADE

Tanto explanada a definição estipulativa adotada para delimitar o conceito de precedentes, quanto examinada a distinção teórica entre texto e norma, cabe agora centrar o discurso no tocante à obrigatoriedade do precedente judicial em uma perspectiva abstrata.

Nessa senda, podem-se vislumbrar dois modelos ideais. O primeiro (ao qual já se acenou acima), surgido do atual paradigma teórico da argumentação jurídica, reconhece a eficácia vinculante do precedente judicial especificamente em função da atribuição institucional conferida a determinados órgãos jurisdicionais para interpretar o Direito em pretensão de universalidade e, assim, conferir unidade ao ordenamento. O segundo, pautado na atribuição legislativa de eficácia vinculante, lança mão de enunciados normativos para reafirmar a obrigatoriedade de uns, de outros ou de todos os precedentes judiciais pela via textual expressa.

Passa-se, então, à análise desses modelos.

2.3.1 Obrigatoriedade racional/material

³³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 86.

³³⁸ Tudo conforme MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85-86.

Diante de todo o percurso discursivo e argumentativo traçado até então, pôde-se definir o precedente e relacionar esta definição à hoje sabida inexistência de imediata correspondência entre o texto e as normas que habitam o ordenamento. Por essa razão, dado enfoque à atividade judicial de interpretar/aplicar o Direito, a tônica da compreensão do fenômeno jurídico ultrapassa a míope compreensão do formalismo oitocentista e dirige-se à adjudicação, de modo a oferecer novo sentido e importância ao papel democrático do Judiciário³³⁹ e às suas funções típicas.

Com isso, possibilitou-se constatar que a eficácia vinculante de uma decisão precedente decorre primeiro da conclusão pela distinção entre texto e norma, da constatação de que o dispositivo não seria bastante em si mesmo, e da consequente importância que o pensamento jurídico passou a atribuir à promoção de racionalidade via a autoridade normativa da *ratio decidendi* de decisões voltadas à conferência de unidade ao Direito.

Nesse contexto, a eficácia vinculante do precedente exsurge tão mais por ser ele fenômeno material da argumentação jurídica; exsurge da percepção de que se o Judiciário constrói normas jurídicas a partir de textos, e de que se existem decisões judiciais provenientes de órgãos cuja atribuição institucional é dar unidade ao Direito em pretensão de universalidade, então essas decisões devem ser observadas em casos futuros análogos. Mais precisamente, as *razões universalizadas* por essas decisões devem ser compreendidas como normas jurídicas gerais que, exatamente por serem *normas*, são obrigatórias. A eficácia vinculante do precedente, portanto,

³³⁹ Isso porque o Judiciário, nesse paradigma, torna-se o vetor de uma *democracia deliberativa* promovida em função da discussão travada no processo jurisdicional, que passa a ser visto como instrumento democrático-participativo para a produção de decisões institucionais do Estado, no caso, os precedentes (cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 125). Como o processo atua “como espaço vocacionado para solução e composição do dissenso natural à democracia” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 219) e como esse mesmo processo “se revela um ambiente dialógico [contraditório substancial] que, além de prevenir o arbítrio estatal no campo da aplicação do Direito, fomenta as condições necessárias a que as partes reconheçam a justiça da decisão prolatada” (MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. *Formalismo-valorativo e o novo processo civil*. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 42, n. 272, p. 85-125, out. 2017, p. 107), ocorre que o ambiente Judiciário vem a se tornar um *motor para a democracia participativa* (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 74). Não é por outra razão que Cappelletti (1927 – 2004) afirmou que “o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 100).

não decorreria de qualquer disposição normativa específica, mas do princípio da universalização/pretensão de universalidade e do reconhecimento de ser ele ferramenta indispensável (dada a corrente compreensão do fenômeno da argumentação jurídica) para a garantia de racionalidade do ordenamento³⁴⁰.

O precedente é, então, vinculante tão somente pelo fato de ser *materialmente* um precedente e prescindir de qualquer previsão de sua vinculatividade em lei³⁴¹. Caso essa exista, somente fará coro e tornará evidente a confirmação por ser vinculante decisões que já o são em decorrência de sua própria e particular natureza. A obrigatoriedade racional, pois, existe por si só.

Por isso, fala-se em um modelo de obrigatoriedade *racional/material*, que alinha a eficácia vinculante ao precedente enquanto fenômeno da argumentação jurídica.

Contudo, esse modelo pressupõe verdadeira tomada de posição por considerar a eficácia vinculante como implicação lógica do precedente enquanto ferramenta para a racionalização do Direito. Por certo, pende de girada cultural que reconheça os avanços da filosofia e da ciência jurídica, e que os incorpore na vida prática da atividade jurisdicional. Do contrário, não passará a obrigatoriedade racional de estéril postulado teórico, principalmente em tradições jurídicas herdeiras do apego à ficta *literalidade* ou *clareza* da lei e que soem resistir à dação de maior amplitude à atividade interpretativa do Judiciário.

Por isso, é de grande valia o modelo formalizado, que, ao contrário de ir de encontro ao critério racional, somente serve para promovê-lo, denotando, já *a priori*, a opção político-legislativa por conceder aos precedentes eficácia vinculante garantidora do parâmetro de racionalidade eleito.

³⁴⁰ Cf. ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 349-350, 360-361. Igualmente: MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 86.

³⁴¹ Como sustenta Zaneti Jr., "(...) a força normativa dos precedentes prescinde de vinculação formal e pode ser reconhecida mesmo quando não ocorra a expressão menção na legislação de um determinado ordenamento jurídico", já que é ela "decorrente da própria racionalidade da argumentação jurídica" (ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 352 e 351, respectivamente).

2.3.2 Obrigatoriedade legal/formal (*de iure*)

O segundo modelo de outorga de eficácia vinculante a precedentes judiciais é um modelo legalmente formalizado. Precisamente por essa razão, trata-se de um modelo de *obrigatoriedade legal/formal* com vinculação *de iure*³⁴². Isso importa dizer que, nessa perspectiva, a eficácia vinculante é um opção político-legislativa (transposta ao ordenamento por normas aferíveis de enunciados prescritivos legislados) que *reforça a relevância institucional de decisões proferidas em dados contextos decisórios*, de decisões materialmente precedentes.

Para esse modelo, então, um julgamento que não acata um precedente com “relevância constituída ou regulada por normas jurídicas, não pode ser considerado juridicamente correto”³⁴³. A *formalidade* que o caracteriza é relativa à regulação, por normas jurídicas (regras, *standards* e princípios), da força, da influência e da importância que os precedentes judiciais *devem ou deveriam* ter para casos similares³⁴⁴.

No caso brasileiro, exemplos desta vinculação formal encontram-se na previsão da súmula vinculante no art. 103-A da Constituição Federal³⁴⁵ e ainda no rol do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015. Referidos dispositivos denotam a opção legislativa em marcar, nas hipóteses determinadas, a atribuição institucional da função jurisdicional de unificar a interpretação do Direito e completar o ordenamento, dada a reconhecida insuficiência do texto em que ele vazado.

³⁴² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 348, 350-351.

³⁴³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 348.

³⁴⁴ CHIASSONI, Pierluigi. The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal (eds.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Beijing, 2009. Stuttgart/Sinzhem: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012. v. III, p. 26.

³⁴⁵ Muito embora a súmula (de qualquer espécie) não seja o *precedente* em si, apenas a precedentes faça referência. Nesse sentido, por todos, cf. MITIDIÉRO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 94; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 377; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 159.

Não obstante, o modelo *legal/formal* não se cinge apenas a destacar hipóteses nas quais tende-se formar precedentes, mas também dizer que *precedentes*, em geral, vinculam. É isso que faz, por exemplo, o art. 926 do CPC/15, quando traz a tônica da aplicação do Direito para a racionalidade ao institucionalizar o dever de os tribunais *uniformizar* seus entendimentos e mantê-los *estáveis, íntegros e coerentes*; ao institucionalizar critério legal para a existência de racionalidade na atividade dos tribunais e, assim, acabar por formalizar a própria obrigatoriedade *racional/material* nativa à concepção de precedente³⁴⁶. É isso que faz também o inciso VI do parágrafo primeiro do art. 489 do diploma processual ao determinar que não será fundamentada (sendo, portanto, nula³⁴⁷) qualquer espécie decisória que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”³⁴⁸. Especialmente nesses casos, *o ordenamento formalmente institui critério de racionalidade que orienta a atividade jurisdicional e, novamente, institucionaliza a obrigatoriedade material e normativa* (formaliza, portanto) dos precedentes judiciais.

No mais, o precedente é vinculante primeiramente pelo fato de ser precedente: detêm obrigatoriedade que é racional. Prescinde ele, pois, de qualquer previsão de sua eficácia normativa em lei. Eventual previsão legislativa é, de fato, redundância. O precedente vincula por ser materialmente precedente, não pela lei dizer que ele vincula. Todavia, caso essa previsão exista, isto é, caso dado ordenamento manifeste-se pela adoção de um modelo de obrigatoriedade formal, esse ordenamento apenas marcará a conformação daquela tradição jurídica aos paradigmas teóricos que vigem na Teoria e na Filosofia do Direito; somente confirmará ser vinculante aquilo que já o

³⁴⁶ Cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 372 e 378-379.

³⁴⁷ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 332.

³⁴⁸ Neste ponto diverge-se da doutrina de Zaneti Jr. O autor aparenta sugerir referir-se a um modelo de vinculação formal tão somente o rol do art. 927, que formaria os *precedentes normativos formalmente vinculantes e formalmente vinculantes fortes*. O art. 489, §1º, VI, daria voz aos *precedentes normativos vinculantes* e a um modelo de obrigatoriedade *racional/material* (é o que se conclui a partir ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 350, 372-373 e 393). A nosso ver, tanto um quanto o outro dispositivo engendram *precedentes normativos formalmente vinculantes*. Nesse caso, ser *formal* significa obter sua eficácia vinculante a partir de previsão legal expressa. Pouco importa se em um caso há o discrimine específico de quais hipóteses vinculam em específico e se no outro há apenas a regra geral de vinculação. O que importa é que em ambos os casos a eficácia vinculante do precedente encontra respaldo específico na lei e, portanto, *de iure*.

é em decorrência de sua própria natureza; exclusivamente institucionalizará um *stare decisis*³⁴⁹ que dele independe para concretizar-se (pelo menos considerando os pressupostos hoje tidos como indispensáveis ao funcionamento do fenômeno jurídico nos Estados Democráticos Constitucionais que têm a racionalidade e segurança jurídica como premissas³⁵⁰).

Dito isso, o que fez o art. 926, o art. 489, § 1º, VI e o art. 927 (em certa medida), em verdade, *foi tornar formal aquilo que era material*, foi denotar a aquiescência do ordenamento jurídico brasileiro quanto à obrigatoriedade racional dos precedentes e efetivamente valer-se desse critério percebido e (re)construído com o amadurecimento da compreensão a respeito do próprio fenômeno jurídico pela Filosofia e Teoria do Direito.

Isso não importa, porém, que a “redundância” de um modelo formalizado seja de todo inócua. Pelo contrário, a opção por adotar um modelo de obrigatoriedade formal é útil e benéfica, porque prima por precisar noções científicas um tanto turvas para aqueles que militam com base no ordenamento, mas que por vezes estão distantes do percurso acadêmico dos estudos do Direito.

De fato, ainda mais considerando o apego à lei escrita, que decorre da parcela romano-canônica da híbrida herança jurídica brasileira³⁵¹, a instituição de vinculação

³⁴⁹ Recorde-se que o uso da expressão *stare decisis*, neste trabalho, é feito em seu sentido amplo, como sinônimo de *precedente* ou de *modelo de precedentes*. No ponto, deve-se atentar para o fato de que, muito embora tratados como sinônimos, as duas coisas são histórica e tecnicamente distintas, ainda que muito similares (cf. SCHAUER, Frederick. *Stare decisis and the selection effect*. In: PETERS, Christopher J. *Precedent in the United States Supreme Court*. Berlin: Springer, 2013, p. 121-122 e ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 337-338).

³⁵⁰ “A doutrina considera a segurança jurídica como *expressão do Estado de Direito*, conferindo àquela a condição de subprincípio concretizados do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.” [grifos nossos] (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97). A doutrina a que se refere Marinoni é a de MacCormick (1941 – 2009), para quem: “The Rule of Law [i.e. o Estado de Direito] is a possible condition to be achieved under human governments. *Among the values that it can secure, none is more important than legal certainty*, except perhaps its stablemates, security of legal expectations and safety of the citizen from arbitrary interference by governments and their agents” [grifos nossos] (MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 16).

³⁵¹ Sobre isso, retome-se o que foi dito no tópico 1.1 e confira-se, a respeito: BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 11; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 1, p. 289 e, em análise detalhada das evidências históricas do hibridismo

a partir de um modelo de obrigatoriedade *formal* é particularmente didática. Se bem alinhada às construções teóricas que tem vigorado no discurso científico ao longo das últimas décadas, certamente trará experiência proveitosa.

Mas não só. A opção por um modelo com esses contornos serve também para promover o próprio modelo de obrigatoriedade racional decorrente da concepção material atribuída ao precedente. Aqui, a lei atua de modo específico a imbuir na cultura jurídica o postulado do respeito ao precedente. Afinal, a lei é tanto criação quanto criadora da cultura: dois elementos que se relacionam em um plano circular³⁵². Neste ponto, a lei assume verdadeira *função educadora* ao tomar escolhas dentro da tradição jurídica brasileira e dos limites constitucionais brasileiros, promovendo a superação de questões teóricas e uma girada de paradigma a partir de um tratamento dogmático progressista que coloca a tônica da vida do Direito na jurisdição e na interpretação, conforme as conquistas obtidas no percurso desenvolvimento histórico da Teoria do Direito e da teoria da interpretação/argumentação³⁵³.

2.4 A NORMA JURÍDICA DO PRECEDENTE

Seja o precedente *racional* ou *formalmente* vinculante, sua obrigatoriedade é sempre *normativa*. É dizer, faz referência a normas jurídicas dele oriundas. O que muda entre um e outro caso é saber se essa referência a normas jurídicas é natural ao conceito de precedente (obrigatoriedade *racional/material*) ou se também é reforçada legalmente (obrigatoriedade *legal/formal*).

metodológico da tradição brasileira, ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 22-23.

³⁵² Partindo dessa mesma premissa e aplicando-a especificamente para tratar dos sistemas de resolução de conflitos, vistos tanto como produtos quanto produtores da cultura, cf. CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26-27, 30.

³⁵³ Cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 374. Trata-se de algo consentâneo “com a tradição brasileira de superação de questões teóricas através de normatização legal progressista que permite avanços reais em relação a temas que, muito embora complexos e debatidos na doutrina, sofrem mais com a ausência de disciplina legal do que com falta de teoria.” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 374).

Daí que, se a eficácia vinculante dos precedentes faz referência a normas deles decorrentes, cumpre, então, analisar essas normas (ainda que sem qualquer pretensão de esgotar o tema). Para tanto, pode-se valer especificamente da distinção entre texto e norma para procurar precisar no que a *norma-precedente* consiste e quais são suas características, bem como teorizar acerca de qual seria sua estrutura lógica para o Direito positivo em uma perspectiva hipotético-condicional. O esforço seguinte é no sentido de demonstrar como o precedente, seja ele racional ou formal, insere-se no contexto do Direito positivo em dimensão normativa e, com isso, vincula a manifestação do Direito em determinado sentido por dar origem a *normas* (como fazem as *normas* que derivam especificamente dos enunciados provenientes de lei).

2.4.1 Norma-precedente e texto-precedente

Nesse momento cabe recobrar que, conforme definido, o *precedente* pode ser compreendido a partir tanto da ideia de uma decisão judicial em si, quanto da ideia de norma jurídica de caráter geral que provém da interpretação dessa decisão. Para o primeiro caso definiu-se o conceito de *precedente em sentido amplo* (sentido próprio) e, para o segundo, o conceito de *precedente em sentido estrito* (sentido impróprio)³⁵⁴.

No primeiro caso, o precedente, visto como *espécie* de decisão judicial proferida em momento certo e específico do passado, assume a característica de *texto normativo*³⁵⁵, *proferido com autoridade*, e, por assim ser, insere-se no catálogo textual-normativo de determinado ordenamento de Direito positivo³⁵⁶. Leia-se: ele se faz

³⁵⁴ “(...) é importante pôr em paralelo os sentidos que o termo precedente pode ser utilizado tecnicamente. Em sentido próprio, continente ou formal, é fato jurídico instrumento de criação normativa, em outras palavras: é fonte do Direito, tratando-se de uma designação relacional entre duas decisões. Já precedente em sentido impróprio é norma, significado alcançado por redução do termo “norma do precedente”, que é precisamente a *ratio decidendi*, esse sentido é também o substancial.” (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 73). Sobre a discussão, em maior detalhe, remete-se ao item 1.2.1.

³⁵⁵ “Deve-se destacar que o precedente é texto, no plano da expressão, mas que veicula normas jurídicas, ou seja, no plano S3 de geração de sentido. Precedente é assim um termo ambíguo, já que designa tanto o texto da decisão judicial – suporte físico – como a norma que veicula.” (SILVA, Beclaute Oliveira; LIMA, Bruna Medeiros Valente de. Vinculação do precedente no Brasil: análise normativa. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, a. 26, n. 103, p. 63-85, 2018, p. 69). Essa é a “concepção do precedente como fonte, devendo-se compreender que ele é um texto a partir do qual se reconstrói uma norma.” (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 201).

³⁵⁶ Cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 201.

agregar aos *textos* que servem de objeto para ser interpretado de modo a resultar nas normas que compõem esse ordenamento³⁵⁷.

Já no segundo caso, o precedente é a norma em si mesma. Ou seja, é a *ratio decidendi*³⁵⁸, equivale às razões determinantes utilizadas e universalizadas pelo julgador do caso precedente para solucionar determinada questão concreta. Ao formar-se a solução dessa questão, no passado, promulga-se uma norma de decisão, uma norma individual e concreta capaz de solucionar a controvérsia factual ou interpretativa que seja. Todavia, no particular dos precedentes, como essas razões determinantes para promulgar-se referida norma de decisão foram construídas em pretensão de universalidade e valendo-se de uma interpretação operativa dos textos já existentes, elas mesmas serão normas gerais e concretas a serem aplicadas na resolução de questões futuras³⁵⁹.

Com efeito, e em síntese, o precedente (em sentido amplo) será decisão judicial que se lança como *recorte textual* dos textos (entes positivos/enunciados prescritivos)

³⁵⁷ E com isso se concretiza a função do precedente de enriquecer o suprimento de normas jurídicas destacada por EISENBERG, Melvin A. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 4.

³⁵⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 233; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2, p. 455; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 90. Cf., ainda, DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 142-143, 176.

³⁵⁹ Até mesmo por esse motivo, é preciso considerar o reflexo da dimensão normativa do precedente (i.e., o precedente em sentido estrito) para efeito de ação rescisória. Quanto a isso, deve-se atentar, ainda mais em um contexto em que se assume a distinção entre *texto* e *norma*, que a regra de admissibilidade de ação rescisória contra decisão que viola norma jurídica na verdade não se refere a *violação de texto normativo*. Tanto é assim que a redação do revogado art. 485, V do CPC/73, “violar literal disposição de lei” passou a ser, no art. 966, V do CPC/15, “violar manifestamente norma jurídica”. Agora é claro que é a violação à norma jurídica em si, e não à ilusória literalidade do texto normativo, que franqueia a rescisão. É se a *ratio decidendi* de precedente corresponde a norma jurídica, seu vilipêndio igualmente consiste em hipótese de violação a norma jurídica a admitir o uso da ação rescisória. Daí a importância dos parágrafos 5º e 6º desse mesmo art. 966 do CPC/15, que atrelam a hipótese do inciso V do *caput* também ao caso de decisão fundada em “padrão decisório”, mas que “não tenha considerado a existência de distinção” no caso em julgamento. A partir deles, a doutrina alude à ideia de *violação de norma jurídica por distinção* e sustenta que passa-se a admitir três causas de cabimento de ação rescisória por violação a norma-precedente: a uma, decisão que não considera a existência de distinção entre o caso julgado e o caso precedente; a duas, decisão que equivocadamente supõe que os casos são substancialmente iguais, ou seja, que não há distinção; a três, decisão que deixa de aplicar precedente cabível, seja ignorando-o, seja pressupondo haver distinção que não existe. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória baseada em violação de norma jurídica*. *Marinoni Advocacia*, 2018. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2018/12/RESCIS%C3%93RIA-BASEADA-EM-VIOLA%C3%87%C3%83O-DE-NORMA-JUR%C3%8DDICA.pdf>. Acesso em: 28 de fev. de 2020, esp. p. 21-23.

legais ou constitucionais, sendo, por isso, também um texto, um *texto-precedente*. E, ao ser interpretado no futuro (sempre em conjunto com outros textos também vigentes), esse *texto-precedente* torna possível a aplicação das *normas* correspondentes às razões determinantes universalizadas³⁶⁰ (precedente em sentido estrito) pela decisão. Essas normas têm caráter *geral e concreto*³⁶¹.

2.4.2 Generalidade e concretude

São normas *gerais*³⁶², pois uma vez que o precedente possui pretensão de universalidade, as razões determinantes para as soluções das questões nele suscitadas são universalizadas e ultrapassam as lindes da aplicabilidade *individual*, por exemplo, da própria norma de decisão a que essas razões determinantes deram azo em primeiro lugar.

Assim, se o texto do precedente tem caráter geral (característica que a pretensão de universalidade lhe imprime, por ser ele argumento de autoridade e por referir-se a função institucional do Judiciário), a norma que desse texto é capaz de provir como regra (seja princípio, seja regra em sentido estrito³⁶³) para a solução de questões de

³⁶⁰ Sintetizando um raciocínio muito similar, cf. o que escrevem Becloute Silva e Bruna de Lima: "(...) parte-se da premissa de que há uma norma de estrutura anterior à decisão vinculante [as normas constitucionais e legais que delegam a certos órgãos do Judiciário a responsabilidade por definir a interpretação do Direito, seja constitucional, federal ou estadual, poder-se-ia dizer], que impõe sua obrigatoriedade, e que o provimento é o texto da decisão que, uma vez interpretado (somando-se o texto do precedente com a legislação, doutrina, cultura, pré-compreensão, enfim, diversos aspectos que influenciam na interpretação), possibilita a construção de uma norma de conduta ou de estrutura." (SILVA, Becloute Oliveira; LIMA, Bruna Medeiros Valente de. Vinculação do precedente no Brasil: análise normativa. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, a. 26, n. 103, p. 63-85, 2018, p. 64)

³⁶¹ Sobre a argumentação que se segue, cf. o que já se sustentou em CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm a posteriori. *Verständnis Law Journal*, Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, out. 2018, p. 99-100.

³⁶² Sobre a generalidade e individualidade da norma, cf., por todos, CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 269-270 e CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 33-35

³⁶³ Lucas Buriel de Macêdo é paritário da ideia de que a norma do precedente pode ter natureza tanto de *regra em sentido estrito* quando de *princípio* (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 77, 83). Essa também parece ser ponto sustentado BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 350-352. Zaneti Jr. sugere o mesmo, ao condicionar a qualidade de precedente àquelas decisões que tenham conteúdo de enunciação de uma regra jurídica ou de um princípio universalizável (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 334). A discussão quanto esse ponto é complexa e ultrapassa os limites e a proposta deste

Direito também tem caráter geral, e o descumprimento dessa norma (como ocorre com normas gerais e abstratas oriundas de outros textos normativos) dá origem à norma secundária³⁶⁴ (individual e concreta) que implica a sanção³⁶⁵ por sub-rogação por parte da autoridade competente³⁶⁶.

São normas *concretas* porque, diferentemente do que ocorre com as normas gerais e abstratas³⁶⁷ (conhecidas não se referirem a qualquer *fato* ocorrido no tempo e espaço, sendo apenas possuidoras de uma *hipótese normativa* no seu antecedente a demandar *concreção* no processo de interpretação/aplicação do qual provém a norma de decisão), em seu antecedente normativo mora precisamente a *unidade fático-*

trabalho. Ela é satisfatoriamente enfrentada em BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 350-353, para onde remete-se o leitor. No entanto, pelo menos *a priori*, não se vê qualquer óbice em considerar a possibilidade de a norma do precedente (precedente em sentido estrito/*ratio decidendi*) ter natureza de princípio. Nesse caso, essa norma-princípio, porquanto o precedente cuja interpretação/aplicação que lhe dá origem foi ele mesmo partido do texto normativo, estaria situada dentro dos limites do Direito positivo. Reconhece-se, porém, que a questão merece maior reflexão em um estudo próprio.

³⁶⁴ Sobre a norma primária e a norma secundária, cf., por todos, HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 94 e ss; KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 68-69 e VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 111 e ss.

³⁶⁵ Para este trabalho, *sanção* traduz-se na ideia de garantia da *coercibilidade do Direito* e assim, em elemento de eficácia normativa; significa a sujeição institucionalizada de uma conduta a uma consequência instituída na ordem jurídica. A sanção se expressa, primeiro, por meio de mecanismos de indução psicológica (coerção) e, segundo, por meio de mecanismos de força física, por meio da suscetibilidade ao próprio ato coativo do Estado (sub-rogação). Nesse sentido, e em maior detalhe, cf. BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 108; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 90; CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 241-243; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 69-76; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 260-261; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 175-176, 188-199.

³⁶⁶ Esse é o ponto do que significa ser *vinculante*, no tocante ao aspecto da eficácia normativa, já que “não há um direito pertencente ao sistema jurídico que não seja assegurado coercitivamente pela via judiciária.” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 243). Isso será discutido logo adiante. A respeito, e tratando especificamente da relação entre eficácia vinculante do precedente e sanção, cf. BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 107-114, 123-133.

³⁶⁷ Sobre a abstração e concretude da norma, cf., por todos, CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 269-270 e CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 33-35

*jurídica*³⁶⁸ que prende a eficácia dessa norma aos fatos e à fundamentação jurídica concretamente havidos no passado. “É a vinculação aos *material facts* do caso que torna a norma-precedente geral e concreta e não geral e abstrata”³⁶⁹. A *ratio decidendi*, portanto, dado que é sempre vinculada aos fatos substanciais do precedente e aos fundamentos que a partir desses fatos levaram à solução, e dado que é sempre aplicada em função desses fatos e fundamentos, será sempre uma norma *concreta*³⁷⁰.

A norma-precedente será, pois, sempre geral e concreta porque (i) “vinculada aos fatos materiais que estão na origem da *ratio decidendi* do precedente” e porque (ii) esses fatos “precisam ser confrontados e analisados à luz dos fatos do caso-futuro para a verificação da equivalência de fundamentos determinantes, assim como deve haver “o juízo de *fit* (adequação) entre os fatos e a solução jurídica do caso-precedente e os fatos e a solução jurídica do caso-atual”³⁷¹.

2.4.3 Norma do precedente e analogia

Aliás, poder-se-ia dizer, talvez, que a norma-precedente não se aplica por uma técnica lógico-dedutiva, tão somente por subsunção. Não haveria em seu antecedente propriamente uma *hipótese*, um recorte hipotético de circunstâncias ao qual os fatos futuros deveriam ser subsumidos³⁷². Haveria, ao contrário, uma incidência por analogia³⁷³, que teria como pressuposto (i) a unidade fático-jurídica do caso-

³⁶⁸ Segundo Zaneti Jr., a *unidade fático-jurídica* corresponde à somatória dos fatos relevantes com a solução jurídica dada (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 329-330, 354).

³⁶⁹ ZANETI JR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, n. 257, p. 371-388, jul. 2016, p. 382.

³⁷⁰ CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm a posteriori. *Verständnis Law Journal*, Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, out. 2018, p. 99.

³⁷¹ Todos os trechos de ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 402, também já citados em CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm a posteriori. *Verständnis Law Journal*, Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, out. 2018, p. 100.

³⁷² Em sentido aparentemente contrário, ainda que chegue a conclusões parecidas, cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 257-260, especialmente: “a norma do precedente, assim como a norma legal, *possui inequivocamente hipótese fática, ou seja, a previsão de fatos do mundo que, quando ocorrentes, levam à incidência da norma jurídica (...)*” [grifos nossos] (p. 257).

³⁷³ “Aplicar um precedente envolve, portanto, *comparação* entre casos. Não por outra razão normalmente se alude à *analogia* como elemento essencial do raciocínio jurídico de um sistema de precedentes.” [grifos no original] (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed.

precedente e (ii) o fim em função do qual os fatos do precedente foram qualificados como substanciais na ocasião do julgamento passado. Isso permitiria que fatos subsequentes ao precedente, ainda que diferentes, por justificarem o mesmo fim, fossem aglutinados sob um mesmo critério de igualdade³⁷⁴, de modo que a norma aplicada por analogia entre a unidade fático-jurídica de um caso precedente e os fatos de um caso-atual seria uma norma efetivamente *concreta*. Seria uma norma que não toma os fatos descritos no antecedente de forma *hipotética*, de forma desqualificada, bastante, para atrair a incidência, a ocorrência de fatos subsequentes que se encaixem no recorte *abstrato* feito pela hipótese. Diferentemente, seria norma em cujo antecedente foi feita uma valoração de fatos efetivamente concretos que justifica a incidência normativa por analogia se nos casos futuros nos quais se for aplicá-la existirem outros fatos também efetivamente concretos e que devam se reputar igualmente substanciais para o fim ao qual os fatos do caso-precedente foram relevantes. Haveria, então, uma flexibilidade no antecedente da norma-precedente³⁷⁵, que, a partir da unidade-fático jurídica, legitimaria que diversos fatos futuros fossem acolhidos enquanto substanciais e assim se aglutinassem na mesma categoria de fatos que legitimou a solução proposta pelo precedente em primeiro lugar.

Com isso, em resumo, a aplicação da norma do precedente por analogia seguiria a seguinte lógica: se em um precedente *P* fosse dada uma solução para a categoria de fatos *A*, e se o caso *X* tratasse de fatos pertencentes à categoria de fatos *A*, incidiria a norma do precedente *P*; ao mesmo tempo, porém, se no caso *X* o julgador encontrasse os fatos *A'*, *A''* ou *A + B*, o raciocínio analógico permitiria constatar que as razões do precedente *P* para resolver situações referentes à categoria de fatos *A* são igualmente válidas para resolver as questões relativas aos fatos *A'*, *A''* ou *A + B*.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 100). Sobre a aplicação analógico-indutiva dos precedentes (em perspectiva normativa, não textual) em contraposição à subsunção, cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 87; TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 4-5.

³⁷⁴ Relembre-se que coisas são consideradas iguais porque nelas se destaca um *quê* de igualdade que dá substância ao critério de igualdade relevante para a consecução de um fim. Cf., conforme já citado, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 193 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 181-183, especialmente p. 183.

³⁷⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 258-259.

Daí, a norma incidiria também para esses fatos A' , A'' ou $A + B$ e, assim, a categoria de fatos abarcada pelo precedente P restaria ampliada³⁷⁶.

2.4.4 Estrutura formalizada da norma-precedente: norma introdutora

De outro modo, talvez poder-se-ia conceber que, à semelhança do que ocorre no processo legislativo, a norma-precedente funcionaria tal como *norma introdutora de normas*, geral e concreta, portanto³⁷⁷. Em seu antecedente haveria *fatos* em específico e não *hipóteses*, e em seu conseqüente haveria uma outra norma, essa sim, geral e abstrata³⁷⁸. Contudo, como mais adiante se ressalva, a norma-precedente não propriamente *introduz* normas novas, mas, na verdade, *remete, conduz*, a norma geral e abstrata já contemplada pelo ordenamento jurídico, ultimamente delimitando-a e precisando-a. Isso porque o precedente, enquanto decisão, lança-se como *texto* dentro do *texto* do Direito positivo que já existe³⁷⁹, diferentemente do que ocorre no devido processo legislativo ou constitucional, em que se pode ampliar ou reduzir as próprias fronteiras do Direito positivo, *introduzindo-se*, assim, normas novas³⁸⁰. Fala-se, então, em uma *mera semelhança* entre as normas-precedente e as normas introdutoras, não em uma *identidade*.

Partindo dessa hipótese, tomando-se a tradicional estrutura formalizada da norma jurídica em uma perspectiva hipotético-condicional do fenômeno jurídico, qual seja, a

³⁷⁶ Exemplo extraído de MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 259-260.

³⁷⁷ Normas gerais e concretas “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’*)” [grifos nossos] (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 271).

³⁷⁸ A norma geral e abstrata situada no conseqüente da norma-precedente, porém, não é criada *ex novo* por ele. Ela, de fato, está contemplada pela moldura do Direito positivo. É apenas aclarada pelo precedente; é delimitada e precisada por ele em razão do recorte textual feito pela decisão-precedente enquanto texto dotado de autoridade de fonte normativa.

³⁷⁹ A respeito, cf., conforme já citado, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 265.

³⁸⁰ Essa ressalva preserva o caráter democrático da concepção proposta. Sem embargo, a sugestão, claro, é controversa, e toca a discussão acerca da legitimidade do Judiciário para tanto. Não há aqui qualquer pretensão de esgotamento do assunto, que demanda trabalho apartado e específico. Há apenas reflexão teórica sobre uma possível estrutura lógico-formalizada da norma-precedente, posta, desde já, para enfrentamento e crítica.

estrutura $D(p \rightarrow q)$ ³⁸¹, na qual D é o vínculo implicacional do dever-ser, p é o antecedente, \rightarrow é o functor deôntico não modalizado que implica o nexos entre antecedente e conseqüente e q é o conseqüente, então poder-se-ia sugerir uma precisa estrutura lógica da norma-precedente/precedente em sentido estrito/*ratio decidendi*, bem como, ao fazê-lo, descrever o percurso de integração do precedente no Direito positivo.

No caso, analogamente ao que ocorre com a norma introdutora do processo legislativo, ocorreria que o vínculo implicacional do dever-ser D implicaria que “dado o fato de ter sido prolatado o precedente A em função da unidade fático-jurídica B ”, “então (functor deôntico \rightarrow) se ocorrer x deve ser que y ”. Ou seja, em expressão lógica: $D[p \rightarrow (x \rightarrow y)]$. Aqui, x seria o antecedente da norma geral e abstrata que se localizaria no conseqüente da norma-precedente; x seria o verdadeiro recorte de uma hipótese daquilo que é factualmente possível de acontecer e que, caso aconteça, implica o vínculo estabelecido pelo functor deôntico não modalizado, agora entre x e y . Noutra giro, y seria o conseqüente da norma jurídica geral e abstrata havida no conseqüente da norma-precedente. E, dentro deste conseqüente y , seria possível encontrar os sujeitos S' e S'' e, entre eles, o functor deôntico modalizado (obrigatório, proibido e permitido) R . No mais, é relevante destacar que o antecedente x da norma geral e abstrata conteria hipótese fática que obrigatoriamente se alinha ao antecedente normativo p da norma-precedente, já que o amplo recorte fático que o antecedente x faria é quanto às hipóteses substancialmente análogas aos fatos que se situam no cerne da unidade fático-jurídica que compõe o antecedente da norma-precedente.

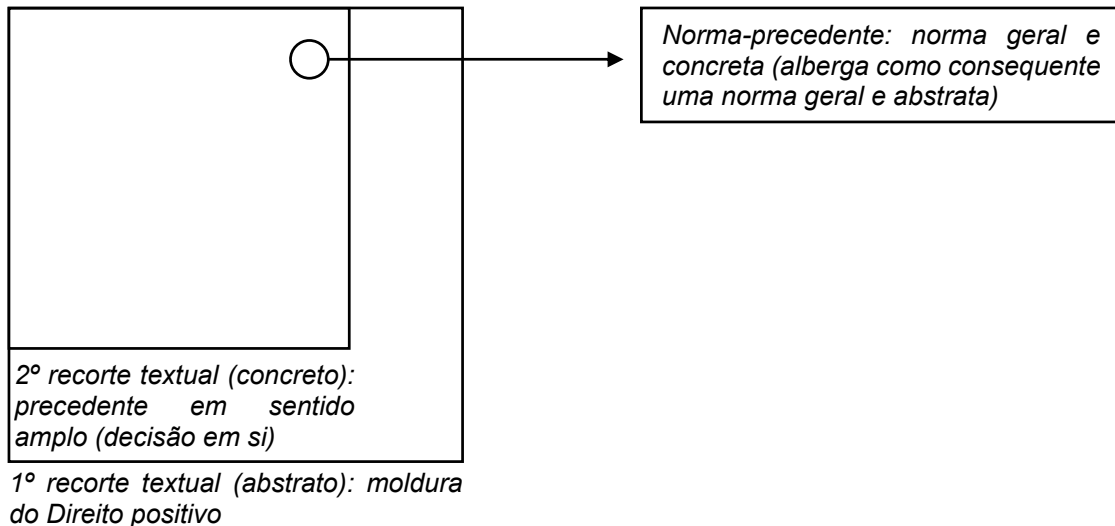
³⁸¹ Expressão formalizada da conhecida proposição *Se F, então deve ser C*, em que F é um fato e C é uma consequência (cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 93-104); proposição a respeito da norma que, diz a doutrina, apesar de muito criticada, “é a verdade essencial”, já que normas são proposições normativas hipotéticas, que estipulam que a existência de determinadas circunstâncias implica consequências que devem se seguir ou ser implementadas (MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978, p. X). No caso, a estrutura $D(p \rightarrow q)$ é encontrada especificamente e trabalhada em detalhe em VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 95 e ss. Para uma análise compreensiva da norma jurídica e sua estrutura, cf. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 212-243.

Ao final, considerando o raciocínio teorizado, de modo a esquematizar a estrutura da norma jurídica do precedente (precedente em sentido estrito), ter-se-ia: $D[p \rightarrow (x \rightarrow S' R S'')]$.

Considerando essa perspectiva, torna-se ao mesmo tempo possível descrever o caminho que o precedente percorre em sua manifestação no fenômeno jurídico: (i) há a moldura do Direito positivo, definida em função dos *textos dotados de autoridade legislativa/constitucional*; (ii) no julgamento de uma decisão-precedente, que é fonte de Direito, o intérprete desses textos acaba por promulgar *novos textos* que se inserem dentro dos confins definidos pelos textos anteriores – faz um recorte que especifica o limite do discursivamente possível para hipóteses análogas às dos fatos julgados (aqui a mora precisão do antecedente da norma geral e abstrata [e que já está contemplada pela moldura do Direito positivo³⁸²] havida no consequente da norma-precedente); (iii) por sua vez, o julgador do caso futuro, ao interpretar o precedente, nele identifica e aplica a sua *ratio decidendi*, que é a norma construída dentro desse recorte feito pelo julgador-precedente ao contemplar a moldura inteira do Direito positivo; *ratio decidendi* esta que, como identificada a partir da unidade fático-jurídica do precedente, é já *concreta* e em si alberga uma norma de conduta *geral e abstrata* precisada dentro do recorte do texto-precedente, de modo a ser algo similar a um terceiro recorte, portanto.

A utilização de um simples esquema gráfico pode facilitar a exposição visual da proposição teórica:

³⁸² Do que não há de se falar que o precedente, então, estaria *criando* Direito. Diferentemente, está apenas *precisando-o*.



Esse raciocínio, inclusive, serviria para evidenciar a inocuidade da celeuma entre a teoria declaratória e a teoria criativa da atividade jurisdicional. Isso porque, segundo a proposição teorizada, seria possível ver que *o que a atividade jurisdicional faz é algo entre a declaração e a criação*: “cria Direito” em sua dimensão textual (=texto) dentro dos limites do texto que já foi criado pelo parlamento/constituente (que é o que define a fronteira/a amplitude do que é/pode ser *Direito* mesmo) e “cria Direito” em sua dimensão normativa (=norma) por meio da produção de normas de decisão fundadas, novamente, dentro dos limites do texto que já foi criado pelo parlamento/constituente³⁸³. Mas, ainda que essas atividades de *criação de texto* dentro de texto e de *produção de normas de decisão* sejam atividade de cunho criativo, ao mesmo tempo são atividades de descobrimento (=cognição), já que se valem dos limites do texto do Direito positivo para afirmar e precisar o que há dentro dele e o que pode, a seu turno, ser criado/produzido dentro disso que já existe. O que o legislador/constituente faz, então, é instituir a moldura (o Direito positivo em si); o que o Judiciário faz é precisar o que há no cerne dessa moldura ou então criar outras molduras mesmas (textos mais minudentes, glosas) que, porém, confinam-se dentro das lindes dessa primeira. O Judiciário, pois, não efetivamente “cria”, nem tampouco “descobre” ou, ainda, “positiva”. O positivo já foi assim instituído por autoridade legislativa; o Judiciário precisa, de fato, qual o conteúdo específico daquilo que, na interpretação/aplicação em concreto, pode ser encontrado dentro dos confins do

³⁸³ Sobre a *produção de Direito* pelo juiz em contraste com simples *criação do Direito*, cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 27 e 46-47.

Direito positivo (as normas). Nessa atividade, em verdade, ele tanto cria quanto descobre³⁸⁴.

Por isso, a doutrina afirma que, a partir do momento em que se concebe que o texto constitucional e legal estabelecem “o marco ou moldura dentro do qual se deve construir a norma jurídica que irá decidir o caso concreto”, igualmente deve-se levar em conta que algo similar, porém mais restrito, acontece no estabelecimento de um precedente judicial: “também nesse caso há um poder de criação do Direito *no marco definido pelo ordenamento jurídico*”³⁸⁵. Se se aceita, pois, que no momento da interpretação dos textos normativos o aplicador deve escolher algum dos conteúdos normativos possíveis dentro da moldura do Direito positivo, então “ele está de fato dotado de um poder normativo geral, ainda que limitado”³⁸⁶. Nesse particular, esse poder normativo geral não é senão a manifestação do precedente enquanto fonte de Direito, talvez não em sentido tradicional, de criação de Direito *ex novo*, mas como ato de poder *instituidor de texto* dotado de autoridade normativa restrita ao universo de possibilidades aberto e ao mesmo tempo constringido pelo texto constitucional e legal e pelos limites semânticos da linguagem em razão da qual esses textos são materializados.

De todo modo, fugindo à digressão teórica, fato é que, qualquer seja a perspectiva utilizada, a norma-precedente sempre será norma jurídica *geral e concreta*. O que nela há de abstrato encontra-se em seu conseqüente e consiste na própria norma geral e abstrata já havida na moldura do Direito positivo instituído pelo legislador e pelo constituinte; pelo precedente, essa norma geral e abstrata é tão somente

³⁸⁴ Em conclusão não de todo dissimilar, Cappelletti (1927 – 2004) afirma, quanto à indagação de se o juiz apenas interpreta ou cria o Direito, “que o juiz, inevitavelmente, reúne em si uma e outra função”, ainda que seja obrigado meramente a aplicar lei já preexistente. E assevera que “nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade (...)”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 128-129). Também similarmente: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 264-265; ALVIM, Teresa Arruda. Cada caso comporta uma única solução correta? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 1.223, 1.228.

³⁸⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 265, grifos no original.

³⁸⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 265.

precisada, ou, em outras palavras, devolvida ao ordenamento jurídico com conteúdo reconstruído³⁸⁷ (proveniente, no caso, do recorte textual promovido pelo precedente).

Ademais, muito embora semelhantes àquelas construídas a partir dos textos legislados, a norma do precedente delas se distancia por possuir características particulares. Sua generalidade decorre da pretensão de universalização das cortes que universalizam suas razões, sua concretude, por sua vez dá-se sempre em função de sua vinculação à unidade fático-jurídica do precedente.

2.5 EFICÁCIA VINCULANTE E PRECEDENTE JUDICIAL

Afirmou-se que a obrigatoriedade do precedente, *racional* ou *material*, é sempre uma obrigatoriedade *normativa*. Ela refere-se ao fato de os precedentes permitirem ser aplicadas normas jurídicas que, pela qualidade do *ser* normas, são obrigatórias (ou *vinculantes*). Assim, costuma-se falar que o precedente é vinculante, quando na verdade, está-se a falar que as *normas* dele decorrentes que detém essa qualidade. Fala-se que o precedente é vinculante, pois, como metonímia, da mesma forma que se fala que a lei é vinculante quando, em verdade, está-se a afirmar que as normas obtidas em razão do texto legal é que o são³⁸⁸.

Logo, não é o *precedente* (em sentido amplo, de *decisão judicial*) que é vinculante. A *norma do precedente* é que vincula. Não existem, em rigor, *precedentes vinculantes*, mas apenas *normas (decorrentes) de precedentes* que, por serem normas jurídicas, são *vinculantes*. Se o uso do signo *precedente* é no sentido amplo/próprio (o de espécie de decisão judicial), aí a expressão *precedentes vinculantes* é forma de se referir, por metonímia, às suas *normas jurídicas gerais*, às suas *rationes decidendi*. Por outro lado, se o uso do signo *precedente* é no sentido estrito/impróprio, referindo-se à *norma-precedente*, aí a expressão *precedentes vinculantes* tem um sentido mais preciso, relativo às normas jurídicas gerais em si que dos precedentes decorrem.

³⁸⁷ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 257, 2016, p. 380.

³⁸⁸ Similarmente, cf. MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 242, p. 521-550, 2015, p. 525-526.

Feito esse esclarecimento, a conclusão que se impõe é que, se o precedente universaliza razões em função das quais compõem-se normas jurídicas gerais, os consequentes normativos dessas normas são de cumprimento obrigatório e devem vincular a ordem jurídica. Referidas normas servem para orientar a conduta dos sujeitos de Direito e, por isso, devem ser observadas.

Sem embargo, isso não importa que normas gerais oriundas de precedentes não possam, em clara patologia, ser factualmente descumpridas. Isso não remove seu caráter vinculante. Mesmo normas provenientes de textos normativos legais são passíveis de patológica inobservância, muito embora não se questione seu caráter vinculante. A eficácia vinculante, pois, não se relaciona à possibilidade prática de descumprimento ou não das normas jurídicas³⁸⁹, mas principalmente à existência de mecanismo de controle para assegurar o seu cumprimento³⁹⁰.

É nesse momento que se torna relevante destacar *exatamente o que* torna um ordenamento jurídico efetivamente *normativo* ou, simplesmente, *vinculante* para a regulação da conduta humana.

Com Max Weber (1864 – 1920), uma “ordem” (no sentido próximo de *ordenamento* ou *sistema*) só pode ser chamado de *legal* (*rectius*: normativo³⁹¹) se ele é externa e coercitivamente garantido por meio de elementos (físicos ou psicológicos) destinados a impor um dever de *compliance* e capazes de punir eventuais violações³⁹². Isso significa que deve primeiro existir (*i*) um determinado comportamento que a norma exija ser observado (*compliance*) e, *segundamente*, (*ii*) a garantia de o eventual *não-*

³⁸⁹ Nesse caso se fala mais propriamente de eficácia social ou, mais apuradamente, em *sucesso normativo*. A propósito, cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 159-161.

³⁹⁰ No ponto, Zaneti Jr. esclarece que “o que não pode faltar para que um precedente seja considerado formalmente vinculante [e se acredita que isso é válido para a própria lei] (...) é justamente um instrumento técnico de manutenção da estabilidade do precedente, *mediante recurso à corte competente para a sua revisão, pois a sua vinculatividade dependerá deste controle*.” [grifos nossos] (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 343).

³⁹¹ BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 108.

³⁹² WEBER, Max. *Economy and society: an outline of interpretive sociology*. Trad. Ephraim Fischoff et al. Berkley: University of California Press, 1978. v. 1, p. 34.

compliance consequentemente implicar sanção (*sanction*)³⁹³. Na ausência de algum desses pressupostos, então inexistente eficácia normativa³⁹⁴ *in abstracto*³⁹⁵.

Essa é a lógica básica da eficácia normativa de qualquer norma jurídica³⁹⁶, sem a qual não há que se falar em *vinculatividade*. Ela se aplica sem distinção à eficácia vinculante (=normativa) das normas dos precedentes judiciais³⁹⁷. Quanto a essas, o dever de *compliance* existe em razão da universalização das razões de decidir, que as torna normas de eficácia geral a demandar tanto a observância a um comportamento quanto o dever de serem seguidas pelos julgadores ao precedente vinculados. Por outro lado, a existência da *sanção* garante sua eficácia.

Referida sanção, tomada enquanto elemento para a existência de eficácia normativa, está indissociavelmente atrelada à atribuição de alguma consequência, por parte do ordenamento, ao descumprimento do comportamento exigido em razão da prescrição normativa³⁹⁸. Na falta dessa consequência, falta também sanção. À sua vez, no caso da norma-precedente, a ausência de sanção enquanto elemento coercitivo da ordem jurídica “pode ser considerada como ausência de eficácia técnica, em face da inexistência de norma prevendo coerção física ou psicológica ao agente que resiste em obedecer a conduta nela prescrita”³⁹⁹. A existência de sanção, e, também, dos

³⁹³ BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 129-130.

³⁹⁴ Similarmente, cf. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 190.

³⁹⁵ “(...) havendo um mínimo de eficácia normativa, isto é, existindo força de incidência com possibilidade de (i) atuação em conformidade com os precedentes (*compliance*); ou, caso isso não ocorra, (ii) de sanção (*sanction*) por coerção ou por sub-rogação, então haverá eficácia vinculante.” [BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 111].

³⁹⁶ Fala-se aqui da sanção enquanto elemento da eficácia normativa, e não enquanto pressuposto do que é *norma jurídica*. A respeito, cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 89-91.

³⁹⁷ BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 129.

³⁹⁸ BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 129.

³⁹⁹ BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 68.

mecanismos que a dão vazão, portanto, é *conditio sine qua non* da eficácia vinculante do precedente judicial.

Dito isso, a sanção enquanto relação jurídica coercitiva se materializa por dois meios: a *sanção por coerção* (mecanismo psicológico) e a *sanção por sub-rogação* (mecanismo físico)⁴⁰⁰.

No caso da *sanção por coerção*, há a previsão de mecanismos de pressão psicológica para induzir o destinatário do comando normativo a cumprir com a conduta esperada/desejada. Prevê-se consequências e ônus para o caso de descumprimento que compelem o destinatário a não desviar de conduta. Como exemplo dessas medidas coercivas pode-se mencionar, dentre outros, (i) a possibilidade de imposição de multa; (ii) a ameaça de responsabilização civil; (iii) a possibilidade de perda da função administrativa e (iv) a imputação de pena ou sanção criminal⁴⁰¹.

Noutra senda, a *sanção por sub-rogação* refere-se aos casos em que o ato sancionatório “é praticado pelo próprio Estado-juiz, em substituição ao obrigado, em substituição à conduta desconforme perpetrada pelo sujeito obrigado”⁴⁰².

Diante dessas duas formas de *sanção* ao descumprimento de um dever de *compliance*, de descumprimento de uma conduta esperada, têm-se que a eficácia vinculante das normas jurídicas, de modo amplo, “advém da conformidade do comportamento com a prescrição normativa ou, se isso não ocorrer, com a imposição de sanção”⁴⁰³.

⁴⁰⁰ BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 108.

⁴⁰¹ Tudo conforme BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 109.

⁴⁰² BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 109.

⁴⁰³ BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 131.

Assim sendo, a conclusão que se impõe é que a eficácia normativa de um precedente judicial, ou melhor dizendo, da *norma jurídica geral* a que ele dá vazão, está atrelada à garantia de sanção pelo descumprimento. Especificamente no âmbito dos tribunais, a *vinculação* de um órgão do Judiciário a outro, por isso, será relativa ao dever de o órgão hierarquicamente superior *substituir o ato jurisdicional em desconformidade* por um outro, adequado ao precedente (sanção por sub-rogação)⁴⁰⁴. E isso ocorre, em regra, pela via recursal ou pela ação autônoma de reclamação, do que é possível asseverar que *a previsão de recurso/reclamação para impugnar provimento jurisdicional desconforme é elemento capaz de denotar a eficácia vinculante de uma decisão ou precedente*.

Posto isso, arremata-se, com Samuel Meira Brasil Jr., que a eficácia vinculante dos precedentes, aqui detidamente no âmbito de seu manejo pelos tribunais, decorre (i) da obrigatoriedade de seu uso na fundamentação das decisões judiciais ou administrativas (*compliance*)⁴⁰⁵ e (ii) da possibilidade de sanção física (*sub-rogação*) ou psicológica (*coerção*) a depender do destinatário da eficácia da norma⁴⁰⁶.

2.6 DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO

A conferência de eficácia vinculante a precedentes demanda uma metodologia para seu controle. Do contrário, negar-se-ia a própria eficácia de um modelo de precedentes enquanto ferramenta de redução de discricionariedade judicial, porquanto restaria consolidado um engessamento a partir de decisões vinculantes das quais não poderia o juiz futuro se esquivar. Nesse caso, somente se inverteria os polos da discricionariedade: ela caberia primeiro àquele cuja posição hierárquica superior lhe concebeu a atribuição de vincular os demais. Disso resulta dizer que, não obstante

⁴⁰⁴ BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 131.

⁴⁰⁵ Com isso necessariamente ou aplicando-o ou demonstrando as razões de sua não incidência (*distinguishing*) (BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 132).

⁴⁰⁶ BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 132.

os fatos de os precedentes vincularem, devem existir formas de deles se apartar se assim for devido.

2.6.1 Distinção (*distinguishing*)

A primeira dessas formas é conhecida como *distinguishing*, ou, mais simplesmente, como o teste da “distinção”.

O *distinguishing* é o exame ocorrido no momento da aplicação do precedente, mediante a obtenção de sua *ratio decidendi*, e em que se constata tratar-se o caso em julgamento de hipótese que se distancia das categorias fáticas dadas como relevantes para a solução do caso-precedente. Nesse ponto, o que importará para o exercício da distinção não é haver distanciamento fático absoluto entre os casos. Afinal, para formar-se precedente para um caso, basta haver *similaridade relevante* entre os eventos discutidos⁴⁰⁷. O que importará, pois, é que os eventos sob os quais se situam um e outro julgamento sejam relevantes para engendrar soluções díspares. Logo, pode ser que haja casos similares, mas que comportem solução jurídica distinta.

É aqui, inclusive, que a distinção ocorre por excelência. Casos não similares dificilmente atrairão discussão sobre a incidência ou não da norma de um precedente. Por isso, o *distinguishing* dirige-se justamente aos casos que são similares, porque são esses que, à primeira vista, aparentam serem iguais nos pontos relevantes⁴⁰⁸.

Dito isso, o que de fato importará para a configuração do precedente e, conseqüentemente, para exercer o *distinguishing*, será verificar, no caso pretérito, quais foram os fatos que objetivamente determinaram a dada solução jurídica. Se igualmente presentes no caso futuro, e se nesse não houver outro(s) fato(s) cuja relevância denote a necessidade de diferente solução, então deve ser aplicado o precedente. Do contrário, seria possível afastar o precedente por via da declaração de distinção.

⁴⁰⁷ SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, a. 3, n. 39, p. 571-605, 1987, p. 557.

⁴⁰⁸ SANTOS, Ramon Ouais; PUGLIESE, William Soares. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 272, p. 375-396, out. 2017, p. 390.

Importa apenas ressaltar, porém, que, em verdade, nem sequer há de se falar propriamente em *afastamento* ou *exceção* ao valor vinculante do precedente. Nos casos em que se verifica a distinção, o que de fato ocorre é que a norma do precedente nem chega a incidir. Neles “o precedente não se aplica, porque ausentes seus pressupostos de incidência – o caso sob julgamento simplesmente recai fora do âmbito do precedente.”⁴⁰⁹.

2.6.2 Superação (*overruling*)

A outra forma de controle da aplicação dos precedentes normativos é o chamado *overruling* ou, mais simplesmente, a *superação*. O *overruling* consiste na superação total⁴¹⁰ de um precedente, seja pela corte que o prolatou, seja por corte superior, de

⁴⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 102. No mesmo sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 145 e MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 267. Em sentido similar, cf. também o que afirma Duxbury: “In the most routine instances, the activity of distinguishing leaves the authority of precedent undisturbed, for a court is declaring an earlier decision not to be bad law, but to be good *inapplicable law*.” [grifos nossos] (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 114).

⁴¹⁰ A doutrina aponta ainda para a existência das técnicas do *overriding* e da *transformation*. Segundo Mitidiero, essas duas técnicas seriam formas de *overturning*, que corresponde à *alteração parcial* do precedente, em contraponto à *superação total*. O *overriding*, diz Mitidiero, é a *reescrita* do precedente; é a técnica por meio da qual a corte *redefine o âmbito de incidência* do precedente. Com isso, reformula-se o precedente de modo a considerar algo que não havia sido tomado em conta na decisão anterior e daí, normalmente, restringe-se o alcance da incidência do precedente. Já na *transformation*, a corte não nega formalmente o precedente, mas vale-se de aspectos fáticos-jurídicos *não tomados enquanto relevantes* pelo precedente para *transformá-lo* em prol da obtenção de um resultado com ele compatível (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 103). Interpretando diversamente de Mitidiero o texto clássico de Melvin Eisenberg (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991), Marinoni, por outro lado, aparta tanto as figuras do *overriding* quanto da *transformation* da ideia de *overruling* ou de *distinguishing*. Não obstante, igualmente define *overriding* como técnica voltada a restringir a incidência do precedente, ainda que não se trate propriamente nem de revogação, nem de revogação parcial. Segundo o autor, o *overriding*, basicamente, opera-se quando a corte traça distinções consistentes com as razões que motivaram o precedente. Com isso, diz ele, há uma alteração no campo da incidência ainda que não haja revogação, dado que o precedente, conquanto restringido, continua a vigor. Por outro lado, *transformation*, na visão de Marinoni, é técnica por meio da qual a corte aparta-se do precedente, sem expressa ou formalmente revoga-lo, valendo-se da individualização de pontos que o precedente não tomou como fundamentais, com o que se obtém um resultado diferente daquele do precedente, mas que com ele aparenta ser compatível (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 245-248). Sobre o ponto, crê-se que essas duas técnicas são suficientemente absorvidas pela amplitude do *overruling* e do *distinguishing*, cujo paralelismo com as tradicionais noções de revogação e de *defeasibility* de normas lhes permite lidar com o precedente na visão normativa que ora se lhe imprime, uma vez que eficácia vinculante deste, porquanto *normativa*, não é distinta daquela das normas obtidas em razão de disposições estritamente legais. Em verdade, a utilidade maior do *overriding* e da *transformation* dava-se em períodos em que ainda se via dificuldades em conceber o *overruling* como ferramenta capaz de

modo a revogar sua eficácia vinculante para casos futuros “mediante um complexo encargo argumentativo, que envolve a demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e consistência sistêmica”, ou, ainda, ao “evidente equívoco na sua solução”⁴¹¹.

Ocorre mediante a revogação expressa de um precedente, ou a partir da prolação de um precedente em sentido imediatamente contrário, muito embora esse segundo caso, de superação implícita, seja repudiado na teoria do precedente⁴¹².

No ponto, o aspecto principal do *overruling* para a proposta deste trabalho é o fato de que a superação *necessariamente* decorre de um *novo precedente*. Por essa razão, não coincidentemente o *overruling* dará cabo a um novo precedente, que revoga o anterior. Só pode haver superação, então, em decisões nas quais seja possível vislumbrar (i) pretensão de universalidade e (ii) interpretação operativa. Assim, jamais haverá superação em função de decisão que não é, materialmente, um precedente, exigindo-se, para tanto, um novo precedente de corte superior ou da mesma corte. Com efeito, só há que se conceber a possibilidade de *overruling* no julgamento de demandas em controle concentrado de constitucionalidade ou em qualquer outro julgamento que conote pretensão de universalidade. Não poderá ocorrer superação, portanto, por meio de julgamentos colegiados desprovidos de função nomofilática.

preservar a estabilidade e tutelar a confiança de um modelo de precedentes. Hoje, em sendo claro que o *overruling* prevalece na garantia desses objetivos quando comparados com o *overriding* e com a *transformation*, decai a utilidade dessas duas últimas técnicas e, conseqüentemente, o interesse em analisá-las mais detidamente (cf. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 247).

⁴¹¹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 87 e 103, respectivamente.

⁴¹² Idealmente, o *overruling* deve ser expresso, atacando-se diretamente o precedente superado. Do contrário, aproximar-se-ia mais da *transformation*, como aparentemente sugere Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 92). Afinal, *a tentativa de superação implícita violaria a regra da universalidade em função da qual tem-se que o precedente existente deve sempre ser levado em consideração* (cf., amplamente, a respeito do *overruling* explícito e implícito, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 387-389). No mais, a necessidade de o *overruling* ser *explícito*, para além da simples prolação de novo precedente diametralmente oposto, inclusive, é a opção do parágrafo 4º do art. 927 do CPC, que determina ser necessária fundamentação *adequada e específica* com esse fim. Arguindo pela necessidade de, no Direito brasileiro, a superação ser sempre *explícita*, justamente em razão do art. 927, § 4º do CPC, cf. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 151. Igualmente: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2, p. 348, 508.

Prudente ainda lembrar que o *overruling* pode decorrer também de determinação legislativa. Advinda nova lei que, não se reputando inconstitucional, implique norma que vá de encontro à do precedente, esse precedente certamente restará superado. Não se pode, por certo, olvidar que a lei e a constituição guardam prevalência sobre o precedente⁴¹³, no sentido de criar Direito *ex novo*, remodelando (ampliando ou restringindo) as fronteiras da moldura do Direito. A ressalva é importante, de modo a recordar que um modelo de precedentes, desde que usado guardando-se a incolumidade dos postulados teóricos que o regem, jamais ofende o princípio democrático ou a separação dos poderes.

Essas são as duas únicas formas de se evitar a incidência da eficácia vinculante da qual goza o precedente. Isso significa dizer que, invocado um precedente, ou melhor, existindo um precedente para o caso em julgamento, deve ele ser aplicado, sob pena de o julgamento constituir negativa de vigência ao Direito⁴¹⁴. Portanto, diante de um precedente, somente se superado, via *overruling* ou *distinguishing*, o *ônus argumentativo* imposto por ele ao julgador é que se concebe ser possível apartar-se de sua nativa eficácia vinculante⁴¹⁵.

⁴¹³ Não por outra razão que, afirma a doutrina, “(...) a existência de nova lei, válida substancial e formalmente, *determina o afastamento do precedente*.” [grifos no original] (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 381).

⁴¹⁴ No mesmo sentido: “Isso quer dizer que a recusa à aplicação de precedente judicial constitui recusa de vinculação ao Direito. É preciso que isso seja dito claramente.” (MITIDIÉRO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 86).

⁴¹⁵ Por todos, cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 323 e 361.

3 PRECEDENTES E O DIREITO BRASILEIRO

Como já discutido preteritamente, o precedente é um fenômeno do mundo cultural que permeia o raciocínio orgânico à psique humana. É dessa essência que ressaí o fato de o precedente incidir em outros fenômenos que dele se apropriam. Um desses fenômenos é o fenômeno jurídico, que toma o precedente como unidade de justificação havida no cerne da teoria da argumentação jurídica.

Ademais, o precedente, enquanto fenômeno, possui, tal como o fenômeno jurídico, um caráter (diga-se) *extrapositivo, lógico-fundamental*, que se refere aos traços elementares tomados como pressupostos lógicos para a compreensão do próprio fenômeno, mas que, a sua vez, são influenciados pela forma como cultural e historicamente são concebidos em determinada realidade social⁴¹⁶.

Uma dessas realidades sociais é a tradição jurídica brasileira, que é diretamente alvo tanto do fenômeno do precedente quanto da argumentação jurídica que desse precedente se vale como categoria argumentativa. Nesse contexto, o fenômeno do precedente se mistura no caldo cultural da tradição jurídica brasileira (dentro da qual está inserto, evidentemente, seu ordenamento), do que resulta singular perspectiva para a compreensão do fenômeno. Assim, apesar de ser impossível ignorar a existência de aspectos que transcendem escolhas de Direito positivo (ou também culturais), essa perspectiva singular é certamente influenciada por elas⁴¹⁷ e, justamente por isso, diferencia-se do resultado final da manifestação do fenômeno (do precedente ou qualquer outro que seja) em sociedades que não comungam da mesma tradição e da mesma realidade social. E isso ocorre, porque, muito embora o *precedente* em seu conceito global abstraia-se dessa realidade, a concreção do fenômeno é moldado por ela (tem sentido adscrito por ela); seu conceito lógico-jurídico dialoga com a realidade do Direito positivo e da cultura em que o precedente se insere,

⁴¹⁶ Recobre-se mais uma vez o fato de que o conceito lógico-jurídico “é um produto cultural”, “formulado a partir da observação do fenômeno jurídico, que também é manifestação cultural”. Por isso, os conceitos lógico-jurídico são sempre contingentes aos paradigmas e consensos de seu tempo, sendo formulados por convenção e por convenção podendo ser revistos. (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 59, 60).

⁴¹⁷ Afinal, “é permanente o diálogo entre os conceitos jurídico fundamentais e o Direito positivo, que funciona como o campo de teste da validade/utilidade desses conceitos.” (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 64).

do que resulta algo particular, para o qual o conceito lógico-jurídico serve de ferramenta para compreensão⁴¹⁸.

O que ocorre, portanto, é que a partir da colisão dos fenômenos jurídico e do precedente com a realidade cultural de uma determinada ordem jurídica (no caso, a brasileira), em ambos fenômenos são feitos recortes metodológicos, de modo a adequá-los às necessidades e às demandas culturais que imperam nessa realidade sobre a qual incidem. Por isso, eles nunca são estéreis; sua concretude é sempre contaminada em função daquilo que vige em determinada cultura. Os dois fenômenos, pois, sempre que incorporados à realidade jurídica de uma sociedade, são moldados e até em certo grau limitados pela compreensão histórica, social ou científica que essa sociedade, ao longo de sua existência, paulatinamente construiu a respeito deles.

É até mesmo por esse motivo, por exemplo, que quando se trata do fenômeno da *recepção jurídica*⁴¹⁹ (isto é, basicamente a absorção, por uma comunidade jurídica, de institutos, regras, princípios ou doutrinas jurídicas alienígenas)⁴²⁰, sempre se fala em *reprodução criativa*⁴²¹, visto que essa recepção inevitavelmente agrega conteúdo ao objeto recepcionado em função da realidade social e dos interesses que habitam no cerne da tradição receptora. Conseqüentemente, a incorporação de uma determinada tradição, modelo ou instituto por uma realidade jurídica, pela cultura histórico-jurídica de uma determinada sociedade ou país, nunca será estéril.

⁴¹⁸ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 59-66.

⁴¹⁹ No caso, recepção jurídica *externa*, não a recepção constitucional que toca o exame da adequação constitucional de leis outorgadas anteriormente ao advento de nova constituição.

⁴²⁰ TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Notas sobre as dimensões do direito constitucional comparado. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 89-104, 1999, p. 94. Cf., ainda, TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Recepção de direitos. In: SIQUEIRA, Belmiro; GARMENDIA, José A. (Coord.). *Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 1.033.

⁴²¹ Toda recepção será uma *reprodução criativa*, voltada a “*atender às demandas* [de determinada tradição] *ou forjar demandas inexistentes*” [grifos no original] (ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 22. Cf., ademais, p. 20-48 da mesma obra). Isso decorre do fato de que “‘recepción’, desde una perspectiva puramente lingüística, significa que a un primer proceso productivo ‘activo’ y creador que surge desde fuera le sigue igualmente otro proceso ‘pasivo’ y siempre *recreador*” e de que essa recepção, ainda que possa parecer tão somente *passiva* “se convierte, al contemplarlo de forma más precisa em el transcurso del tiempo, en un fenómeno creativo que es justamente lo que debe ser.” [grifo no original]. (HÄBERLE, Peter. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. Trad. Emilio M. Franco. In: LUÑO, Antonio-Enrique Pérez (coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 156).

Trata-se precisamente do que ocorre, é possível dizer, com a manifestação do fenômeno do precedente no que toca a realidade cultural do fenômeno jurídico brasileiro. Manifestação tal, aliás, que evolui à medida que cambia e amadurece o entendimento a respeito do próprio fenômeno do precedente, e à medida que cambia e amadurece a própria tradição brasileira e a realidade cultural que a substancia com seus interesses e demandas.

Dito isso, ao se considerar certas evidências históricas e o percurso científico quanto à compreensão dos fenômenos estudados, tem-se que é possível traçar um retrato contemporâneo do funcionamento do precedente judicial quando da sua incidência na vida do Direito brasileiro.

Com efeito, esse capítulo objetivará analisar, valendo-se das premissas teóricas da Teoria e Filosofia do Direito e da teoria da argumentação jurídicas já traçadas, como o fenômeno do precedente judicial interage na tradição jurídica brasileira e ao mesmo tempo é interagido por ela, de modo que desse diálogo resulta um modelo singular de precedentes para o Direito brasileiro com particularidades que não podem ser ignoradas.

3.1 A “RECEPÇÃO” DOS PRECEDENTES PELO DIREITO BRASILEIRO

Para a análise que se pretende conceber neste item é antes preciso ter-se em mente que o esforço voltado a examinar a manifestação de um determinado fenômeno na tradição jurídica de uma sociedade sempre demanda um cuidado histórico. Esse cuidado permite demonstrar que a compreensão que se julga pertinente à contemporaneidade do funcionamento de uma dada cultura jurídica não é desprezada da realidade, mas substanciada pela apreciação de todo um percurso de desenvolvimento histórico-cultural.

Não obstante, este trabalho não objetiva sistematizar à exaustão as raízes e percurso históricos do fenômeno do precedente em sua interação com o fenômeno jurídico da tradição brasileira. Nesse ponto apenas se permitirá relevar algumas evidências e experiências suficientes para atestar que a cultura jurídica brasileira, diferentemente do que se costuma crer, há longo dialoga com a ideia de precedentes vinculantes. A

sua vez, isso serve para afastar as críticas pueris de que o Brasil teria, a partir de uma penada legislativa (no caso, o CPC/15), optado por instituir um modelo de precedentes vinculantes que nada condiz com a práxis jurídica desse país ou com as opções teóricas que historicamente vigeram nesta tradição⁴²².

Assim, buscar-se-á demonstrar que, ao contrário de um suposto engodo legislativo que nada agrega a uma realidade jurídica já consolidada no Brasil e que não foi alterada pelo CPC/15, o modelo de precedentes por ele deflagrado é maneira de materializar as formas mais contemporâneas de compreensão do conceito lógico-jurídico de precedente quando analisado sob as lentes da Teoria Geral do Direito e da teoria da argumentação em suas configurações mais modernas. Além disso, referido modelo também se manifesta como resultado de uma evidente aproximação entre as tradições da *civil* e da *common law*⁴²³, o que serve para demonstrar a “pervasividade”, em maior ou menor grau, de certos fenômenos em determinadas culturas jurídicas e, conseqüentemente, como ditos fenômenos transcendem fronteiras e a própria estrutura textual do Direito positivo. Demonstrar-se-á, pois, que não é necessário propriamente *repcionar* precedentes, porque o precedente, como fenômeno e categoria argumentativa, sempre existe e permeia qualquer tradição jurídica *a priori* de escolhas próprias do Direito positivo. Afinal, o *precedente* é categoria lógico-jurídica⁴²⁴. É incorporado pela tradição jurídica e junto a ela tem seu funcionamento definido a partir da realidade social e histórica que em dado momento opera nessa sociedade.

Portanto, os precedentes sempre *existem*. Apenas têm maior ou menor importância, de modo que, em vez de serem efetivamente recepcionados, são mais cuidadosamente desenvolvidos. Ao revés, o que propriamente se recepciona são teorias outras que melhor auxiliam nesse exercício de desenvolvimento para coadunar

⁴²² DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, a. 1, n. 2, p. 99-120, 2015, p. 119.

⁴²³ Sobre essa aproximação, cf., amplamente, CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 116, 124-128

⁴²⁴ DIDIER JR., Fredie Didier Jr. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 143; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 68 e CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 77.

a manifestação concreta do fenômeno com os consensos teóricos que orientam a vigente percepção de seu funcionamento ideal no Direito.

Ao final, a opção teórica assumida neste trabalho, de encarar o fenômeno dos precedentes judiciais dessa forma (ou seja, em uma perspectiva lógico-jurídica), permite identificar sua manifestação, ainda que em tímido grau, em várias circunstâncias históricas, o que é não mais do que reflexo de como a realidade cultural do Brasil, em dado momento histórico, compreendia a expressão desse fenômeno na vida do Direito do país.

A sua vez, essa identificação faz cair por terra a ideia de que os precedentes foram simplesmente incorporados de súbito no Direito brasileiro por uma opção legislativa desagarrada da realidade. Mais do que isso, até porque os precedentes são imanentes ao próprio raciocínio humano e não escapam a qualquer fenômeno linguístico que valha da racionalidade humana, destaca evidências da perene existência de precedentes na cultura brasileira, ainda que assimilados de uma maneira determinada pela forma com a qual aquela comunidade assim os compreendia com base nas armas teóricas e culturais das quais se valia à época.

Dito isso, e desconsiderando indícios históricos mais remotos⁴²⁵ – que podem remontar a, por exemplo, desde o trabalho dos tribunais para a construção da *communis interpretatio* no período de formação dos Estados Modernos romano-germânicos⁴²⁶ até os *assentos* portugueses⁴²⁷ –, uma primeira evidência mais tangível

⁴²⁵ O exame desses indícios merece uma análise em trabalho histórico dedicado, que foge ao escopo da pesquisa ora proposta.

⁴²⁶ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. (coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 339.

⁴²⁷ “O Direito português antigo estabeleceu o princípio segundo o qual a interpretação autêntica das leis era uma prerrogativa real, a ser exercida pela publicação de leis interpretativas ou na presidência das conferências dos mais importantes tribunais superiores: as Casas da Suplicação e do Cível. Aos poucos, contudo, à Casa de Suplicação foi atribuído o poder de declarar a interpretação autêntica da lei em substituição ao Rei, por meio de decisões abstratas e colegiadas chamadas de assentos.” (DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, a. 1, n. 2, p. 99-120, 2015, p. 113). Daí que, mais tardiamente, os *assentos* evoluíram (ainda que com discussões posteriores a respeito de sua constitucionalidade) para “espécie de poder normativo geral atribuído ao Supremo Tribunal de Justiça português com a finalidade específica de limitar o processo de individualização do direito, sendo entendido como detentor das seguintes características: (1) – um critério jurídico universalmente

da importância emprestada a precedentes na tradição histórica brasileira é o Decreto n.º 848 de 1890, que, para além de organizar a Justiça Federal, em seu artigo 386 considerava como *legislação* subsidiária os casos do *common law* estadunidense⁴²⁸.

Também se pode mencionar a Constituição Republicana de 1891, declaradamente inspirada na Constituição dos Estados Unidos e, por isso mesmo, fortemente marcada pelo constitucionalismo estadunidense, com especial destaque para o *judicial review* e a consequente inauguração do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro⁴²⁹. No ponto, convém recobrar que o controle difuso de constitucionalidade é técnica que, para ser minimamente racional, *exige* a assunção de um quê de força vinculante para as decisões do Tribunal Constitucional⁴³⁰. Do contrário, estar-se-ia a admitir que um juiz ou tribunal pudesse exercer controle de constitucionalidade em desacordo com o controle já exercido pela autoridade instituída da função de determinar o sentido do texto constitucional, contexto em que se faria cogitar o caos

vinculante; (2) – prescrito por um órgão judicial; (3) – sob a forma de uma norma (no sentido de preceito geral e abstrato) que passava a integrar o sistema jurídico ao lado das demais.” (PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 2, p. 93-133, 2017, p. 101-102). Sobre os *assentos*, em detalhe, cf. NEVES, António Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’ e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 131-147; TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 159-176 e BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi*. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Segurança jurídica – Irretroatividade das decisões prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 78-93.

⁴²⁸ BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 11. Cf. a redação original do art. 386 do Decreto n.º 848/1890: “Art. 386. Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espirito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal.” [grifos nossos].

⁴²⁹ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23; MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça – o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 70-72, 130-135.

⁴³⁰ Como já asseverava Cappelletti (1927 – 2004) em *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado* (1978). Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 76-83, embora o autor não chegue a desenvolver a distinção própria que há entre eficácia *erga omnes* e *eficácia vinculante* (eficácia normativa da *ratio decidendi*). A conclusão de que a adoção de um modelo de controle difuso exige, para fazer sentido, o reconhecimento da obrigatoriedade dos precedentes constitucionais também é encontrada em ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 317 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 64.

da existência de uma constituição diferente para cada julgador⁴³¹. Vale destacar, ainda, que o parágrafo segundo do artigo 59 da primeira carta constitucional republicana brasileira, em sua redação original, expressamente definiu que “nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal *consultará a jurisprudência dos Tribunais locais*” e que as “Justiças dos Estados *consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais*, quando houverem de interpretar leis da União.”

Esses dois registros históricos (Decreto n.º 848 e Constituição de 1891) indicam o modo como a “jurisprudência” (ou o resultado da atividade jurisdicional de modo geral, inclusive quando concernente a outro Estado soberano, os EUA, no caso) era tomada como relevante para o Direito brasileiro desde o germe daquela república recém-nascida. Mas há, ainda “antes da criação das súmulas ou de sua transformação em súmulas vinculantes”, registro de outros institutos vocacionados a “promover a unificação do direito e a interpretação autoritativa dos tribunais”⁴³².

Entre eles, merece destacar-se que, a partir da Reforma Constitucional de 1926, tornou-se cabível o manejo de *Recursos Extraordinários como forma de resolução de divergências jurisprudências* (do que é herdeiro o Recurso Especial com fulcro em divergência interpretativa jurisprudencial de que trata o art. 105, III, ‘c’ da Constituição de 1988)⁴³³. Recobre-se também do *prejulgado*, instituído por força do Decreto n.º 16.273 de 1923 para a legislação processual do distrito federal e posteriormente estendido para o resto do país a partir de Lei n.º 319/1936, que também lhe imprimiu notável força vinculante, ao viabilizar o recurso de revista ao Plenário da Corte de Apelação em casos de decisões de câmaras que contrariassem um *prejulgado*⁴³⁴. O *prejulgado* também figurou no Código de Processo Civil de 1939, especificamente no art. 861, que viabilizava a uma câmara ou turma a possibilidade de unificar entendimento sobre uma matéria antes mesmo de sua apreciação pelo plenário do

⁴³¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 266.

⁴³² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Segurança jurídica – Irretroatividade das decisões prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 86.

⁴³³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Segurança jurídica – Irretroatividade das decisões prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 86.

⁴³⁴ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 44.

tribunal⁴³⁵. Destaque-se também o próprio *recurso de revista*⁴³⁶, vocacionado “à purgação dos dissídios já verificados no confronto entre os julgamentos dos órgãos fracionários, numa dada matéria”⁴³⁷, e que ainda vige no âmbito da Justiça Trabalhista, cujo sistema recursal até hoje espelha-se no do Código de Processo Civil de 1939. Por outro lado, cite-se a Emenda Constitucional n.º 03 de 1993, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade e conferiu *efeito vinculante* à decisão de mérito nela proferida.

Em sequência, remeta-se às súmulas vinculantes, inseridas no Direito brasileiro por força da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, e às súmulas impeditivas de recurso, relativas à Lei n.º 11.276 de 2006, que deu a última redação do revogado parágrafo primeiro do art. 518 do CPC/73. A respeito, tem-se que a própria ideia da construção de súmulas por tribunais é representativa de uma inclinação uniformizadora. Muito embora elas não tenham sido originalmente concebidas como forma de imprimir eficácia a precedentes⁴³⁸, a cultura jurídica brasileira historicamente lhes conferiu essa conotação (ainda que com ambição notadamente formalista⁴³⁹), ao ponto de seu uso dessa forma escalar até o advento das súmulas vinculantes⁴⁴⁰. De fato, as súmulas são particularmente relevantes para demonstrar como determinada realidade jurídica,

⁴³⁵ Confira a redação original do art. 861 do CPC/39: “A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara ou turma julgadora poderá promover o pronunciamento prévio da Corte Plena sobre matéria de que dependa a decisão de algum feito, ou envolvida nessa decisão, desde que reconheça que sobre ela ocorre, ou pode ocorrer, divergência de decisões, ou de jurisprudência, entre Câmaras ou turmas”.

⁴³⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Segurança jurídica – Irretroatividade das decisões prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 87.

⁴³⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 227.

⁴³⁸ Ao invés disso, surgiram como metodologia para organizar o trabalho dos juízes. Segundo Victor Nunes Leal (1914 – 1985), que as idealizou, as súmulas nasceram “da dificuldade, para os ministros, de identificar as matérias que já convinha discutir de novo”, o que até então tentava-se solucionar pelo hábito de cada ministro reportar-se à sua própria memória. Diz ainda o autor que, por isso, “com a agravante da falta da memória” teve ele que “tomar (...) numerosas notas e sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento”. Daí, diz, “surgiu a ideia da *Súmula*, que os colegas mais experientes (...) tanto estimularam” e com a qual a “Presidência e os demais ministros” logo assentiram. (LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 145, p. 1-20, 1981, p. 14, grifos nossos).

⁴³⁹ Para um comentário e uma crítica a respeito da ambição formalista que se seguiu ao advento das súmulas, cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Segurança jurídica – Irretroatividade das decisões prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 93-106.

⁴⁴⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. 2, p. 1.123-1.150, esp. 1.131-1.133 e DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 100, p. 166-185, 2000, p. 172-174.

ao se apropriar do fenômeno do precedente, dá cabo a experiências únicas, a criações jurídico-positivas (como ultimamente foi o caso da súmula vinculante) que não necessariamente encontram paralelos em outras sociedades e que surgem como forma de atender alguma demanda que porventura exista naquele contexto cultural. O caso da súmula é intrigante prova disso, vez que ela não guarda correspondência direta com aparentemente nenhum outro instituto contemporâneo do Direito comparado⁴⁴¹, sendo talvez as *massime*⁴⁴² italianas, depois da abolição dos assentos portugueses, o que há de mais próximo⁴⁴³.

Impossível não mencionar também as reformas processuais que se seguiram à medida que cresceu a valorização das súmulas no Direito brasileiro. Pode-se referir à chamada Lei dos Recursos (Lei n.º 8.038/90), que, em seu artigo 38⁴⁴⁴, possibilitou que o relator do STF ou do STJ negasse seguimento de Recurso Extraordinário ou de Recurso Especial que contrariasse súmula do respectivo tribunal. Mais tarde, o art. 557 do CPC/73, com redação dada pela Lei n.º 9.756/98, permitia que o relator do

⁴⁴¹ “(...) a súmula se tornou, no mundo contemporâneo, *uma especificidade do direito brasileiro*, já que não se encontram no direito comparado muitos sistemas jurídicos que outorguem ao Judiciário – ou a um dos órgãos deste poder – a prerrogativa de estabelecer enunciados normativos gerais e abstratos, cuja validade (e força normativa) pode ser verificada abstraindo-se dos precedentes judiciais que colaboraram para a sua promulgação.” [grifos nossos] (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 71). Todavia, cabe ressaltar que, desde a data do texto citado, o autor discordava da possibilidade da utilização das súmulas dessa maneira. O problema agora parece superado em razão de o parágrafo segundo do art. 926 do CPC/15 especificamente vincular os enunciados de súmula (de qualquer tipo) às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁴⁴² As *massime* (singular: *massima*) são enunciados concisos referentes a regra ou princípio geral que se pôde extrair de uma decisão da *Corte di Cassazione*. São compiladas pelo *Ufficio del Massimario*, que corresponde a uma instituição anexa à *Corte di Cassazione* e é composta por juízes dessa corte. Todavia, não são necessariamente os juízes que proferiram a decisão a partir da qual se enuncia uma *massima* aqueles que irão determinar a redação exata do enunciado. As *massime* são recortadas ou inferidas a partir da decisão da *Corte* e, por isso, normalmente não possuem qualquer referência expressa aos fatos ou argumentos e fundamentos que levaram a essa decisão. (SILTALA, Raimo. *A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 129). Não é por outra razão que sofre críticas da doutrina italiana, para a qual o uso das *massime*, sem o apoio da decisão que lhe serve de base, não raramente leva à confusão entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* e corresponde ao uso de uma “citação de segunda mão” (cf. GORLA, Gino. *Le raccolte di giurisprudenza e le tecniche di interpretazione delle sentenze*. In: GORLA, Gino. *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 303-329; GORLA, Gino. “Brevi temporis praescriptio” e “neglectio” della giurisprudenza. In: GORLA, Gino. *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 484).

⁴⁴³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 72.

⁴⁴⁴ Que guarda correspondência com o art. 932, incisos IV, ‘a’ e V, ‘a’, do CPC/15.

juízo *a quo* negasse seguimento a recurso em confronto com súmula (*ou jurisprudência*) do respectivo tribunal, do STJ ou do STF; inversamente, o § 1º-A do mesmo artigo ainda permitia que o relator desse logo provimento ao recurso caso a decisão impugnada estivesse em manifesto confronto com súmula (*ou jurisprudência*) do STF ou de tribunal superior. Na mesma linha, a Lei n.º 9.756/98 também conferiu redação ao parágrafo terceiro do art. 544 do CPC/15 para autorizar o relator, no STF ou no STJ, ao conhecer de agravo contra a decisão de tribunal local, a dar provimento ao próprio Recurso Extraordinário ou Especial quando o acórdão recorrido estivesse em confronto com súmula (*ou jurisprudência*) dominante do STF ou do STJ⁴⁴⁵. Um pouco mais tarde, a Lei n.º 12.322/10 também se voltou à redação do art. 544 e seus parágrafos, agora conferindo poderes ao relator do agravo tanto para dar provimento quanto para negar seguimento ao Recurso Extraordinário ou Especial contra a decisão de tribunal local nos casos em que a decisão recorrida estivesse de acordo ou em confronto (não mais necessariamente *manifesto*) com súmula (*ou jurisprudência*) dominante do respectivo tribunal superior.

Por fim, surge o CPC/15 como a culminação de um processo global de aproximação entre a metodologia da *civil law* e a da *common law*, e como forma de dar tratamento específico a um modelo de precedentes formalizado a partir das particularidades do Direito brasileiro. Trata-se de uma opção político-legislativa⁴⁴⁶ por, seguindo o exemplo inaugurado pela súmula vinculante, *marcar* a vertida do Direito brasileiro à conferência *formal* de eficácia normativa às decisões tomadas enquanto *precedentes*, bem como *confirmar* sua qualidade de fonte do Direito.

Todos esses exemplos são *evidências* da compreensão que se permite dar ao fenômeno dos precedentes judiciais em determinado momento histórico de uma cultura jurídica (aqui, especificamente a brasileira). É inegável que experiências jurídicas em dados momentos históricos são potencialmente influenciadas pelas diversas recepções de teorias e de institutos jurídicos provenientes de outros países e que amparam a construção dos conceitos lógico-jurídicos então vigentes. Mas essa

⁴⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. 2, p. 1.132-1.133.

⁴⁴⁶ Cf. MADUREIRA, Cláudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 42, n. 272, p. 85-125, out. 2017, p. 107-108.

é uma característica natural do Direito, que, como fenômeno decorrente da necessidade de regulação da conduta humana, sempre existe, mas que é sempre definido a partir da artificialidade que a criação humana lhe confere. Desse modo, pode-se até dizer que a compreensão quanto a precedentes judiciais pode ser *influenciada* por institutos alienígenas, mas jamais que os precedentes são *criados* exclusivamente em função deles.

Afinal, o precedente judicial é um conceito lógico-jurídico, não jurídico-positivo. Serve como instrumento e premissa para a própria assimilação da realidade jurídica vigente, sem o qual ela é ininteligível quanto a esse ponto. O conceito pode ser determinado a partir da realidade, mas ele não cria o fenômeno em si (que já existe sem o conceito e que o conceito objetiva tão somente compreender).

Como consequência, os precedentes invariavelmente permeiam a realidade jurídica de determinada sociedade, em maior ou menor grau. Desde serem tratados como meros argumentos desprovidos de valor normativo, até o extremo de serem considerados manifestação proto-legislativa impermeável à necessidade de superação⁴⁴⁷, por constituírem a expressão absoluta do *common law* desvelado pelo juiz: dois exemplos de conceitos lógico-jurídicos então vigentes para a compreensão do fenômeno, que existiria ainda sem eles e que eles se prestam apenas à tentativa de permitir compreender.

Com isso, pretende-se dizer que a *estruturação dogmática* de um modelo de precedentes obrigatórios⁴⁴⁸ no CPC/15 é tão somente reflexo de um momento histórico que no Brasil é amparado pela contemporânea compreensão acerca do

⁴⁴⁷ Como foi a experiência do Direito britânico entre o julgamento do caso *London Tramways vs. London County Council* em 1886 e a publicação do *Practice Statement* de 1966, período no qual vigeu a concepção de *vinculação absoluta* da *House of Lords* a seus próprios precedentes, não passíveis de superação (cf. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 129-139), o que rendeu comentários ácidos da doutrina, como é o caso da célebre crítica de Arthur Goodhart (1891 – 1978), que considerou a intangibilidade do precedente inglês ao *overruling* o equivalente a tornar o juiz “a slave to the past and a despot for the future, bound by the decisions of his dead predecessors and binding for generations to come the judgments of those who will succeed him.” (GOODHART, Arthur Lehman. *Precedent in English and continental law*. *Law Quarterly Review*, n. 50, p. 40-65, 1934, p. 61).

⁴⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR, Fredie et al. (coord.) *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 383.

funcionamento do Estado Constitucional, dos direitos fundamentais, da Teoria da Norma Jurídica, da Teoria Geral do Direito e da teoria da argumentação. Compreensão esta que se baseia em fictos consensos (fictos porque não são consensos propriamente), mas consensos elementares de, pelo menos, como as coisas *não são*, ou o consenso que pela razão qualquer que seja (social, histórica etc.) se sobrepõe a outros – que direcionam para algum norte (aquele que se acredita ser o norte naquele determinado momento) as noções globais de como certos fenômenos propriamente manifestam-se no mundo da realidade válida do fenômeno jurídico.

O modelo de precedentes do CPC/15, assim, é mais uma assunção legislativa de algum desses consensos que não rigorosamente *recepção*, mas que *confirma* que o grau e a forma da manifestação do fenômeno dos precedentes no Direito brasileiro será agora *este*. Mas esse consenso, a sua vez, é já um reflexo em si da compreensão vigente que já se possui sobre determinado fenômeno e que, se consenso vigente de fato for, dispensaria mesmo a lei. Afinal, o *dever-ser* não deve ser outra coisa que um espelho, um reflexo do *ser*⁴⁴⁹, que busca sua validade no modo de compreensão, pela realidade social, das coisas mesmas, ao mesmo tempo em que, porém, serve como forma (talvez até mesmo tirânica – o Direito é uma manifestação de autoridade é claro, ainda que seja uma autoridade moralmente amparada) de *educar* a cultura acerca de qual o *consenso* que vige e que vigerá até que outro surja no mundo do ser. O CPC/15, nesse ponto, possui imanente *função educadora e civilizatória*, no sentido de que, ao mesmo tempo em que é produto direto da cultura (desse consenso), também serve para promover essa cultura da qual ele mesmo é produto, em uma relação circular.

E o consenso que se crê ser aquele que, amparado em uma moderna teoria dos precedentes e em uma moderna teoria da argumentação, vige, é o de que precedentes judiciais (em sentido amplo) engendram normas jurídicas que, justamente por serem normas, possuem caráter vinculante e devem ser observadas, sob pena de sanção por coerção/sub-rogação. Não é outra coisa, portanto, que se acredita ter o CPC/15 ratificado a partir do modelo de precedentes judiciais por ele delineado.

⁴⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 124-125.

3.2 PRECEDENTE JUDICIAL E MODELOS DE OBRIGATORIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Neste momento cumpre discutir em específico o que significa tratar da “eficácia vinculante” que o CPC/15 teria emprestado aos precedentes judiciais. Impera agora saber no que consiste essa eficácia vinculante e de onde ela provém⁴⁵⁰.

Convém, então, retomar a discussão a respeito dos modelos de obrigatoriedade dos precedentes e do porquê de eles implicarem eficácia vinculante, com o propósito de esclarecer com qual fundamento é determinada a conformação do juízo futuro em razão de uma decisão passada. A análise da “eficácia vinculante” dos “precedentes” do CPC/15, pois, demanda seja investigado como os modelos de obrigatoriedade racional e de obrigatoriedade formal se relacionam com a estrutura normativa do estatuto, ou, melhor ainda, com a estrutura normativa constitucional do próprio Estado brasileiro.

3.2.1 Vinculação material (obrigatoriedade racional)

Conforme já afirmado⁴⁵¹, a obrigatoriedade dos precedentes judiciais é contemporaneamente percebida a partir de um critério de obrigatoriedade racional. Esse critério de obrigatoriedade deflui da percepção de uma determinada decisão judicial enquanto um *precedente em sentido material*, isto é, enquanto uma decisão passada embebida em uma pretensão institucional de universalidade (variável entre ordens jurídicas em função das escolhas constitucionais quanto à organização judiciária) e armada de um exercício interpretativo operativo que permite valer-se da moldura textual do Direito positivo de modo a adscrever sentido a seu *texto* a partir da criação de *novos textos* em função dos quais se aplicam normas jurídicas (precedentes em sentido estrito – e *precedentes vinculantes per se*)⁴⁵².

⁴⁵⁰ Sobre isso, remete-se ao que já foi discutido especialmente no tópico 2.3, 2.4 e 2.5.

⁴⁵¹ Vide tópico 2.3.1.

⁴⁵² Muito similarmente: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 265.

A obrigatoriedade ou (mude-se de termo, por didática) a *eficácia vinculante* de um precedente seria inerente à sua qualidade de precedente *em sentido material*, porquanto a partir dele haveriam de se formar normas. Seria consequência racional do *conceito lógico-jurídico* de precedente proposto com amparo nos consensos teóricos vigentes.

Importante sempre deixar claro, porém, que *vinculante* é sempre a *norma-precedente* e não propriamente o *precedente em sentido amplo* (decisão-precedente), assim como o que é vinculante não é o texto da lei, mas as normas que dele derivam. Não obstante, por metonímia fala-se em “vinculatividade e aplicação do precedente (em sentido amplo/próprio)” quando na verdade está-se a dizer “vinculatividade e aplicação da norma (precedente em sentido estrito/impróprio) advinda do precedente (em sentido amplo/próprio)”, tal qual como fala-se em “vinculatividade e aplicação da lei” quando na verdade está-se a referir a “vinculatividade e aplicação das normas provenientes das leis”.

Daí, se precedente (em sentido estrito) é norma, apenas por ser norma ele será sempre *vinculante*.

O ato de conceber o precedente em seu sentido material e, conseqüentemente, o ato de tomar sua eficácia vinculante como premissa, antes depende, porém, da tomada de consciência a respeito de certos paradigmas teóricos que encontram guarida na Teoria Geral do Direito e na teoria da argumentação, bem como na filosofia jurídica. Somente percebendo, com rigor, a distinção teórica entre texto e norma, os influxos desta distinção na teoria da argumentação orientada a partir do paradigma do Estado Constitucional e as outras construções teóricas que têm permitido um *consenso* quanto ao atual estado de coisas da vida do Direito e do fenômeno de sua interpretação/aplicação, é que se permite hoje reconhecer como o precedente aparelha-se das características que concebem sua obrigatoriedade racional. Ou seja, somente a partir daí é que se obtém o conceito lógico-jurídico proposto para o precedente, que leva como consequência um imperativo de obrigatoriedade racional.

Repete-se então, que a obrigatoriedade racional do precedente judicial, muito embora repute-se ser, teoricamente, “*extrapositiva*” e imanente ao próprio *conceito lógico-*

jurídico de precedente judicial (visto sob a lente do que há de moderno em Teoria Geral do Direito, na teoria da argumentação e na Filosofia do Direito), depende principalmente de uma coisa: de uma cultura que assim o reconheça como tal⁴⁵³. Aqui entra o papel da doutrina que desenvolve(u) justamente os postulados teóricos agora há pouco aludidos, e que, como parte integrante da cultura, contribui para o constante desenvolvimento da realidade social que compõe o *ser* a que o Direito deve se referenciar. Sem isso, sem essa tomada de posição cultural, a obrigatoriedade racional é desprendida, pelo menos naquele momento histórico, da realidade a que supostamente se refere ou que, ao menos, deveria se referir, para compor apenas uma proposição metafísica a respeito de como as coisas são, muito embora isso não encontre uma referência no mundo cultural de como elas realmente sejam⁴⁵⁴.

Disso ressaí o papel que a própria lei possui como fomentadora de uma cultura, vez que, afinal, a lei, enquanto produto de uma realidade cultural, não só produto é, mas é também produtora desta própria realidade que a produz⁴⁵⁵. Isso porque a realidade cultural não é uma massa uniforme de interesses estreitamente alinhados, umbilicalmente interligados e direcionados rumo a um mesmo objetivo. Ao revés, *realidade cultural* é um termo simplificador de uma construção amorfa inconstante cujas lindes são constantemente rearranjadas em função dos vetores antagônicos que produzem seu conteúdo. Conteúdo esse que é o paradoxo da tênue harmonia desarmônica dos interesses diametralmente opostos de indivíduos completamente diferentes que escolheram, seja qual for a máxima daquele que observa esse oxímoro (rousseauiana, lockniana, hobbesiana, marxista etc.), verdadeiramente por opção ou por conformismo, por estabelecer uma sociedade e nela habitar.

⁴⁵³ “Apenas e tão somente na medida em que o ‘objeto’ – a significação – do conceito jurídico possa ser reconhecido uniformemente por um grupo social poderá prestar-se ao cumprimento de sua função, que é a de permitir a aplicação de normas jurídicas com um mínimo de segurança e certeza.” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 149).

⁴⁵⁴ Aqui, vale menção à preocupação de Fredie Didier Jr. ao alertar que o apego excessivo a um conceito jurídico pode levar à ignorância quanto a sua obsolescência ou inutilidade, por não corresponder ele mais à realidade do fenômeno jurídico que pretende servir de instrumento para compreensão (cf. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 67-68).

⁴⁵⁵ “La tradición jurídica es una parte de la cultura, muy antigua, muy arraigada, muy firmemente mantenida. (...) *La ley al mismo tiempo obtiene significado de la cultura, da significado al resto de ella y es inseparable de ella.*” [grifos nossos] (MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 241).

Assim, acaso os interesses de algum dos grupos incluídos nesse caldo conteudístico prevaleçam, podem ser prolatados textos normativos (como é o que geralmente ocorre) que determinam uma ordem vigente e que, se duradoura e reiterada, acaba por servir de parâmetro para definir os contornos dessa realidade cultural. É nesse sentido que se fala em lei enquanto criadora de cultura. Ela é sempre produto desses interesses que, seja quais forem suas origens, integram a massa da realidade social, mas, ao mesmo tempo, pela autoridade que a permeia e pela conformação que acarreta, a lei também serve para paulatinamente produzir a reverberação dos interesses que a originaram, produzindo aí, talvez (embora nem sempre), cultura. Se o *dever-ser* instituído em razão desses interesses particulares difusos for capaz de, em algum prazo, encontrar correspondência na massa que corresponde ao *ser*, então haverá de se falar na lei como produtora de cultura, muito embora ela mesmo (*a lei*) haja sido originalmente produto dela (*a cultura*).

Aqui, importa dizer, a cultura de reconhecimento da obrigatoriedade racional dos precedentes pode ter várias origens, e uma delas é certamente a lei. Se aqueles estudiosos do Direito (cujas ideias e interesses inserem-se no amorfo universo da realidade cultural), se aqueles que militam em prol dos consensos teóricos e doutrinários que se firmam no discurso acadêmico venham, de algum modo, a influenciar o processo legislativo e os debates que o orbitam e, com isso, a lei acabar por refletir o conteúdo disso pelo que advogam, então quiçá a lei calcada em modernas concepções teóricas poderá ser ela mesma o motor da cultura que esteve em sua gênese.

Crê-se ser esse o esforço do CPC/15. Acredita-se, como já dito antes, que a cultura orientada por precedentes já era “pervasiva”, em certo grau, à tradição jurídica brasileira muito antes mesmo da edição desse diploma legislativo. Mas julga-se que esse estatuto, em seu esforço de delinear um modelo formalizado de precedentes judiciais, constitui uma tomada de posição em favor de uma nova valoração dada ao fenômeno dos precedentes em sentido jurídico; não uma deflagração, criada do nada, de decisões com eficácia vinculante, mas a confirmação pelos paradigmas teóricos que têm orientado a Teoria Geral do Direito e a teoria da interpretação⁴⁵⁶. Dizendo

⁴⁵⁶ Cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 317.

impropriamente (porque não se crê tratar de uma *recepção* propriamente dita): uma *recepção* de certas ideias que tem florescido no estudo do Direito, a opção por um consenso, por assim dizer.

Diante disso, crê-se ser a obrigatoriedade racional fortemente promovida em função das opções *formais* do CPC/15 em prol do que hodiernamente tem se dito a respeito de precedentes judiciais.

Essa obrigatoriedade racional, entende-se, é promovida especialmente em função de duas regras de *obrigatoriedade formal*: o art. 489, § 1º, VI e o art. 926⁴⁵⁷. Em verdade, referidos dispositivos formam o *núcleo dogmático* dos precedentes judiciais no CPC/15⁴⁵⁸. Deles ressaí a conclusão elementar de que a lei está agora a dizer a todos com maior clareza: “precedentes devem ser seguidos simplesmente por serem precedentes”. E o conceito, aquilo que será considerado *precedente*, é algo que cabe à doutrina do Direito definir, até mesmo porque *precedente* é conceito lógico-jurídico, não jurídico-positivo⁴⁵⁹; trata-se, afinal, do conceito de *precedente em sentido material* que anteriormente tentou-se definir. Por isso, como exposto, cabe ao ordenamento apenas fazer as escolhas pragmáticas que o conceito fundamental servirá para ordenar e instrumentalizar⁴⁶⁰.

Tomadas essas considerações, tem-se que os art. 489, § 1º, VI, e 926 são, basicamente, a confirmação legal do critério de racionalidade referível a partir da corrente concepção que têm a Teoria Geral do Direito e a teoria da argumentação a

⁴⁵⁷ E, em certa medida, também o art. 927. Quanto a esse dispositivo, porém, há certas ressalvas, que serão esclarecidas em sequência.

⁴⁵⁸ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 373.

⁴⁵⁹ Como o precedente judicial é conceito lógico-jurídico, sua definição cabe à Teoria Geral do Direito, cuja função é “fornecer o repertório de conceitos indispensáveis à compreensão da estrutura normativa do Direito, onde quer que ele ocorra.” (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 70). Como essa função opera em um nível linguístico remoto à linguagem normativa, o Direito positivo não deve se ocupar do trabalho da definição de conceitos: “não se recomenda ao legislador ‘normatizar’ conceitos jurídicos fundamentais. Não se deve verter à linguagem legislativa os enunciados doutrinários, transformando em ‘norma’ aquilo que é pressuposto teórico para a compreensão dos textos normativos.” (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 76). Igualmente, e especificamente para o caso do conceito lógico-jurídico de precedente: CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 77.

⁴⁶⁰ “A codificação há de ser obra de cunho prático, que deve conter, tão-somente, disposições com eficácia normativa, sendo-lhes estranhas, por conseguinte, as definições, noções, classificações e teorias.” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 32).

respeito dos precedentes judiciais. Ambos significam que a lei está a orientar a realidade social à inarredável conclusão de que os precedentes têm valor normativo e não são apenas *argumentos*⁴⁶¹. O critério de vinculação formal do CPC/15 que será delineado a seguir, então, é promotor da própria obrigatoriedade racional que está no cerne da compreensão dos precedentes judiciais enquanto decisões (precedentes em sentido amplo) que universalizam razões a serem aplicadas como normas jurídicas (precedentes em sentido estrito).

Ocorre, porém, que o critério de obrigatoriedade legal que se encontra no art. 489, § 1º, VI não fez referência apenas a precedentes, mas também a coisas que *não são precedentes*, razão pela qual pode-se deduzir que o critério de racionalidade a que se vincula a lei (entendeu a lei mesma) deve ser estendido a decisões que não são *precedentes em sentido material*, mas *jurisprudência*, meras *decisões*. Entretanto, esse ponto será analisado mais à frente, até porque trata-se da conclusão do trabalho.

No mais, dito tudo isso, mesmo considerando o papel que se crê ter o CPC/15 assumido como fomentador de uma cultura, é possível dizer que referido esforço, apesar de não inócuo, é despiciendo. Quer-se aqui dizer que é lícito traçar a escolha da tradição brasileira pela promoção de um modelo de obrigatoriedade racional a partir de disposições normativas até muito anteriormente ao CPC/15. Isso porque o precedente racionalmente obrigatório é consequência direta da sistemática de controle difuso de constitucionalidade.

O ponto recobra, então, o que já foi mencionado no tópico 3.1. Se há a opção por adotar um modelo de controle de constitucionalidade difuso, não há como referido modelo operar plenamente sem antes deferir-se caráter obrigatório aos precedentes constitucionais prolatados pela corte constitucionalmente atribuída da função de controlar difusamente a constitucionalidade dos atos políticos e normativos. Do contrário, isso é, se se concebe como admissível um órgão julgador qualquer, em exercício de controle difuso, decidir diversamente da corte constitucional a respeito da

⁴⁶¹ Sobre a passagem de um modelo de *jurisprudência* (decisões judiciais passadas consideradas enquanto *atos*, não enquanto normas) para um modelo de *precedentes* normativos (vinculantes, portanto), cf. ZANETTI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 34).

constitucionalidade de determinado ato, estar-se-ia chancelando a possibilidade de, basicamente, existir uma constituição para cada juiz⁴⁶², o que indubitavelmente não é o caso.

Desse modo, se há controle difuso de constitucionalidade, a obrigatoriedade dos precedentes da corte instituída na função típica do controle de constitucionalidade é dado lógico sem o qual o sistema de controle difuso não sobrevive sem graves patologias operacionais⁴⁶³. Dentre essas patologias pode-se vislumbrar os casos absurdos de juízes de primeira instância decidindo pela constitucionalidade do um ato mesmo quando a corte constitucionalmente instituída da função de dar a última palavra a respeito dessa constitucionalidade já decidiu em plenário que referido ato é inconstitucional. A constituição do juiz de primeiro grau, pois, seria outra? Não é a mesma analisada pela corte suprema?

Não é por outra razão, portanto, que o modelo estadunidense de controle difuso depende indissociavelmente do *stare decisis* das decisões da Suprema Corte, sem o qual o *judicial review* não é mais do que ingrata abertura de controle tendencialmente arbitrário dos atos normativos e políticos por parte de juízes que concebem a constituição ao avesso do que diz a corte constitucionalmente instituída da função guardá-la. Com efeito, se o precedente em sentido material pode ser considerado racionalmente obrigatório por ter pretensão de universalidade (da qual o controle de constitucionalidade por parte da corte constitucional é um certo indicador), e se a adoção do controle de constitucionalidade difuso implica assumir a obrigatoriedade racional dos precedentes proferidos pela suprema corte de um país, então pode-se dizer que o germe da obrigatoriedade dos precedentes brasileiros remonta à Constituição Republicana de 1891, que instituiu essa forma de controle de constitucionalidade que hoje sobrevive na Constituição Federal de 1988.

O que se pretende dizer, pois, é que a despeito de o CPC/15 convencionar um modelo de precedentes que serve como fomentador de uma cultura de respeito a precedentes

⁴⁶² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 266.

⁴⁶³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 76-83.

judiciais e que, a sua vez, objetiva, por critérios legais, promover a obrigatoriedade racional dos precedentes, isso já é feito pelo menos desde 1891 a partir da adoção do modelo americano de controle de constitucionalidade. As opções constitucionais traçadas desde então promovem um modelo de controle de constitucionalidade que não logra funcionar bem a não ser que os precedentes da corte constitucional sejam efetivamente obrigatórios. Essa obrigatoriedade lógica dos precedentes constitucionais, essa sua obrigatoriedade racional, por assim dizer, já é nativa à tradição jurídica brasileira há muito, no que se quer dizer que um modelo de obrigatoriedade racional (o reconhecimento da necessária eficácia vinculante do precedente em sentido material) encontra laços culturais antigos na tradição jurídica brasileira, e agora recebe um aporte legislativo substancial para sua confirmação, para essa *imprópria recepção*, que se julga que já havia ocorrido, mas que talvez não tenha sido perfeitamente percebida.

3.2.2 Vinculação formal (*de iure*)

Já se verificou que, na vigente configuração do ordenamento jurídico brasileiro, os precedentes promovem-se especialmente a partir de critérios textuais-normativos de obrigatoriedade que objetivam assentar, em primeiro lugar, que precedentes (em sentido material) são vinculantes e, em segundo lugar, que precedentes advindos de determinados *contextos decisórios* são formalmente vinculantes.

Dessa forma, *primeiro* o Direito positivo vale-se de enunciados normativos que servem para confirmar a obrigatoriedade racional deduzida dos precedentes em sentido material. Particularmente no caso do CPC/15, esse papel é cumprido pelo art. 489, § 1º, VI e pelo art. 926. Esses dispositivos sinalizam à realidade cultural que precedentes, por serem precedentes, devem ser observados. Em verdade, referidos comandos formais simplesmente direcionam-se a afirmar algo que já é inerente ao próprio conceito lógico-jurídico de precedente que anteriormente propôs-se definir: precedentes devem ser observados porque quando foram prolatados o foram com pretensão institucional de universalidade e objetivando adscrever sentido ao texto

normativo com vistas a enriquecer o estoque de normas jurídicas mediante o esforço de unificar a interpretação do Direito vigente⁴⁶⁴.

Segundamente, outra forma de vinculação formal é aquela identificada no art. 927 também do CPC/15, que determina que os juízes e tribunais *observarão* (i) as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e (ii) as suas súmulas vinculantes; (iii) os acórdãos decorrentes da resolução de incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas/recursos repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e (v) a orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados.

No particular desse dispositivo, é importante perceber a opção semântica do texto normativo, porque dele, afinal, sobressai o verbo *observar*, que convém assinalar a obrigatoriedade das decisões e das técnicas de externalização de decisões⁴⁶⁵ arroladas.

Sem embargo, ainda assim impende ressaltar que referido rol não deve ser assumido como a discriminação do que são precedentes, mas como a listagem de contextos decisórios *virtualmente capazes* de levar à formação de precedentes materialmente compreendidos. É que não basta, para determinar-se ser a decisão judicial um precedente, apenas o teste de sua previsão formal no rol do art. 927. Há que se fazer “um ulterior teste do ponto de vista material”, que se refere à necessidade de identificar os “fundamentos determinantes (circunstâncias de fato e solução jurídica – tese jurídica – aplicada)” e de demonstrar “que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, § 1º, V e 926, § 2º)”⁴⁶⁶. Não há precedente *a priori*, portanto, a despeito da instituição do rol. Somente há a previsão de decisões e de técnicas de externalização de decisões que potencialmente referem-se a precedentes em sentido

⁴⁶⁴ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 32-33.

⁴⁶⁵ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 405.

⁴⁶⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 405.

material. Sendo a decisão passada uma daquelas previstas no rol ou decorrente de uma das técnicas prevista no rol e, ao mesmo tempo, um precedente em sentido material, aí sim haverá de falar-se em precedente *formal e materialmente* vinculante.

À vista disso, o art. 927 e seu rol servem como importante ferramenta que instrumental e pragmaticamente reverbera o projeto normativo dos arts. 489, § 1º, VI e 926⁴⁶⁷, dado que, com ele, o estatuto processual, para além de dizer que precedentes devem ser observados, preza por destacar de quais contextos decisórios especificamente supõe-se provável formarem-se precedentes. O rol em questão, pois, é mais uma “lembrança de *alguns* precedentes (...) que deverão ser observados pelos juízes e tribunais”⁴⁶⁸. E por ser principalmente um indicador, uma lembrança, uma ferramenta de destaque, não pode, é claro, servir como rol taxativo do que *são* precedentes⁴⁶⁹. Aliás, a lei não deve tentar definir o que são precedentes⁴⁷⁰, e, justamente por isso, o CPC/15 não chega a se ocupar da tarefa de propor definição formal do que considera como *precedente*. Esse esforço cabe à Teoria do Direito, porque precedente é conceito lógico-jurídico. No caso, o CPC/15 apenas se ocupa de destacar algumas das hipóteses que podem levar à identificação de precedentes. Trata-se de ferramenta tipológica, ferramenta a que o conceito aparelha, mas que cuja listagem não é capaz de pretender caracterizar o conceito em si⁴⁷¹.

Dito isso, cabe enfatizar que uma decisão encontrada em referidos contextos decisórios não é capaz de, simplesmente por se localizar nesses contextos, ser qualificada enquanto precedente e, dessa forma, vincular os julgamentos futuros. A

⁴⁶⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 338.

⁴⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 288, grifo no original.

⁴⁶⁹ Até mesmo porque “a vinculação ao precedente não existe apenas nos casos em que determinada regra de direito positivo reconhece eficácia normativa geral às razões que se encontram à base de certas decisões judiciais – como ocorre com o art. 927 do CPC.” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 86). Tratando o rol do art. 927 como exemplificativo, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 43; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 288; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 93 e DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 474-476.

⁴⁷⁰ Cf. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 76-77.

⁴⁷¹ Sobre tipos e conceitos, cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 156-157.

listagem é meramente didática. Antes cumpre verificar-se haver precedente de fato, segundo o conteúdo do conceito lógico-jurídico emprestado para *precedente*.

Por isso, reafirma-se que o esforço do art. 927 – e até mesmo dos arts. 489, § 1º, VI e 926 – é, em certo grau, despiciendo⁴⁷². Aquilo que delineiam já é traço marcante do próprio conceito a que se referem. Afinal, a obrigatoriedade é consequência lógica do conceito de precedente. Esses dispositivos, na realidade, servem muito mais como forma de desenhar um modelo formalizado de precedentes, que é substanciado pelo conceito lógico-jurídico (material) e que opera recortes validos da realidade jurídica brasileira de modo a servir como fomentador dos consensos teóricos que o amparam. São despiciendos para afirmar os traços do conceito, porém não são *inócuos*. Ao revés, possuem validade na medida em que sistematizam a operabilidade do conceito⁴⁷³, alargam sua capacidade de influxo na práxis, fomentam sua compreensão e o relacionam com conceitos jurídico-positivos já vigentes no ordenamento e incorporados pela tradição, como ocorre nos casos da reclamação por descumprimento de precedente (art. 988, III, IV e § 4º do CPC/15), da tutela de evidência com base em precedente (art. 311, II do CPC/15)⁴⁷⁴, do julgamento de improcedência liminar com base em precedente (art. 332, I a IV do CPC/15), dentre tantos outros. *Servem, assim, como instrumento para plasmar os regimes jurídicos conferidos a precedentes percebidos em circunstâncias decisórias predeterminadas pelo Direito positivo.*

Desse modo, tem-se por certo que a vinculação formal passível de ser encontrada em certos dispositivos legislativos (e constitucionais, como é o caso do art. 103-A da CF/88) consiste em aceno a um consenso teórico a respeito de um conceito lógico-jurídico ideal de precedente e em uma maneira de melhor inserir e sistematizar esse conceito nos esquemas do Direito positivo vigente. É por essa razão que se destaca,

⁴⁷² Similarmente quanto ao art. 927, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 288.

⁴⁷³ “Pela leitura sistemática do Código de Processo Civil, percebe-se que há uma preocupação em equacionar procedimentos que são especialmente importantes pela sua capacidade de gerar precedentes obrigatórios.” (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 475).

⁴⁷⁴ Defendendo a antecipação da tutela por evidência em razão de *precedente* e não apenas de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou de súmula vinculante, cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 242, p. 521-550, 2015, p. 539-548.

ao analisar-se a formalização de um modelo de precedentes por parte do Direito positivo brasileiro, que “a riqueza de uma disciplina assim detalhada [a disciplina do modelo de precedentes do CPC/15] está consentânea com a tradição brasileira de *superação de questões teóricas através de normatização legal progressista*”⁴⁷⁵ e que essa tradição, a sua vez, “permite avanços reais em relação a temas que, muito embora complexos e debatidos na doutrina, sofrem mais com a ausência de disciplina legal do que com a falta de teoria”⁴⁷⁶. E isso ainda é especialmente relevante, acredita-se, se se está a tratar de Estados de Direito cuja cultura jurídica resta historicamente apegada à palavra escrita do parlamento, como é o caso do Brasil, herdeiro do Direito lusitano e da tradição europeia continental de modo geral. Tanto é assim que se afirma ser o modelo formalizado do CPC/15 um dos exemplos das virtudes “do positivismo jurídico como *técnica de emancipação e civilização*”, como outrora também já fora, no pós-guerra, com a “*constitucionalização dos princípios do direito natural e dos direitos sociais a prestações, como direitos fundamentais*”⁴⁷⁷.

Com o exposto, se precisa o papel e a importância do modelo de precedentes do CPC/15 e de suas ferramentas explícitas promotoras de critérios de vinculatividade formal que, por seu turno, confirmam uma obrigatoriedade racional já derivada do conceito de precedente e que inserem e sistematizam essa obrigatoriedade em regimes jurídicos ajustados às necessidades e particularidades do Direito brasileiro.

3.3 OS PRECEDENTES DO MODELO BRASILEIRO

Até aqui já se promoveu à extensão o esforço de uma definição estipulativa para o conceito lógico-jurídico de precedente (para o precedente em acepção material), uma

⁴⁷⁵ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 374, grifos nossos. O mesmo autor destaca ser esse o caso da estruturação jurídico-positiva dos direitos coletivos e difusos por parte do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, a partir do qual “é possível ajuizar ações coletivas para tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, em causas que vão do direito do consumidor e meio ambiente aos direitos de igualdade racial, acesso à saúde e à escola” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 374). Cf., ainda, sobre o tema, a referência que o autor faz a DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 4, esp. p. 62-77.

⁴⁷⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 374.

⁴⁷⁷ Tudo conforme ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 374, grifos nossos.

proposta de conceito, portanto. De igual modo, já se tratou dos modelos de obrigatoriedade racional e de obrigatoriedade legal, bem como de que maneira referidos modelos confluem no paradigma legislativo do CPC/15 e no paradigma constitucional brasileiro, especificamente, quanto a este último, no tocante ao controle difuso de constitucionalidade.

Por conseguinte, o esforço ora proposto direciona-se a tratar especificamente dos regimes jurídicos das decisões-precedentes (em sentido material) dentro do modelo de precedentes desenhado pelo CPC/15. Pretende-se esquematizar como o estatuto utiliza do conceito lógico-jurídico para propor regimes jurídicos diversos a categorias decisórias inseridas em momentos particulares do exercício da atividade jurisdicional. Em suma, busca-se esquematizar o funcionamento do modelo de precedentes do CPC/15 em razão do critério de obrigatoriedade formal que o permeia e que orienta os regimes jurídicos aplicáveis a precedentes derivados de contextos decisórios específicos.

Para tanto, far-se-á a classificação dos precedentes do Direito brasileiro lançando mão da categorização jurídico-positiva de decisões materialmente precedentes em função de um grau maior ou menor de *obrigatoriedade*, que é essencialmente *ficto*, porquanto a norma engendrada do precedente é obrigatória ou não (ou ainda: ou é norma ou não é). A classificação proposta, então, terá valor preponderantemente didático, uma vez que serve para distinguir o regime jurídico aplicável a certos precedentes provindos desses contextos decisórios específicos. *Esse grau de obrigatoriedade, pois, não se referirá a uma verdadeira hierarquização de precedentes*, mas à eleição legal de regimes jurídicos distintos para hipóteses decisórias distintas e que evidenciam consequência singulares, consequências estas inexistentes no caso das outras categorias decisórias. Todos os precedentes serão, portanto, *vinculantes*, no sentido de serem *normativos* (por metonímia), no sentido de serem *textos dotados de autoridade a partir de cuja interpretação se aplicam normas jurídicas*. Porém, como às normas identificadas a partir de uns ou de outros o Direito positivo reserva consequências e operabilidade particulares, interessa classificá-los. Neste particular, é importante lembrar que o debate acerca da classificação de precedentes em diferentes graus de *obrigatoriedade* ou de *vinculação* serve, ao final, para constatar-se “*que a força normativa dos precedentes prescinde da vinculação formal e pode ser*

*reconhecida mesmo quando não ocorra expressa menção na legislação de um determinado ordenamento jurídico*⁴⁷⁸. Afinal, o que se defende, como destacado anteriormente, é a “utilidade da previsão constitucional e legal” da formalização enquanto “passo decisivo *no processo civilizatório jurídico*, auxiliando nos processos culturais que poderiam levar muito tempo e apresentar, no seu desenvolvimento, menos garantias para os direitos fundamentais”⁴⁷⁹. Essa é a ideia de *função educadora e civilizatória da lei* a que já se aludiu e que serve, para além de sistematizar os regimes jurídicos do instituto a partir da formalização de um modelo, também para introduzir girada paradigmática esteada pelo prolífico desenvolvimento da Teoria e Filosofia do Direito nas últimas décadas no que convém ao papel da atividade jurisdicional.

Em sequência à proposta de classificação, e por fim delineado o conceito de precedente e os regimes jurídicos que dele se valem no Direito brasileiro (premissa primeira deste estudo), será feito o discrimine entre o conceito lógico-jurídico (e agora também entre as categorias jurídico-positivas) do precedente e as noções de *jurisprudência* e de *decisão*. A partir desse cotejo poder-se-á delinear o que se entende como *decisão*, e em que grau esse conceito se diferencia do conceito de *precedente*. Poder-se-á, pois, afirmar com clareza o que *não é precedente*. Feito isso, será então finalmente possível avançar para a análise da questão da eficácia vinculante de decisões *não abarcadas pelo conceito de precedente*, de decisões que temporalmente precedem, mas que não são materialmente *precedentes*, portanto.

3.3.1 Classificação dos precedentes na doutrina

A doutrina, de modo geral, reconhece a função didática da classificação dos precedentes conforme o regime jurídico a eles emprestado por determinado Direito positivo ou por modelos abstratos. Trata-se de forma analítica de compreender o fenômeno como dado em diferentes manifestações do Direito. Muito embora classificações nesse sentido não desnaturem a qualidade do precedente (em sentido

⁴⁷⁸ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 352, grifos nossos.

⁴⁷⁹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 352, grifos nossos.

estrito) como norma sempre racionalmente obrigatória em função da pretensão de universalidade e da interpretação operativa que a decisão que o engendra (precedente em sentido amplo) carrega, o esforço da doutrina em conceber classificações ideais para decisões judiciais pertinentes a contextos decisórios distintos denota a tentativa de se fornecer à dogmática ferramentas para contextualizar o fenômeno dos precedentes às realidades culturais, históricas e constitucionais dos diversos ordenamentos jurídicos.

Pierluigi Chiassoni, por exemplo, divide o que considera como *precedentes*⁴⁸⁰ em ordenamentos jurídicos com: (i) precedentes com relevância normativamente excluída; (ii) precedentes meramente persuasivos, ou persuasivos em sentido fraco; (iii) precedentes prejudicantes, persuasivos em sentido forte; (iv) precedentes vinculantes; (v) precedentes de relevância discricionária⁴⁸¹.

Dessas cinco propostas de manifestação jurídica do fenômeno argumentativo dos precedentes que “poderiam ser oito, dez, quinze à medida que se refinasse a linguagem e se apresentassem novos detalhamentos”⁴⁸², cabe destacar que apenas os ordenamentos situados próximos ao item (iv) realmente operariam com o que definimos por *precedentes*. Todos os demais, entende-se, fariam referência a *precedentes* no sentido de *decisões passadas*⁴⁸³ divididas em categorias relativas a um diferente *grau/potencial/capacidade de convencimento*. Diferente grau/potencial/capacidade de *convencimento*, não de *obrigatoriedade*, porque, ver-se-

⁴⁸⁰ No caso, ao tratar da “relevância do precedente”, Chiassoni opta por usar o termo no sentido de *ratio decidendi*. (CHIASSONI, Pierluigi. *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili*: scritti di realismo militante. Roma: Aracne, 2011, p. 124).

⁴⁸¹ Respectivamente: “precedenti a rilevanza normativamente preclusa”; “precedenti meramente persuasivi, o persuasivi in senso debole”; “precedenti pregiudicanti, persuasivi in senso forte”; “precedenti vincolanti”; “precedenti a rilevanza discrezionale”. (CHIASSONI, Pierluigi. Il fascino discreto della “common law”. In: BESSONE, Mario; SILVESTRI, Elisabetta; TARUFFO, Michele (Coord.). *I metodi della giustizia civile*. Padova: CEDAM, 2000, p. 13). Cf. também escritos posteriores do autor tratando da questão e debatendo com a proposta de classificação do *Bielefelder Kreis* de modo a aprimorar a sua própria classificação: CHIASSONI, Pierluigi. *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili*: scritti di realismo militante. Roma: Aracne, 2011, p. 124-139 e CHIASSONI, Pierluigi. The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal (eds.). *On the Philosophy of Precedent*: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012. v. III, p. 13-33; obras todas citadas por ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 344, que também discute o ponto.

⁴⁸² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 345.

⁴⁸³ Ou então no sentido de *rationes decidendi* de decisões passadas.

á logo mais, a obrigatoriedade é ou não existente; se fala em *graus de obrigatoriedade* apenas didaticamente para distribuir seus efeitos nos esquemas dos distintos regimes jurídicos emprestados a decisões judiciais oriundas de diferentes contextos decisórios – mas todas essas potencialmente *precedentes* e, por isso, se precedentes de fato forem, sempre obrigatórias. Nenhum precedente, se ontologicamente for precedente, é *mais vinculante do que o outro*.

De mais a mais, a classificação de Chiassoni serve para frisar a distinção que adiante minudar-se-á ao distinguir-se o que se entende por *precedentes* (sempre vinculantes, por serem precedentes) das decisões passadas com força argumentativa. Serve ainda para rechaçar posições unitárias, seja em favor de precedentes que seriam precedentes apenas *de facto*, persuasivos (e que, por isso, entende-se, não podem ser ontologicamente *precedentes*, com efeitos normativos⁴⁸⁴), seja em favor de precedentes absolutamente vinculantes, não passíveis de superação, portanto. Serve, por isso, para destacar a importância da posição intermediária que se defendeu ao longo do texto: algo entre os itens (iii) e (iv); precedentes cuja existência presume obrigatoriedade, mas que, porém, admitem ser superados. Referida importância avulta-se diante da análise desses dois modelos opostos, cada qual deficiente a seu modo. Isso porque, segundo Chiassoni, os precedentes não-vinculantes, mas fortemente persuasivos (*precedenti pregiudicanti, persuasivi in senso forte*), obrigariam o juiz (1) a encontrar os precedentes eventualmente pertinentes; (2) a mencionar esses precedentes na motivação de sua decisão e a (3) seguir esses precedentes⁴⁸⁵. Todavia, segundo esse modelo, haveria possibilidade de simplesmente afastar-se do precedente diante da existência de boas/sérias/graves razões para tanto⁴⁸⁶, do que se conclui que, nesse caso, a obrigatoriedade é ficta, pois o afastamento do precedente prescinde da superação ou distinção. Por outro lado, os precedentes vinculantes, diz Chiassoni, obrigariam o juiz (1) a encontrar os

⁴⁸⁴ “La parola ‘vincolante’, però, indica forza normativa, mentre il termine ‘*de facto*’ sembra implicare esattamente il contrario, cioè che i precedenti non hanno forza normativa, sebbene di solito vengono eseguiti, sicché, presa alla lettera, l’espressione ‘vincolante *de facto*’ è contraddittoria.” (PECZENIK, Aleksander. Sui precedenti vincolanti de facto. *Ragion Pratica*, Bologna, n. 6, p. 35-43, 1996, p. 35).

⁴⁸⁵ CHIASSONI, Pierluigi. Il fascino discreto della “common law”. In: BESSONE, Mario; SILVESTRI, Elisabetta; TARUFFO, Michele (Coord.). *I metodi della giustizia civile*. Padova: CEDAM, 2000, p. 14.

⁴⁸⁶ CHIASSONI, Pierluigi. Il fascino discreto della “common law”. In: BESSONE, Mario; SILVESTRI, Elisabetta; TARUFFO, Michele (Coord.). *I metodi della giustizia civile*. Padova: CEDAM, 2000, p. 14; CHIASSONI, Pierluigi. *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili*: scritti di realismo militante. Roma: Aracne, 2011, p. 135.

precedentes eventualmente pertinentes; (2) a mencionar esses precedentes na motivação de sua decisão e a (3) seguir esses precedentes, *em todos os casos*, independentemente da existência de boas/sérias/graves razões para tanto⁴⁸⁷. Aqui, o problema surge da possibilidade de o modelo referir-se a precedentes *absolutamente vinculantes*, virtualmente imutáveis e, por isso, capazes de engessar o desenvolvimento do Direito. Com isso, esse modelo, apesar de útil para abstratamente exemplificar um cenário de precedentes absolutamente vinculantes, acaba por arriscar não traduzir nenhuma experiência jurídica concreta⁴⁸⁸, salvo talvez a britânica até o *Practice Statement* de 1966, que autorizou a *House of Lords* a superar seus próprios precedentes em determinadas situações. Da superposição desses dois modelos ideais é lícito sustentar uma posição intermediária em que os precedentes vinculam independentemente de suas razões, muito embora possam ser superados pelo mesmo tribunal ou por tribunal de hierarquia institucional superior, conforme as circunstâncias já destacadas no tópico 2.6.

Neil MacCormick (1941 – 2009), a seu lado, divide o que chama de precedentes segundo quatro dos modelos sugeridos no trabalho do *Bielefelder Kreis*⁴⁸⁹: (i) precedentes persuasivos por analogia entre casos (*model of particular analogy*); (ii) precedentes persuasivos por fixação de princípios exemplares (*principle-exemplifying model*); (iii) precedentes formalmente vinculantes (*formally binding model*) e (iv) precedentes formalmente desconsiderados (*model of formally unacknowledged precedent*)⁴⁹⁰.

Os primeiros (i) dizem respeito a casos que são tratados simplesmente como *exemplos clarificadores* de uma resposta correta/razoável considerando um conjunto específico de fatos, razão pela qual servem como *guias* para julgamento de casos

⁴⁸⁷ CHIASSONI, Pierluigi. Il fascino discreto della “common law”. In: BESSONE, Mario; SILVESTRI, Elisabetta; TARUFFO, Michele (Coord.). *I metodi della giustizia civile*. Padova: CEDAM, 2000, p. 15; CHIASSONI, Pierluigi. *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili*: scritti di realismo militante. Roma: Aracne, 2011, p. 138.

⁴⁸⁸ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 345.

⁴⁸⁹ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016.

⁴⁹⁰ Cf. MACCORMICK, Neil. The significance of precedent. *Acta Juridica*, Cape Town, n. 174, p. 178-187, 1998, p. 181-182, também já citado por ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 345-346.

análogos. Os segundos *(ii)* concernem a casos que, considerando seu contexto fático, servem de modo a pôr em evidência e a sustentar um ou mais princípios jurídicos que possam ser relevantes para a decisão de casos futuros⁴⁹¹. Essas duas primeiras categorias, considerando que o raciocínio analógico é universal na argumentação jurídica, “poderiam ser visualizadas claramente na prática do direito em quase todos os ordenamentos jurídicos, independentemente de qualquer norma expressa a respeito”⁴⁹². Noutra giro, os terceiros *(iii)* referem-se a casos em que uma regra (*ratio decidendi*) é atribuída à decisão, o que lhe confere caráter normativo de modo a vincular os julgadores futuros, salvo hipótese de distinção (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*)⁴⁹³. Aqui percebe-se a aproximação com o raciocínio que se veio desenvolvendo até então e que em seguida culminará na apresentação da proposta que se reputa hábil a traduzir o modelo *formal* de precedentes desenhado pelo Direito positivo brasileiro, notadamente pelo CPC/15. Por fim, os quartos *(iv)* representam um modelo em que a sujeição a precedentes não serve como fundamento suficiente para motivar uma decisão, e, mais do que isso, permite que a decisão seja invalidada por erro de Direito. Aqui, o julgador deve ter um cuidado na atividade de justificação, que necessariamente deve fazer referência expressa a princípios gerais de Direito e regras de Direito estatutário. Nesse caso, há negativa formal quanto à admissão da capacidade normativa geral dos precedentes judiciais. Como exemplo, MacCormick destaca que esse tipo de modelo se aproxima da realidade do Direito francês, historicamente voltado a negar o papel criativo do Judiciário⁴⁹⁴.

No caso da doutrina brasileira, pode-se referir ao trabalho de Patrícia Perrone Mello e Luís Roberto Barroso⁴⁹⁵, que dividem os precedentes em: *(i)* precedentes persuasivos, vinculantes apenas para as partes do caso em que foram proferidos; *(ii)* precedentes

⁴⁹¹ MACCORMICK, Neil. The significance of precedent. *Acta Juridica*, Cape Town, n. 174, p. 178-187, 1998, p. 181.

⁴⁹² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 346.

⁴⁹³ MACCORMICK, Neil. The significance of precedent. *Acta Juridica*, Cape Town, n. 174, p. 178-187, 1998, p. 181-182.

⁴⁹⁴ MACCORMICK, Neil. The significance of precedent. *Acta Juridica*, Cape Town, n. 174, p. 178-187, 1998, p. 182.

⁴⁹⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, 2016, também citados por ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 346.

normativos fortes, vinculantes para todos, devendo ser observados nos casos futuros, sob pena de cassação da decisão por via da ação de reclamação; (iii) precedentes normativos em sentido fraco ou com eficácia intermediária, que comportam (iii.1) decisões cujo entendimento não precisa ser necessariamente observado, mas que ainda assim produzem efeitos para além de seus julgamentos, e (iii.2) decisões cujo entendimento é imperativo, mas cujo descumprimento não autoriza o uso de reclamação⁴⁹⁶. Nessa proposta de classificação, todavia, parece haver incoerência entre termos no tocante à terceira categoria. Como afirma Zaneti Jr., “o problema desta classificação está em reconhecer que existem casos intermediários nos quais os precedentes podem não ser observados, mesmo quando normativamente aplicáveis”⁴⁹⁷. O comentário é preciso: ou a decisão possui eficácia normativa, e por isso mesmo constrange o julgamento de casos futuros, ou então ela não possui. Não é possível tratar de *precedentes normativos* cuja aplicação, no entanto, fica à mercê da concordância do julgador. Se se está diante de um *precedente normativo*, ao julgador cabe apenas a avaliação de sua aplicabilidade no caso ou a superação (se assim couber), mas não o afastamento por discordância quando este mesmo julgador entende que o precedente incide⁴⁹⁸.

Insta lembrar, porém, que muitas dessas classificações referem-se ao signo *precedente* simplesmente como sinônimo de *decisão judicial prolatada no passado*, categoria ampla (gênero *decisão judicial*) da qual o *precedente vinculante* seria espécie⁴⁹⁹. *Precedentes* seriam toda a pletera de decisões judiciais anteriores ao caso em julgamento, mas só algumas (aquelas cujas características são muito similares às já indicadas neste trabalho) formariam *precedentes vinculantes*⁵⁰⁰.

Essa concepção, conforme já se disse, apesar de consistir no significado habitual emprestado ao termo, hoje não pode esgotar o conceito lógico-jurídico apropriado

⁴⁹⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, 2016, p. 22-23, 45-46.

⁴⁹⁷ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 346.

⁴⁹⁸ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 346.

⁴⁹⁹ Em detalhe, cf. o tópico 1.2.

⁵⁰⁰ Cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 71, 79.

para o signo *precedente*, dado o atual patamar da compreensão da Teoria e Filosofia do Direito, a partir das quais assume-se que *decisões passadas institucionalmente relevantes para fins de universalização são racionalmente vinculantes*. Por esse motivo, o distanciamento conceitual entre *precedente* e *decisão* (e também entre *precedente* e *jurisprudência*) torna-se necessário, de modo a tornar a expressão *precedente vinculante* em si um pleonasma.

Esse discrimine, portanto, é opção teórica⁵⁰¹ que tem por finalidade marcar a passagem histórico-cultural do fenômeno jurídico, antes amparado em modelos amplos de decisões vinculantes, persuasivas ou vinculantes *de facto*, para a realização teórica no estudo do Direito *de que certas decisões, por razões tantas, mas principalmente por serem fruto de modelos de justiça civil inseridos no contexto dos Estados Constitucionais hodiernos, tem um papel distinto das demais*: elas se situam em um momento de unificação da interpretação do Direito, razão pela qual avocam eficácia normativa *geral* e, por assim ser, assumem outro *status* na consagração do fenômeno jurídico. Daí que se evidencia razoável guardar a essas decisões judiciais singulares o termo *precedente* como carimbo da estirpe da decisão; às outras, é necessário servir-se de outra expressão.

3.3.2 Precedente e exemplo

Aqui entra em cena a proposta classificatória de Michele Taruffo, muito útil, no corrente paradigma da compreensão do Direito, para separar o *precedente* das demais decisões judiciais.

Taruffo define o *precedente* a partir de dois critérios, um *quantitativo* e um *qualitativo*. O critério *quantitativo* diz respeito ao fato de que a formação do precedente independe da existência de pluralidade de julgamentos que confirmem um entendimento: uma decisão judicial passada é singularmente apta a formar precedente – e nisso o *precedente* se distancia da *jurisprudência*⁵⁰². Todavia, o critério *quantitativo* aproxima

⁵⁰¹ Sobre essa opção e suas justificativas, cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 34, especialmente a nota 2.

⁵⁰² TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 3.

o precedente da ideia de *decisão*, do que poder-se-ia entender que qualquer decisão judicial passada seria capaz de ensejar precedente, o que não é o caso. Em função disso, Taruffo apresenta também um critério *qualitativo* para a definição de *precedente*. Para ele, precedentes serão apenas as decisões judiciais passadas capazes de fornecer *regras universalizáveis* que servem como critérios para o julgamento de casos futuros⁵⁰³. Nisso, a palavra *precedente* perde a possível relação de sinonímia com o termo *decisão* (judicial), dado que não é toda decisão que será, qualitativamente, um precedente. Apenas as decisões voltadas a fornecer regras universalizáveis (=pretensão de universalização), diz Taruffo, são precedentes e a capacidade de determinar o julgamento do caso sucessivo daí decorrente individualiza-se na principal característica do que significa ser um precedente⁵⁰⁴.

As demais decisões serão apenas *exemplos*⁵⁰⁵, porquanto sua função “não é a de indicar o critério de decisão que deve ser seguido no caso sucessivo”, mas a “de mostrar que a norma em questão foi aplicada de certa maneira em um determinado caso”⁵⁰⁶. Esses *exemplos*, anota Taruffo, são espécies de decisões que até podem desempenhar função persuasiva, razão pela qual são usados na argumentação das partes justamente com o intuito de convencer. No entanto, como, diferentemente dos precedentes, não desempenham função propriamente justificativa, não possuem a eficácia vinculante/determinativa que é a característica prima dos precedentes⁵⁰⁷.

Dessa classificação de Taruffo, portanto, observa-se claramente o esforço da reestruturação conceitual *qualitativa* da ideia de *precedente*, de modo a tratar os *precedentes* como casta, como espécie do gênero *decisão judicial* dotada de atributos que a diferenciam de outras espécies do mesmo gênero, como é o caso dos *exemplos*.

⁵⁰³ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 2, 4.

⁵⁰⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 11.

⁵⁰⁵ Registre-se, desde logo, que, neste trabalho, exemplo, decisão-exemplo, decisão jurisprudencial e mera decisão são expressões usadas como sinônimas.

⁵⁰⁶ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 12.

⁵⁰⁷ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 12.

A importância dessa reestruturação conceitual firma-se no destaque que ela confere à percepção que a Teoria do Direito e a Filosofia do Direito têm evidenciado a respeito do papel da decisão judicial e do próprio Judiciário no Estado Constitucional. Reflete-se, de fato, como forma também de melhor orientar a dogmática na investigação dos ordenamentos de Direito positivo que a seu turno também são frutos do Estado Constitucional. Estado Constitucional para o qual a reconfiguração da compreensão acerca do papel do Judiciário quanto à manifestação e ao desenvolvimento do Direito é uma premissa⁵⁰⁸⁻⁵⁰⁹. O CPC/15 e seu modelo de precedentes, com seus regimes jurídicos alinhados às categorias jurídico-positivas do ordenamento brasileiro, são ambos consequência disso.

3.3.3 Classificação dos precedentes brasileiros segundo o grau de obrigatoriedade

Nesse momento, impera sublinhar que o conceito lógico-jurídico de precedente, que logrou-se construir ao longo do texto, serve como ferramenta para a compreensão do próprio Direito positivo⁵¹⁰. Não é por outra razão que, com fulcro nesse conceito elementar, pode-se recortar o Direito positivo de modo a se identificar regimes jurídicos distintos e as categorias decisórias às quais esses regimes pertencem, ambas as coisas construídas a partir de proposições jurídico-positivas. Esse é um esforço lícito e especialmente didático no particular do ordenamento jurídico brasileiro, precipuamente à vista do modelo de precedentes que o CPC/15 desenhou. Nesse caso em especial, conforme minudado em sequência, os recortes orientam-se em função das peculiaridades dos regimes jurídicos aplicáveis em contextos decisórios específicos.

⁵⁰⁸ No ponto, é relevante o comentário de Mauro Cappelletti (1927 – 2004), segundo quem, “mostra-se interessante ressaltar que a própria França, onde nasceu e se exaltou a idéia da *séparation*, como também outros países continentais (que por muito tempo compartilharam desse idéia), estão se movimentando nesta direção, partindo do sistema de rígida separação para o sistema de controles recíprocos. *Sistema, este último, no qual o ‘crescimento’ do poder judiciário é obviamente o ingrediente necessário do equilíbrio dos poderes.*” [grifos nossos] (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 55).

⁵⁰⁹ Momento no qual se passa a avaliar a ideia de que talvez “a construção das normas [pelo Judiciário] possa ser mais importante que a redação dos textos, de que a hermenêutica jurídica é mais relevante que a técnica legislativa.” [GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 45].

⁵¹⁰ Novamente, cf. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 64-66.

Dito isso, e considerando o caso brasileiro, este trabalho toma como referência a proposta de classificação empregada por Hermes Zaneti Jr.⁵¹¹ na *teoria dos precedentes normativos vinculantes*, uma vez que o autor vale-se da mesma compreensão do conceito lógico-jurídico de precedente já exposta para recortar os regimes jurídico-positivos dos precedentes brasileiros sem olvidar das singularidades que distinguem a tradição histórico-jurídica do Brasil⁵¹².

Nessa linha, segundo expõe o autor, pode-se distinguir três regimes⁵¹³ ideais de precedentes: (i) o dos precedentes *normativos vinculantes*; (ii) o dos precedentes *normativos formalmente vinculantes* e (iii) o dos precedentes *normativos formalmente vinculantes fortes*. Esses regimes, a sua vez, quando sobrepostos ao CPC/15 e à Constituição Federal, servem para melhor assimilar o modelo dogmaticamente estruturado por força do referido estatuto processual.

3.3.3.1 Precedentes normativos vinculantes

A primeira categoria de precedentes, segundo o modelo adotado, é a dos *precedentes normativos vinculantes*.

Esses são os precedentes cuja eficácia vinculante decorre unicamente de sua qualidade de precedente em sentido material, isto é, do fato de terem sido formados com pretensão de universalidade e a partir de interpretação operativa, do que resulta sua capacidade de engendrar normas no momento de sua interpretação/aplicação no

⁵¹¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 348-352.

⁵¹² Cf., no ponto, sobre a análise minudente de Zaneti Jr. quanto sua classificação e premissas teóricas em confronto com o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente o CPC/15 e a Lei n.º 13.256/2016, que o alterou: ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 369-389, esp. 376-381.

⁵¹³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 348. Sobre a argumentação que segue, cf. também MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 164-172 e o que já se discutiu em MADUREIRA, Claudio Penedo; CUNHA, Gabriel Sardenberg. *Decisões (potencialmente) vinculantes*. In: PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco; PUPO, Thaís Milani Del. (Coord.). *Estudos sobre direito processual: homenagem ao professor Dr. Marcellus Polastri Lima*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019.

futuro. A categoria, pois, refere-se às decisões *institucionalmente relevante para fins de universalização*.

Nesse sentido, esses precedentes são vinculantes por serem *normativos*, por serem decisões que, na compreensão do Judiciário no paradigma do Estado Constitucional moderno, têm a função de conferir unidade ao Direito por servirem à aplicação de *normas jurídicas gerais*. Daí resulta que sua “vinculatividade é compreendida a partir da exigência de argumentação racional no processo de interpretação/aplicação do direito, independentemente de lei formal”⁵¹⁴. Por isso, a sua eficácia vinculante (ou a sua *obrigatoriedade normativa*) é *racional* e deriva da compreensão atribuída ao conceito; deriva do reconhecimento da função que certa espécie de decisão (aquela já definida neste texto como *precedente*) exerce na corrente feição do fenômeno jurídico-político.

Portanto, independem de qualquer previsão *textual* que procure estatuir sua obrigatoriedade. Ao revés, em tradições “que reconhecem o papel de cortes supremas às cortes de vértice e que levam a sério seus tribunais e suas decisões” os *precedentes normativos vinculantes* assinalam uma *presunção a favor do precedente*, que possui viés normativo, “muito embora não conte com uma previsão formal (legal) de vinculatividade expressa e explícita nos textos legais”⁵¹⁵.

Dessa maneira, os *precedentes normativos vinculantes* servem (ou devem servir, nas culturas jurídicas institucionalmente maduras para tanto) como enunciados normativos de Direito positivo em razão dos quais obtém-se normas jurídicas gerais (precedentes em sentido estrito) que, uma vez tendo sua eficácia negada (pela desaplicação do precedente, por exemplo), autorizam, especificamente no particular do processo judicial, sanção por sub-rogação (a revisão recursal, no caso⁵¹⁶). As

⁵¹⁴ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 350.

⁵¹⁵ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 350.

⁵¹⁶ Cf. BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 131. Não se olvide, porém, da possibilidade de sanção por coerção no caso de descumprimento da norma-precedente. Um exemplo ilustrativo é a possibilidade de imposição de multa por ato atentatório à dignidade da justiça à parte que formule pretensão ou apresente defesa quando ciente de que são destituídas de fundamento, conforme dispõe o art. 77, inciso II do CPC/15. Afinal, se os precedentes possuem natureza normativa, aquele que litiga contrariamente a precedente

exceções são as hipóteses de distinção (*distinguishing*), que demonstra a não incidência da norma-precedente ao fato concreto⁵¹⁷, e de superação (*overruling*), que revoga o precedente-texto em si.

De resto, os *precedentes normativos vinculantes* tampouco exigem quórum qualificado⁵¹⁸, que caberá ao regime dos *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*⁵¹⁹.

Ante o exposto, note-se que essa categoria de precedentes é ampla e efetivamente residual. Pode-se até mesmo dizer que compreende a própria espécie *precedente* enquanto gênero que se ramifica em novas espécies, pelo que *precedente normativo vinculante* seria, simplesmente, sinônimo de *precedente*. Nela se inserem todos os precedentes (materialmente compreendidos, é sempre imperativo recordar), incluindo, por exemplo, aqueles que não permitem impugnação autônoma (como a ação de reclamação) ou que não demandam formas específicas de superação (como o quórum qualificado). É a forma, diga-se, *genérica e pura* do *precedente* (sempre normativo e, por isso mesmo, vinculante), racionalmente obrigatório e passível de ser sistematizado conforme as exigências jurídico-positivas do ordenamento (como será o caso das duas categorias subsequentes). Está atrelado, como dito, à própria aceitação do conceito lógico-jurídico e dispensa a previsão *formal* (legal-textual). Exemplo prático genuíno da categoria é encontrado nos precedentes da *common law*, nos países cuja cultura jurídica já dialoga há mais tempo com a eficácia vinculante nativa ao que ora se convencionou chamar de precedente⁵²⁰. Nesses países, a

sem demonstrar tratar-se de hipótese distinção ou superação formula pretensão ou defesa destituídas de fundamento, uma vez que está, na verdade, litigando contrariamente ao próprio Direito. Nesse sentido, cf. BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 139-141, 171-174.

⁵¹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 102; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 232-233 e MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 267. Similarmente, cf. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 114.

⁵¹⁸ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 350.

⁵¹⁹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 351.

⁵²⁰ Aqui, contudo, ressalva-se o fato de que autores de *common law* usam a denominação *precedente autoritativo* (=impositivo)/*precedente vinculante* (*authoritative precedent/binding precedent*) e *precedente persuasivo* (*persuasive precedent*), porquanto usam a palavra *precedente* enquanto sinônimo do gênero *decisão*, o que se crê ser necessário ser revisto diante da constatação de que

maturidade institucional quanto ao papel dessa espécie de decisão judicial é marcadamente mais desenvolvida, o que torna desprocurando qualquer esforço de formalização de uma eficácia *normativa* que já é bem aceita.

No caso do Brasil, tem-se que a categoria não encontra remissão textual imediata, até porque isso seria impossível. Qualquer tentativa de institucionalizar, via Direito positivo, precedentes (materialmente) vinculantes será uma tentativa *formal*. Precedentes obrigatórios em acepção *racional*, lado outro, operam-se enquanto premissa de qualquer sistema de justiça ancorado em um Estado de Direito que verdadeiramente tome a segurança jurídica como pressuposto. Logo, o que faz a legislação brasileira é tão somente lançar mão do esforço de recobrar que *precedentes*, de modo amplo e geral, são vinculantes (como destacou-se ser o caso do que faz propriamente o art. 489, § 1º, VI e o art. 926, ambos do CPC/15). A eficácia vinculante dos precedentes no modelo brasileiro acaba, assim, por ser sempre *formal*, muito embora o conceito lógico-jurídico de precedente sirva, tal como serve para a categoria de *precedentes normativos vinculantes* (ou para qualquer categoria que seja, é verdade), para objetivamente identificar-se a que materialmente se refere o critério formal.

Não obstante, não se pode perder de vista o fato de que a eficácia vinculante no modelo de precedentes estatuído pelo CPC/15 (como ocorre em qualquer modelo institucionalizado) ser formal não preclui a obrigatoriedade racional nativa ao conceito

esses *precedentes vinculantes* são *vinculantes* porque possuem características específicas e derivam de casos com relevância específica, o que os distingue de sua espécie irmã, a *decisão-exemplo*, com eficácia persuasiva e meramente histórica. A respeito da dicotomia *precedente vinculante/precedente persuasivo* e também do uso do termo *precedente* em geral, cf. trecho histórico da doutrina da *common law*: “Authoritative and persuasive precedents. – *Decisions are further divisible into two classes, which may be distinguished as authoritative and persuasive. These two differ in respect of the kind of influence which they exercise upon the future course of the administration of justice. An authoritative precedent is one which judges must follow whether they approve of it or not. It is binding upon them and excludes their judicial discretion for the future. A persuasive precedent is one which the judges are under no obligation to follow, but which they will take into consideration, and to which they will attach such weight as it seems to them to deserve. It depends for its influence upon its own merits, not upon any legal claim which it has to recognition. In other words, authoritative precedents are legal sources of law, while persuasive precedents are merely historical. That is to say, the former establish law in pursuance of a definite rule of law which confers upon them that effect. The latter, if they succeed in establishing law at all, do so indirectly, through serving as the historical ground of some later authoritative precedent. In themselves they possess no legal authority [como é o caso dos *authoritative precedents*, ou, julga-se melhor dizer, como é o caso dos, simplesmente, *precedentes*].” [grifos nossos] (SALMOND, John William. Theory of judicial precedents. *Law Quarterly Review*, London, v. 16, n. 64, p. 376-391, 1900, p. 379).*

de precedente, com o que se pode afirmar que, a despeito de a obrigatoriedade oriunda do modelo dogmático ter natureza necessariamente formal, há uma duplicidade no que toca a vinculatividade do precedente judicial no fenômeno jurídico brasileiro como um todo. Essa duplicidade, no caso, tem fundamento: (i) na obrigatoriedade racional que é consequência imediata do conceito lógico-jurídico do que deve ser considerado, hoje, um precedente e (ii) na formalização e sistematização desta obrigatoriedade racional dos precedentes (e do destaque dado a contextos decisórios que podem lastrear precedentes em potencial – art. 927, por exemplo) pelo Direito positivo⁵²¹.

A obrigatoriedade racional independe de qualquer previsão legislativa⁵²², é consequência da qualidade de uma decisão enquanto precedente, de modo que se o ordenamento jurídico dispõe textualmente, via lei, que *decisões que não seguem precedentes são decisões não fundamentadas* (art. 489, § 1º, VI), ou que *os tribunais devem manter sua jurisprudência íntegra, estável e coerente* (art. 926), o que está ele a fazer é justamente *formalizar* a eficácia vinculante⁵²³ de algo que já a possui por imperativo racional, e não definir critério de racionalidade que dará eficácia vinculante⁵²⁴ a algo que já constrange naturalmente pela obrigatoriedade racional que lhe é consequência.

A força vinculante dos precedentes no Brasil tem uma dupla dimensão, portanto, *primeiro* pelo fato de o ordenamento jurídico brasileiro situar-se na conjuntura de um

⁵²¹ Esse último ponto já foi analisado em detalhe no tópico 3.2.2.

⁵²² Cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 350.

⁵²³ Até mesmo porque, segundo o próprio Zaneti Jr., a vinculatividade formal corresponde a “ônus argumentativo previsto em lei” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 350). Não é outra coisa que preveem os art. 489, § 1º, VI e 926 do CPC/15.

⁵²⁴ Não obstante, pode o Direito positivo optar por *formalizar* a eficácia vinculante também de decisões que *não são conceitualmente precedentes* (que é justamente o que faz o CPC/15, no particular do art. 489, § 1º, VI, como ver-se-á adiante). Nesses casos, essas decisões serão *decisões vinculantes*, muito embora não sejam *precedentes*, no sentido que se deu à palavra. Nesses casos, pois, essas decisões terão vinculação *formal* mesmo que não sejam racionalmente obrigatórias. Daí a utilidade de distinguir precedente de decisão, porquanto, do contrário, a conferência de eficácia vinculante a certas decisões que não são conceitualmente precedentes permitiria haver, dentro do gênero *decisão*, duas espécies que remeteriam a objetos diferentes, mas que seriam simultaneamente chamados de *precedentes vinculantes*. No mais, não se olvide das patologias passíveis de advir de um modelo cujas decisões eleitas como vinculantes não são racionalmente obrigatórias em primeiro lugar, não sendo, portanto, conceitualmente *precedentes*. Aqui podem-se inserir opções político-legislativas que transgridam a distribuição funcional dos poderes constitucionalmente instituídos. Mas esse, infelizmente, é um problema cujo exame deve ser objeto de outro trabalho.

Estado Constitucional moderno (e que, ademais, comporta *judicial review*), razão pela qual os precedentes do Judiciário que integra esse Estado serão racionalmente obrigatórios pelo simples fato de serem conceitualmente (=materialmente, portanto) precedentes. *Segundo*, por se valer de um arcabouço legislativo que *formaliza* uma obrigatoriedade racional já nativa ao conceito como forma de cumprir uma “função civilizatória”⁵²⁵ e promotora de cultura, e também como forma de melhor orientar e sistematizar o manejo do conceito.

Mas não é dúplice, posto isso, no sentido de que o ordenamento elege, concomitantemente, critérios racionais e formais de vinculação. Em rigor, a própria eleição legislativa em prol de um critério racional que integra a concepção material do instituto já é, em si, uma forma de *formalização*. É, de fato, a própria tentativa de institucionalização do *stare decisis*.

Por isso, julga-se que a vinculatividade dos precedentes do Direito brasileiro tem duas dimensões, mas o *modelo* que estrutura esses seus precedentes é sempre *formal*. Em verdade, segundo esse raciocínio, qualquer Direito positivo que opte por, legislativamente, conferir eficácia vinculante a precedentes conceberá um modelo formal. Nele, a vinculatividade será dupla: *formal* por opção legislativa e *racional* pelo fato disso ser substância do fenômeno.

3.3.3.2 Precedentes normativos formalmente vinculantes

A próxima categoria de precedentes remete aos *precedentes normativos formalmente vinculantes*.

Essa espécie do gênero *precedente*, ademais de ser racionalmente vinculante, de encontrar eficácia normativa no próprio conceito, goza de vinculatividade “compreendida a partir do ônus argumentativo previsto em lei”⁵²⁶. Isso significa que a

⁵²⁵ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 393.

⁵²⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 350.

própria lei “*reforça*”⁵²⁷ a presunção em favor do precedente por meio “da *obrigatoriedade legal* de seguir os próprios precedentes (vinculação horizontal) e os precedentes das cortes hierarquicamente superiores (vinculação vertical)”⁵²⁸.

O que diferencia essa categoria da anterior é a existência de lei-texto que *formaliza* o próprio critério de obrigatoriedade racional, seja de forma geral (como julga-se fazer o inciso VI do § 1º do art. 489 e o art. 926, ambos do CPC/15), seja de forma tipológica, ao elencar-se diferentes contextos da atividade jurisdicional que, pela sua posição institucional, possuem maior potencialidade de referir-se a precedentes. Dessa última técnica julga-se valer-se, em certo grau, o art. 927 com seu rol, muito embora o dispositivo eleja a eficácia vinculante *daquelas decisões ou daqueles contextos decisórios e não dos precedentes identificados naquelas daquelas decisões ou naqueles contextos decisórios*, o que pode induzir a erro e ser perigoso. Pode induzir a erro porque as súmulas, indicadas no dispositivo, não são precedentes ou tampouco decisões⁵²⁹. E pode ser perigoso, *em primeiro lugar*, porque abre-se a possibilidade de definir-se como vinculantes em abstrato decisões que em concreto talvez não cheguem a formar precedentes em si⁵³⁰, ao invés de promover-se a ideia de que decisões proferidas naqueles contextos *potencialmente* serão precedentes e, se for esse o caso, conseqüentemente vinculantes. Pode ser perigoso, *em segundo lugar*, porque induz ao erro de fazer crer que aquelas decisões *obrigatoriamente* serão precedentes, apenas por abstratamente serem consideradas vinculantes, quando, na

⁵²⁷ Note-se, portanto, que a lei não *define* o que é precedente ou em si dá sua eficácia vinculante/normativa, mas apenas a reforça.

⁵²⁸ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 350-351, grifos nossos.

⁵²⁹ Súmulas não são decisões e muito menos precedentes. Súmulas são enunciados abstratos que se situam linguisticamente em nível superior ao das decisões ou dos precedentes que levaram à sua edição. São *enunciados metalinguísticos*, portanto, que encerram *uma* interpretação acerca das circunstâncias fáticas ou jurídicas das decisões que estão à sua base. Com efeito, *a súmula em si não possui qualquer efeito vinculante*, sendo uma herança anacrônica de tempos em que a cultura jurídica brasileira ainda não havia logrado corretamente operacionalizar precedentes. O que de fato vincula é a *ratio decidendi* dos precedentes que lhe são subjacentes. Sobre o que se afirma, cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 94; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 204, 377; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 159.

⁵³⁰ Como, por exemplo, no caso de acórdão em julgamento de Recurso Especial repetitivo (art. 927, III) decidido sem maioria quanto às razões determinantes (cf. tópico 1.2.2.4.1).

realidade, o precedente não é precedente em razão de ser vinculante, mas é vinculante em razão de ser precedente⁵³¹.

Dito isso, não há, para os *precedentes normativos formalmente vinculantes*, qualquer diferença na *qualidade* de ser precedente. O conceito lógico-jurídico dado ao que se considera dever-se chamar de *precedente* continua intacto, tal como a obrigatoriedade racional que o permeia. Para a categoria, então, existe apenas o esforço legislativo em *reforçar* a obrigatoriedade racional normativa oriunda do conceito. Trata-se, mais uma vez, da feição civilizatória e promotora de cultura da lei, que age de modo a destacar o papel institucional que se julga terem determinadas decisões tomadas em contextos decisórios em que uma pretensão de universalidade é presumidamente costumaz, decisões estas que, por isso, devem ser chamadas de *precedentes*.

Logo, considerando que os *precedentes normativos formalmente vinculantes* são simplesmente *precedentes* aos quais se agrega um critério adicional de obrigatoriedade, também eles, como qualquer precedente, viabilizam a impugnação por via recursal, bem como somente podem ser afastados por distinção e revogados por superação⁵³².

No modelo brasileiro, essa categoria de precedentes e seu regime jurídico podem ser identificados, de modo amplo, a partir *núcleo dogmático* formado pela conjunção dos arts. 926, 927 e 489, § 1º, V e VI do CPC/15⁵³³. Encontra guarida na “extensa disciplina dos precedentes judiciais formal e material” por parte do CPC/15, que, *em primeiro lugar*, determina “*formalmente*, por lei, quais as decisões e orientações dos tribunais” que serão vinculantes “com tônica na racionalidade” e que “impõem aos tribunais a unidade de sua ‘jurisprudência’ (*rectius*: precedentes), mantendo-a estável, íntegra e coerente (art. 926, *caput*, CPC)”; e que, *em segundo lugar*, estabelece, *materialmente*,

⁵³¹ Razão pela qual não se sustenta a crítica encontrada em MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 91, a respeito de que hoje haveria uma “algazarra conceitual” acerca do conceito de precedente, porque, por exemplo, se estaria definindo algo em função de seu efeito. Em verdade, segundo a proposta deste trabalho, não se está conceituando algo em razão de sua eficácia, mas destacando a eficácia que é consequência do conceito.

⁵³² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 351.

⁵³³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 372-373.

“a vinculatividade horizontal e os precedentes do ponto de vista *material* ou *normativo* (*stare decisis* e *ratio decidendi*, art. 926 c/c art. 489, § 1º, V, CPC)”⁵³⁴.

Mais detidamente, a categoria e seu critério de vinculatividade encontram correspondência, *primeiramente*, na *formalização (de iure)* da (i) *vinculatividade normativa horizontal*, “reconhecida no CPC/2015 a partir do dever de unidade e manutenção da estabilidade, integridade e coerência dos precedentes”⁵³⁵ que importa dizer, principalmente em razão do ônus imposto pelo art. 926, “que os tribunais deverão aplicar seus próprios precedentes (*self-precedents*), tendo um ônus argumentativo agravado em caso de modificação ou superação”⁵³⁶; e, *segundamente*, na *formalização (de iure)* da (ii) *vinculatividade normativa vertical*, já que o “CPC/2015 estabelece uma hierarquia entre as Cortes Supremas brasileiras (...) e as demais cortes de ‘apelação’ ou de ‘justiça’ (...) e juízes a estas vinculados”⁵³⁷.

3.3.3.3 Precedentes normativos formalmente vinculantes fortes

Por último, pode-se classificar os precedentes também em *normativos formalmente vinculantes fortes*.

Esses divergem dos *normativos formalmente vinculantes* apenas pelo fato de que, para além de viabilizar a impugnação por via recursal (via ordinária), também autorizam a impugnação de ato jurídico que negue eficácia ao precedente (desrespeitando sua autoridade, “negando sua aplicação” ou “aplicando-o de forma equivocada ou parcial”) por meio de “via autônoma diretamente nos tribunais superiores *per saltum* (via extraordinária)”⁵³⁸. Ademais, sua formação (e aqui se inclui,

⁵³⁴ Todas as citações de ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 372, grifos no original.

⁵³⁵ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 378.

⁵³⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 379.

⁵³⁷ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 380.

⁵³⁸ Todas as citações de ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 351.

consequentemente, a superação de outro precedente dessa estirpe⁵³⁹) especificamente demanda quórum qualificado⁵⁴⁰⁻⁵⁴¹.

Tem-se, com isso, a instituição de regime jurídico (destinado a precedentes provenientes de determinadas circunstâncias) “agravado e mais rigoroso (...), com reforço dos meios de impugnação”⁵⁴². Trata-se, de fato, da instituição de regime jurídico caracterizado pela *formalização da vinculatividade normativa em senso forte*, pela qual “em algumas hipóteses, especialmente previstas na lei processual, quando houver alegação de desrespeito à autoridade do caso-precedente será aberta a via de impugnação direta”⁵⁴³ ao tribunal cuja autoridade foi desrespeitada, com supressão da instância recursal, no caso de precedente normativo formalmente vinculante forte do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ou da instância originária, no caso de precedente normativo formalmente vinculante forte de tribunal local.

Nesse momento entra em cena a importância de instituto que se coliga a esse regime jurídico próprio e que lhe aparelha: a *reclamação*. Trata-se de ação judicial admitida “diretamente ao Supremo Tribunal Federal ou em outro tribunal para a observância de precedentes”⁵⁴⁴. Em função da relevância que a reclamação possui para instrumentalizar a própria noção de uma vinculação *em senso forte* (que, recobre-se, é essencialmente ficta, pois o que caracteriza a vinculatividade é o caráter normativo

⁵³⁹ ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais. *Ius et tribunaes*, Huancayo, a. 1, v. 1, p. 31-49, 2015, p. 44.

⁵⁴⁰ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 351.

⁵⁴¹ Aqui, “quórum qualificado” significa quórum de sessão qualificado, ou seja, o número mínimo de presentes para realizar-se a sessão, não o número de votantes em determinado sentido (maioria qualificada). Se o *quórum qualificado* exigido para se ter precedente normativo vinculante forte correspondesse a maioria qualificada (também conhecida como *quórum de votação* ou *quórum de julgamento*), apenas os precedentes que estão à base das súmulas vinculantes poderiam assim ser considerados. No caso da súmula vinculante, a maioria qualificada encontra previsão no art. 103-A da Constituição Federal e também no art. 1º, § 3º da Lei n.º 11.417/06. Por outro lado, as hipóteses de controle concentrado exigem apenas quórum de sessão qualificado (art. 22 da Lei n.º 9.868/99; art. 8º da Lei n.º 9.882/99 e art. 143, parágrafo único do RISTF), mas seu quórum de *votação* é o de seis ministros, ou seja, a maioria absoluta, conforme art. 97 da Constituição Federal e art. 23 da Lei n.º 9.868/99)

⁵⁴² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 373, grifos no original.

⁵⁴³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 380.

⁵⁴⁴ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 373.

do precedente, não os institutos anexos que substancializam seus possivelmente diversos regimes jurídicos), é relevante a medida do CPC/15 de listar as hipóteses de cabimento da reclamação em seu art. 988⁵⁴⁵.

Todavia, para os fins de identificação dos *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes* no Direito brasileiro, interessa principalmente o inciso III e IV do *caput* e o inciso II do parágrafo 5º, todos do referido artigo⁵⁴⁶. Isso porque o inciso II do parágrafo 5º vincula a propositura da ação autônoma de reclamação com base ou em acórdão de Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida ou em acórdão oriundo de Recurso Extraordinário ou Especial repetitivos⁵⁴⁷ ao esgotamento

⁵⁴⁵ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – *garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade*; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016); IV – *garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência* (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016).

⁵⁴⁶ “Art. 988. (...) § 5º É inadmissível a reclamação: (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016): I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016); II – *proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias*. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)”.

⁵⁴⁷ Caberia aqui indagar a respeito da razão de ser de, no CPC/15, subsistirem duas sistemáticas simultâneas afetas aos Recursos Extraordinários e aos Recursos Especiais: a dos repetitivos e a dos não-repetitivos. O ponto adquire maior relevo se se considerar que o julgamento de Recurso Extraordinário ou Especial não-repetitivo pode levar à formação de precedente nos casos em que a apreciação da questão recursal ascende até o âmbito do plenário ou de órgão especial/especializado (como notadamente nos embargos de divergência, por exemplo) do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, e isso agora é ainda mais claro em função do art. 927, V desse mesmo CPC/15. À vista disso, não haveria de se afirmar que os recursos repetitivos se justificariam exclusivamente por permitirem formarem-se precedentes, em detrimento dos não-repetitivos. Na realidade, deve-se ter em mente que essas duas sistemáticas se fundam em prioridades distintas. No que concerne aos Recursos Extraordinários e Especiais não-repetitivos, seu objetivo principal, respectivamente, é cumprir o papel designado nos arts. 102, III e 104, III da Constituição Federal, de manter a unidade da interpretação da Constituição e da legislação federal, abrindo a chance para que se formulem precedentes constitucionais e federais. No que concerne aos Recursos Extraordinários e Especiais Repetitivos, seu objetivo principal, mais do que levar à criação de precedente (embora ainda o faça) é dar substância a um regime mais pungente de *uniformização* da atividade jurisdicional dos tribunais. Vale dizer, os Recursos Extraordinários e Especiais não-repetitivos miram primeiramente na *conferência de unidade ao Direito* e, secundamente, na *uniformização* de sua aplicação. Já os Recursos Extraordinários e Especiais repetitivos apenas secundamente miram na *conferência de unidade*, enquanto primeiramente fornecem instrumento imediatista para a *uniformização* da aplicação do Direito, tanto é que leva à suspensão sumária de causas pendentes (art. 1.036, § 1º e art. 1.037, II, ambos do CPC/15). Nesse momento, lembre-se da distinção entre *conferir unidade* e *uniformizar*. Isso já foi discutido no tópico 1.2.2.1 e naquela ocasião, inclusive, o caso dos repetitivos foi usado como exemplo. Os Recursos Extraordinários e Especiais repetitivos, então, servem ao propósito de instrumentalizar um mecanismo mais direto de *uniformização* do Direito e que conta com regramento específico. Dito isso, é curioso o fato de, com a alteração promovida no CPC/15 pela Lei n.º 13.256/16, terem sido eles excluídos do rol das hipóteses do art. 988 que admitem impugnação via reclamação *per saltum*. Já que, assim como no caso do IRDR e do IAC, os recursos repetitivos são concebidos principalmente como recursos à gestão objetiva de demandas em massa com base em precedentes, sua inclusão dentre as hipóteses autorizadas de reclamação direta era coerente com o restante do

dos meios ordinários de impugnação de decisões judiciais (=recursos). Com isso, tem-se que somente as hipóteses referentes ao inciso III e IV do art. 988 viabilizam a impugnação *per saltum* mediante o manejo da ação de reclamação, ou seja, independentemente de esgotadas as instâncias anteriores – que, sem embargo, se se tratando de instâncias recursais, deverão ser concomitantemente acionadas de modo a evitar o trânsito em julgado da decisão⁵⁴⁸.

Dito isso, considerando os requisitos tanto do (i) *quórum qualificado* quanto da (ii) *possibilidade de impugnação per saltum*, constata-se que, no Direito brasileiro, a categoria dos *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes* encontra correspondência apenas naqueles (precedentes) que embasam súmulas vinculantes⁵⁴⁹, naqueles (precedentes) decorrentes de ações de controle de constitucionalidade concentrado⁵⁵⁰⁻⁵⁵¹ e naqueles (precedentes) provenientes do incidente de assunção de competência⁵⁵² ou do incidente de resolução de demandas repetitivas⁵⁵³.

programa legislativo. Afinal, recorde-se que a reclamação, instituto que não guarda paralelos no Direito comparado, claramente assumiu, com o CPC/15, a função de ação voltada à gestão de processos em sistemas resolução de casos repetitivos. Aqui entra novamente a importância da diferença entre *dar unidade* e *uniformização*. A reclamação não é meio que leva à formação de precedentes, mas que objetiva garantir a observância de um paradigma que já existe. Por essa razão, não promove a unidade interpretativa do Direito, mas impede que se mine o projeto de uniformização a que esses sistemas de resolução de casos de massa, como o IRDR e o IAC, almejam. Não por outro motivo, a opção do CPC/15 de estabelecer a reclamação como ação judicial voltada a forçar a aplicação de determinados precedentes sofre duras críticas da doutrina, que afirma tratar-se de previsão autoritária, que se baseia na ideia de que a interpretação de um precedente é absoluta e que barra o movimento de renovação da jurisprudência. (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 526-531).

⁵⁴⁸ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 380.

⁵⁴⁹ No caso da súmula vinculante, o quórum (de votação) qualificado de dois terços encontra-se previsto no art. 103-A da Constituição Federal e também no art. 1º, § 3º da Lei n.º 11.417/06.

⁵⁵⁰ Igualmente até aqui, cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 342.

⁵⁵¹ No caso da ADI e da ADC, o quórum (de sessão) qualificado de oito ministros encontra-se previsto no art. 22 da Lei n.º 9.868/99; já no caso da ADPF, o quórum (de sessão) qualificado de dois terços encontra-se previsto no art. 8º da Lei n.º 9.882/99. Para todos os casos de controle concentrado, o quórum (de sessão) qualificado de oito ministros encontra-se previsto também no art. 143, parágrafo único do RISTF.

⁵⁵² No STJ, por exemplo, o quórum (de sessão) qualificado de dois terços para o IAC está previsto no art. 271-E do RISTJ.

⁵⁵³ A depender de se o respectivo tribunal previr quórum qualificado para o incidente, o que é provável. O TJES, por exemplo, prevê, no art. 5º c/c art. 205 de seu regimento interno, quórum (de sessão) qualificado de dois terços para o caso de IRDR.

Aqui, cabe a ressalva de que, dada a institucionalização de um modelo formal de precedentes pelo Código de Processo Civil, é apenas nesse ponto que a súmula vinculante ainda guarda alguma utilidade prática⁵⁵⁴. Diante do fato de que as súmulas (quaisquer que sejam) estão vinculadas aos precedentes que as esteiam (art. 926, § 2º, CPC/15) – sendo eles, portanto, que devem ser efetivamente observados – tem-se claro que a aplicação indevida ou a não aplicação, quando devida, de precedente que fundamenta súmula vinculante autoriza o manejo de ação de reclamação diretamente para o Supremo Tribunal Federal, independentemente do esgotamento das vias recursais ordinárias. E isso inclusive se se estiver tratando de precedente oriundo de controle *difuso* de constitucionalidade.

Dessa forma, a utilidade da súmula vinculante hoje limita-se a recortar precedentes da corte que, sejam decorrentes do controle concentrado, sejam decorrentes do controle difuso, merecerão regime jurídico diferenciado. Do contrário: a uma, ou estar-se-ia indiretamente a admitir que o enunciado da súmula é vinculante por si só, o que seria incidir em clara ilegalidade diante da norma proveniente do art. 926, § 2º, do CPC/15, bem como estar-se-ia a atribuir caráter abstrato a um enunciado textual do Judiciário; ou, a duas, estar-se-ia a admitir que a súmula vinculante configura um instituto inútil, uma vez que todos os precedentes do STF já são vinculantes por força do art. 927, I, IV e V do CPC/15, independentemente da formação de súmula vinculante.

Logo, e tomado o fato de que os precedentes do Supremo Tribunal Federal formados em sede de controle concentrado já são *normativos vinculantes fortes* e admitem reclamação *per saltum*, a súmula vinculante presta-se exclusivamente a alçar precedentes provenientes de decisões tomadas em julgamento de Recursos Extraordinários à condição de fortemente vinculantes a justificar ação de reclamação

⁵⁵⁴ Com a institucionalização e a absorção cultural da prática de precedentes, as súmulas (de qualquer espécie que sejam, mas especialmente as vinculantes) tendem a se tornar institutos penderes à inutilidade. Como afirma Buriel: “a súmula vinculante, embora tenha sido importante para apontar a criatividade judicial, reforçando a sua percepção como uma realidade inoxidável, está longe de representar um instituto característico de um sistema de precedentes. Realmente, as *súmulas vinculantes* não são condizentes com o *stare decisis*. Com a fortificação deste, é natural que elas percam sua força e sejam pouco utilizadas, abrindo caminho para uma prática pautada na importância de uma única decisão e mais aberta à interpretação e à construção colaborativa e paulatina. (...) O destino das súmulas dos tribunais não deve ser outro. Sua utilidade tende a diminuir na mesma proporção em que se atribuir força aos precedentes dos tribunais superiores.” (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 534).

por via direta. Se se inadmite isso, a súmula vinculante decai como instituto sem mais relevância pragmática e passa a subsistir no ordenamento brasileiro como algo especificamente deletério para uma correta compreensão e aplicação dos precedentes⁵⁵⁵.

⁵⁵⁵ Sobre o efeito deletério das súmulas para uma correta apreensão do *stare decisis*, cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 534-535.

4 DECISÕES (POTENCIALMENTE) VINCULANTES

Como visto em introdução, este trabalho propôs-se à apreciação de uma hipótese à primeira vista simples: verificar se o Direito brasileiro, por força do inciso VI do parágrafo primeiro do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, distingue *precedente de jurisprudência* e acaba por firmar uma escolha dogmática para que *não apenas precedentes tenham eficácia obrigatória para casos futuros*.

Entretanto, a questão é mais complexa do que aparenta e, por isso, o bojo deste estudo ocupou-se de estabelecer a série de premissas julgadas como indispensáveis para oferecer uma resposta minimamente satisfatória.

O primeiro ponto trabalhado referiu-se ao exame ontológico do *precedente*, para que, sabendo objetivamente afinal no que ele consiste, fosse possível apontar para a existência de outros conceitos, que justificam e explicam a justaposição dos vocábulos *precedente e jurisprudência* na lei processual.

O segundo ponto trabalhado referiu-se ao mergulho no conceito lógico-jurídico de *precedente* definido para permitir explicar em detalhe o que realmente significa a eficácia vinculante que à palavra é tão comumente associada.

O terceiro ponto trabalhado referiu-se à inserção do precedente no contexto da tradição jurídica brasileira, de modo a identificar sua evolução histórica no desenrolar do amadurecimento da Teoria e da Filosofia do Direito no país até culminar com o advento do Código de Processo Civil de 2015, cujo modelo de precedentes também foi brevemente explorado na ocasião.

Agora, com a conclusão desses três pontos, pode-se partir para a análise do problema central enfrentado por este trabalho. Afinal, sabe-se o que são precedentes, sabe-se por que e como esses precedentes são obrigatórios e sabe-se qual o modelo de precedentes dogmaticamente estruturado pelo CPC/15 e sob quais pressupostos ele funciona.

Estabelecidas essas três premissas centrais, portanto, será doravante possível distinguir o *precedente* da *jurisprudência* e, assim, perceber que, por meio do inciso VI do parágrafo primeiro de seu art. 489, o CPC/15 acaba por vincular o parâmetro definidor da racionalidade da atividade jurisdicional também à observância de decisões que materialmente não são *precedentes*, mas que, por lei, são igualmente obrigatórias, desde que invocadas pelas partes no processo como razões para a exigência de um julgamento conforme.

Ver-se-á, então, que paralelamente à estruturação de um modelo de *precedentes*, o CPC/15 institui modelo em que *decisões*, em geral, têm potencial eficácia vinculante oriunda de um critério normativo/formal de obrigatoriedade racional.

Da análise desse modelo de *decisões (potencialmente) vinculantes* e de seu contraste com os *precedentes* se ocupará este capítulo.

4.1 PRECEDENTE, DECISÃO E JURISPRUDÊNCIA

Consoante recobrado acima, a questão ora discutida se baseia na hipótese de que a aposição das palavras *precedente* e *jurisprudência*, encontrada no inciso VI do parágrafo primeiro do art. 489 do CPC/15, sugere que o enunciado normativo obrigatoriamente estaria se referindo a objetos distintos, sob pena de se reduzir a escolha quando da composição do texto legislado a inútil tautologia. A hipótese formulada, pois, serviu-se de interpretação que privilegia as opções semânticas do aludido dispositivo.

Foi partindo desse pressuposto, de que *precedente* é diferente de *jurisprudência*, que se tratou de definir o conceito lógico-jurídico de precedente. Afinal, com isso é possível objetivamente isolar o *precedente* de modo separá-lo da ideia de *jurisprudência*, com o que se justifica e faz maior sentido a redação do art. 489, § 1º, VI do CPC/15 para além da redundância que haveria acaso se supusesse que *precedente* e *jurisprudência* de fato significassem o mesmo.

Dito isso, agora faz-se a hora de então valer-se do conceito de precedente definido para, por critério de exclusão, compreender no que consiste a *jurisprudência* a que

alude o dispositivo e que em razão dele recebe tratamento formal similar ao conferido aos *precedentes*, com o que se permite extrair do estatuto processual o modelo de decisões que se chamou de *potencialmente vinculantes*.

De fato, distinguir *precedente de jurisprudência* é a premissa primeira para a conclusão sugerida. É desse discrimine fundante que se admite perceber que o Código de Processo Civil de 2015, por meio de seu art. 489, § 1º, VI, vinculou o parâmetro definidor da racionalidade da atividade jurisdicional também à observância a decisões que compõe categoria decisória que não se confunde com a dos precedentes (em sentido material). Passa-se, dessa forma, ao exame dessa distinção⁵⁵⁶.

4.1.1 Precedente

Como já dito, até agora se pôde definir que o conceito de *decisão judicial* pode servir como gênero, do qual o *precedente* é categoria-espécie. Também se definiu que o conceito de precedente (dessa espécie do gênero *decisão judicial*) refere-se, em sentido amplo, às decisões judiciais cujo esforço interpretativo, bem como o contexto institucional em que estão inseridas, funcionam de modo que se reconstrua o conteúdo normativo do Direito estatutário com o declarado intento de que as razões fruto dessa atividade interpretativa sejam, no futuro, enfrentadas e, assim, espelhadas dentro dos esquemas hierárquicos do Judiciário.

Em suma, o conceito de precedente refere-se às espécies de decisões judiciais cujas razões determinantes foram construídas em interpretação operativa e com pretensão de universalidade.

Esses pressupostos já foram especificamente analisados nos tópicos 1.2.3 e 1.2.2, respectivamente.

⁵⁵⁶ Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio Penedo; CUNHA, Gabriel Sardenberg. Decisões (potencialmente) vinculantes. In: PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco; PUPO, Thaís Milani Del. (Coord.). *Estudos sobre direito processual: homenagem ao professor Dr. Marcellus Polastri Lima*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 190-196; MADUREIRA, Claudio Penedo; CUNHA, Gabriel Sardenberg. Eficácia vinculante e jurisprudência persuasiva. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antonio; SEDLACEK, Federico; ZANERI JR., Hermes (Org.). *Temas de direito processual contemporâneo*. Serra: Milfontes, 2019. v. 2, p. 627-644.

Porém, retomando brevemente o ponto, eles indicam, *primeiramente*, que para a qualidade de precedente deve existir uma *pretensão de universalidade* típica de um sistema de *stare decisis*, que objetiva a racionalização do ordenamento como interpretado e aplicado por toda a hierarquia judiciária⁵⁵⁷. É justamente a possibilidade de se identificar essa pretensão nas hipóteses arroladas no art. 927 do CPC/15 que permite situá-las dentro de um modelo racional de precedentes⁵⁵⁸.

Desse modo, o precedente, materialmente compreendido e conseqüentemente vinculante, cinge-se àquelas hipóteses em que o Judiciário atua de modo a proferir decisão com *pretensão de universalidade*⁵⁵⁹ findada na conferência de unidade ao Direito e, conseqüentemente, de racionalidade ao ordenamento. Isso importa dizer que somente haverá precedente quando se decide de modo a que as razões universalizáveis vislumbradas para o julgamento sejam pensadas não apenas para servir como solução para caso concreto, mas como parâmetros para futuros casos análogos; como se, fundado no imperativo categórico kantiano, devesse o intérprete

⁵⁵⁷ “*El fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universalidad, la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual*” [grifos nossos] (ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 262).

⁵⁵⁸ Modelo no qual, novamente, segundo Zaneti Jr., o caráter vinculante não deriva apenas da eleição legal do art. 927, por exemplo (obrigatoriedade formal), mas justamente de uma obrigatoriedade racional ultimamente oriunda da distinção entre texto e norma e da atribuição funcional dada a certos órgãos para julgar-se em pretensão de universalidade de modo a conferir unidade ao Direito (cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 349). A nosso ver, repise-se que as hipóteses do art. 927 não são vinculantes somente porque o texto normativo assim dispõe, mas pelo fato de estar-se a tratar de hipóteses situadas dentro de um contexto findado na conferência de racionalidade ao ordenamento. Até mesmo por isso entende-se não ser tão necessária a discussão quanto ao valor semântico atribuído à palavra *observar* presente no *caput* do dispositivo (para uma compressão acerca das diversas posições ver: CÂMARA, Alexandre Freitas. Súmula da jurisprudência dominante, superação e modulação de efeitos no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 264, p. 281-320, 2017, p. 297-304; STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.200-1.209; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.836-1.838) – se referente a eficácia vinculante ou persuasiva –, uma vez que a vinculatividade das hipóteses previstas no rol decorre tão mais de sua obrigatoriedade racional relativa à pretensão de universalidade a que potencialmente dão cabo e, ainda, do *ônus argumentativo* que pende em favor dos casos enumerados no dispositivo. O que a lei fez “foi tomar opções dentro destas categorias de forma a adaptá-las especialmente às garantias constitucionais brasileiras e às necessidade do ordenamento jurídico brasileiro.” (ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 235, 2014, p. 333).

⁵⁵⁹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 350, 358-359.

reconstruir os enunciados normativos enquanto consciente de um *dever de agir como se existisse uma única resposta certa no Direito* a ser obrigatoriamente observada e seguida por todas as demais cortes em hipóteses que mereçam ser julgadas de mesmo modo⁵⁶⁰. Um julgamento que carrega pretensão de universalidade de fato implica a noção de que casos futuros a ele análogos devem obrigatoriamente observar seus fundamentos determinantes, ou seja, as razões universalizáveis que estão no cerne de sua justificação.

Por outro lado, *segundamente*, precedente somente será a decisão que une sua *pretensão de universalidade* a um método interpretativo que Ferrajoli convencionou chamar de operativo⁵⁶¹. Precedente, assim, somente será a decisão judicial que, no contexto do exercício interpretativo, devolver ao ordenamento a norma jurídica com conteúdo reconstruído⁵⁶² objetivando que esse acréscimo (=glosa) reverbere no Direito na forma de *densificação do catálogo normativo* capaz de promover de racionalidade⁵⁶³.

Há razão para definir-se *precedente* em razão desses dois pressupostos.

Sobre isso, a definição estipulativa proposta para o conceito lógico-jurídico de precedente, amparada nas noções de pretensão de universalidade e de interpretação operativa, presta-se a munir qualquer modelo de precedentes com um conceito objetivo capaz de permiti-lo, de modo responsável, conferir *racionalidade* ao

⁵⁶⁰ "(...) the principle of universalizability requires the supposition that one right answer exists for every judge or court considered on an individual basis. The self precedent rule is precisely the manifestation of this requirement to act "as if" one right answer actually exists in law." (GASCÓN, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal (Eds.) *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Beijing, 2009. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012. v. III, p. 39).

⁵⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, n. 43, p. 290-304, 1966.

⁵⁶² ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 257, 2016, p. 380. Józef Wroblewski também propõe concepção similar: "Interpretative decision is needed when the law-applying organ has doubts concerning the meaning of the norm to be applied. This is an 'operative interpretation', which takes place when there is no 'isomorphy' between the case in question and the legal norm at hand" (cf. WRÓBLEWSKI, Józef. Legal decision and its justification. *Logique et Analyse*, Leuven, v. 14, n. 53-54, p. 409-419, 1971, p. 413).

⁵⁶³ Sobre esse raciocínio, em maior detalhe, conferir a discussão no tópico 1.2.3 e principalmente no tópico 2.4.4.

ordenamento em que inserto, “garantindo a aplicação da constituição e das leis, mesmo quando interpretações ativistas dos juízes procurem negar vigência e validade aos direitos nelas previstos”⁵⁶⁴. A partir do conceito definido assegura-se, então, modelo de precedentes que promoverá racionalidade, (i) *primeiramente* em razão de fechar “o círculo da interpretação jurídica, propondo um ulterior fechamento do discurso jurídico por uma metodologia de controle de sua aplicação, na qual prepondera a função das cortes de vértice”⁵⁶⁵, e (ii) *segundamente*, em razão de estar “fundado na regra de universalização, ou seja, no controle das decisões exaradas pelos juízes e tribunais que devem atender a premissa de serem decisões universalizáveis para os casos análogos futuros”⁵⁶⁶.

Tem-se, assim, que o conceito serve para responsabilmente aparelhar a operabilidade dos precedentes de um Poder Judiciário que, por existir, simultaneamente demanda “haver meios de controle sobre a racionalidade de suas decisões de forma a garantir a uniformidade e a continuidade do direito para todos os casos análogos futuros”⁵⁶⁷.

4.1.2 Decisão (exemplo) e jurisprudência

Todavia, o que se chamou de *precedente* certamente não esgota as espécies integrantes do gênero *decisão judicial*. Existem outros atos jurisdicionais decisórios que, de modo amplo, podem ser albergados em uma espécie mais abrangente e residual: a das meras *decisões*⁵⁶⁸ ou, a fim de evitar possível vício de comunicação, usando a já citada terminologia de Michele Taruffo, a categoria dos *exemplos*⁵⁶⁹.

⁵⁶⁴ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 326.

⁵⁶⁵ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 359.

⁵⁶⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 359.

⁵⁶⁷ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 315.

⁵⁶⁸ Isto é, decisões que não são precedentes em sentido material.

⁵⁶⁹ Cf. TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 12. Trata-se de uma decisão “superficialmente semelhante ao precedente”, mas que “dele se diferencia na estrutura e na função.” Segundo o autor “o exemplo pode desempenhar alguma função persuasiva, e é por essa razão que ele é usado, mas não desempenha uma função propriamente justificativa e, portanto, não tem eficácia condicionante ou vinculante sobre a decisão do caso sucessivo.” (TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 12).

Essas *meras decisões*, ou *exemplos*, por outro lado, remetem à categoria da *jurisprudência (persuasiva)*, que consiste, basicamente, no aglomerado numérico dessas *decisões-exemplo*⁵⁷⁰⁻⁵⁷¹, isto é, de decisões que, por não serem *precedentes*, em regra⁵⁷² não possuem eficácia vinculante, mas tão somente persuasiva. Por isso: *jurisprudência persuasiva*.

Com isso, as *decisões judiciais* (gênero) poderiam ser divididas em *precedentes* (espécie E') e em *decisões/exemplos* (espécie E''). Por sua vez, a espécie das *decisões/exemplos*, se consideradas no plural, comporiam o que se conhece por *jurisprudência*.

À vista disso, “os chamados ‘precedentes persuasivos’ ou ‘*de facto*’ [ou seja, *decisões judiciais* que não são ontologicamente precedentes]” devem ser “desconsiderados como precedentes” e agregados à categoria da *jurisprudência (persuasiva)*, da qual a *mera decisão* (=decisão não-precedente) é *unidade*. Trata-se de opção teórica adotada “justamente para marcar fortemente a passagem de um modelo de ‘jurisprudência’” (em que as decisões não vinculam, embora o seu conteúdo possa produzir certo grau de convencimento) “para um modelo de ‘precedentes’” (que vinculam independentemente de o julgador considerar suas razões boas ou ruins)⁵⁷³. Trata-se, por certo, de definição operada sobre o conceito de precedente e,

⁵⁷⁰ Segundo a lição clássica de Taruffo a respeito da cisão entre *precedente* e *jurisprudência*, a *jurisprudência* é caracterizada a partir de um critério quantitativo, sendo o termo usado para designar “uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos.” (TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 03).

⁵⁷¹ Registre-se mais uma vez que, neste trabalho, *exemplo*, *decisão-exemplo*, *decisão jurisprudencial* e *mera decisão* são expressões usadas como sinônimas.

⁵⁷² A ressalva justifica-se em razão do fato de que o ordenamento, a partir de critério jurídico-positivo, pode emprestar caráter vinculante a decisões que não são precedentes (em sentido material). Assim, haveria *decisões* que, muito embora não fossem precedentes, seriam também vinculantes (ainda que por pressupostos diversos). Aliás, é justamente isso que faz o art. 489, § 1º, VI, do CPC/15, ao instituir potencial eficácia vinculante a decisões que não são materialmente precedentes, como crê-se e como discutir-se-á em seguida. Neste caso, o gênero das *decisões judiciais* poderia ser rearranjado entre: *precedentes* (espécie E'); *decisões persuasivas* (espécie E''); *decisões vinculantes* (espécie E'''). Sob essa perspectiva vivifica-se a pertinência de marcar objetivamente a cisão entre os signos *precedente* e *decisão*, dado que, ao usá-los como sinônimos, incorre-se no risco de chamar coisas essencialmente diferentes pelo mesmo termo.

⁵⁷³ Todas as citações de ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 34.

indiretamente, sobre as próprias categorias do gênero *decisão judicial*. Trata-se, enfim, de verdadeiro *corte metodológico*.

Tomadas essas premissas, provimentos jurisdicionais que fogem às características expostas (necessárias para uma definição racional de *precedente*) simplesmente não podem ser qualificados como precedentes, uma vez que não possuem a principal característica destes últimos: a de ser instrumento de *racionalização* do Direito objetivo dentro de uma esfera hierárquica, porquanto não são emanados com pretensão de universalidade nem normalmente valem-se de interpretação operativa, razão pela qual não remetem a uma estrutura de *stare decisis*, compreendida vertical ou horizontalmente⁵⁷⁴. Ou seja: *decisões judiciais que não se valem, concomitantemente, de pretensão de universalidade e de interpretação operativa não são precedentes; são só exemplos, que, quando cumulados, formam o que se conhece por jurisprudência*.

Dito isso, decisões de *órgãos fracionários comuns* dos tribunais (i.e., órgãos não especializados por matéria) ou de *turmas isoladas de seções especializadas*⁵⁷⁵, por exemplo, não se enquadram na definição de precedente proposta, justamente por não serem proferidas no contexto de uma atividade unificante. Os tribunais, nestes casos, atinem-se ao julgamento do direito subjetivo das partes, à justiça do caso concreto, sem se ocuparem (ou, pelo menos, sem se preocuparem), no exercício de sua atividade funcional, da tarefa de conferir racionalidade ao Direito objetivo com vistas a definir uma interpretação a ser seguida pelos esquemas hierárquicos. Em verdade, aqui se está diante de exercício diverso do que ocorre nos julgamentos plenários e nos julgamentos proferidos com caráter unificante por órgãos especiais/especializados, ainda que quanto a uma matéria específica.

⁵⁷⁴ Recobre-se que, como já dito anteriormente, o termo *stare decisis*, em sentido próprio e histórico, refere-se à obrigação das cortes de seguir seus próprios precedentes, ou seja, refere-se especificamente à vinculação em sentido *horizontal* (SCHAUER, Frederick. *Stare decisis and the selection effect*. In: PETERS, Christopher J. *Precedent in the United States Supreme Court*. Berlin: Springer, 2013, p. 121). O uso do termo aqui, todavia, parte do sentido amplo contemporaneamente atribuído ao *stare decisis*, que não raro se mescla com a ideia geral de *precedente*, seja no sentido de sua vinculação horizontal, seja no sentido de sua vinculação vertical.

⁵⁷⁵ Como no caso de decisão de alguma das turmas integrantes da Primeira, Segunda ou Terceira Seções do Superior Tribunal de Justiça, vide art. 9º do RISTJ.

Conseqüentemente, até mesmo por essa razão é que se admite posicionamento divergente entre turmas/câmaras/seções não-especializadas de um mesmo tribunal e que se prevê recursos⁵⁷⁶ e incidentes⁵⁷⁷ destinados a unificar o entendimento de todos os segmentos das cortes. É também por isso que, por exemplo, um acórdão isolado de turma do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal não pode ser considerado um precedente⁵⁷⁸ e, assim sendo, em regra não possui eficácia vinculante.

Somente poderão ser qualificadas como precedentes as decisões prolatadas pelo plenário ou em caráter unificante por órgão especial/especializado. Dito de outro modo, somente poderão ser qualificadas como precedentes as decisões da corte que não autorizam divergências internas a respeito de determinada matéria. Do contrário, surgiriam dois problemas. *Em primeiro ponto, (i)* acaso a decisão de turma/câmara/seção comum fosse considerada precedente (e, conseqüentemente, vinculante), as demais turmas/câmaras/seções estariam a ela vinculadas (vinculação horizontal) e aí se admitiria estabelecer-se uma ficta hierarquia entre turmas/câmaras/seções por prevenção, já que formaria precedente o órgão que primeiro julgasse a questão. *De igual modo, (ii)* considerar esse tipo de hipótese como precedente permitiria situar o julgador vinculado verticalmente entre decisões com *rationes decidendi* diametralmente conflitantes, especialmente se no tribunal que o vincula houvesse divergência de entendimento⁵⁷⁹. Neste último caso, se ambos os

⁵⁷⁶ Como é o caso dos embargos de divergência, previstos no art. 1.043 e ss. do CPC/15. No caso do Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência estão previstos no art. 266 e ss. do RISTJ, e a competência para julgá-los é da seção (caso a divergência for entre suas próprias turmas ou entre si e uma de suas turmas) ou da corte especial (nos demais casos), conforme, respectivamente, art. 12, parágrafo único, I e art. 11, XIII, ambos do mesmo regimento. No caso do Supremo Tribunal Federal, os embargos de divergência estão previstos no art. 330 e ss. do RISTF, e a competência para julgá-los é do plenário, conforme o art. 6, IV do mesmo regimento. Importante notar que, justamente em razão do papel dos embargos de divergência para a unificação da interpretação do tribunal, Mitidiero questiona sua omissão do rol do art. 927, CPC/15 (*Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 93).

⁵⁷⁷ Como é o caso do incidente de assunção de competência (IAC), conforme confere-se do art. 947, § 4º do CPC/15 e do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), conforme confere-se do art. 978 do CPC/15. Particularmente quanto ao IAC, há regulamentação específica no RISTJ, conforme art. 271-B e ss. Segundo o mesmo regimento, a competência para o julgamento do incidente é da seção (quando a matéria for restrita a uma seção) ou da corte especial (quando a matéria for comum a mais de uma seção), conforme, respectivamente, art. 12, IX e art. 11, VI.

⁵⁷⁸ Em sentido contrário, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 317 e MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 93.

⁵⁷⁹ Conforme já explicado: “Semelhante *status* (de precedente) não pode ser conferido, pelo menos conceitualmente, às decisões exaradas pelas turmas/câmaras/sessões que não se dedicam a definir,

provimentos fossem tidos como precedentes, esse julgador estaria obrigado aos dois ao mesmo tempo e daí acabaria por fulminado o objetivo do *stare decisis*⁵⁸⁰, visto que, na ausência de um claro posicionamento a ser obrigatoriamente seguido, ao tribunal vinculado restaria optar por aquela decisão cujas razões considerasse melhor, ou, diante da divergência, talvez por nenhuma delas.

Entretanto, quando a decisão judicial é proferida no contexto de um atividade interpretativa unificante (como nas hipóteses de julgamento plenário, de controle de constitucionalidade em *full bench* ou de julgamento por órgãos fracionários especializados por matéria), esse problema inexistente, porquanto aí é possível vislumbrar pretensão de universalidade que viabiliza a caracterização da decisão enquanto precedente, bem como, conseqüentemente, sua eficácia normativa. Se, contudo, a decisão de caráter unificante é sucedida por outra em teor divergente, é certamente porque esta última foi emanada por tribunal hierarquicamente superior ou porque o tribunal ou órgão em específico superou o entendimento, e aí ocorreu *overruling*, de um modo ou de outro.

Ante o exposto, as meras *decisões*, os *exemplos*, por não possuírem caráter unificante e, bem por isso, por não se qualificarem como precedentes, não possuem (como regra) eficácia normativa vinculante. Igualmente por isso, as decisões comumente invocadas pelas partes em suas manifestações processuais, se não forem ontologicamente precedentes, muito embora impliquem ao julgador ônus

em substituição aos seus plenários/órgãos especiais, como deve ser aplicado o Direito a determinados campos da seara jurídica, pois quanto a elas poderá haver divergência de posicionamento dentro do próprio Tribunal, o que lhes confere a conotação de simples tendência decisória, característica da jurisprudência persuasiva, que por concepção não vincula os julgadores.” (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 170).

⁵⁸⁰ A respeito, a sugestão de Marinoni (*Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 317) para resolver esse problema, de que um acórdão de turma isolada do STJ teria eficácia vinculante vertical, mas não eficácia vinculante horizontal perante as demais turmas ou seções do tribunal, não parece ser a melhor. Isso porque fomenta estado de insegurança em contramão ao que propõe o conceito de precedente. Afinal, legítima que eventuais posicionamentos divergentes de uma mesma corte sejam simultaneamente vinculantes verticalmente até a final solução dessa divergência. Segundo esse raciocínio, se no julgamento de uma apelação forem invocados pelos recorrentes dois julgamentos de turmas isoladas do STJ com posicionamentos diametralmente opostos, a qual dos dois, então, estará o tribunal estadual vinculado? Certamente ele terá que julgar num ou noutro sentido (ou, diante da divergência, quiçá em nenhum dos dois). Vê-se, assim, que, nesse cenário, acaba-se por fulminar a força vinculante que é consequencial ao conceito de precedente. Por essa razão, melhor tratar esse tipo de decisão paradigma apenas como *exemplo*, pois precedentes devem ser as decisões da corte que não autorizam a divergências internas.

argumentativo por imperativo do contraditório substancial⁵⁸¹, não impõem uma decisão conforme para o juízo sucessivo⁵⁸², não possuindo, posto isso, eficácia normativa vinculante. Evidência disso é o fato de que um provimento persuasivo pode ser invocado nas manifestações da parte para indicar que esta decisão paradigma deve *não ser seguida*, de modo a exigir-se uma decisão *não conforme*⁵⁸³. Trata-se de hipótese *negativa* que simplesmente inexistente quando se opera precedentes. Quando invocado, ao revés, o precedente, em função justamente da pretensão de universalidade que alberga, é sempre *positivo*, ou seja, obriga a conformação do órgão a ele sujeito.

Por fim, vê-se que, ao definir-se objetivamente o conceito lógico-jurídico de *precedente*, automaticamente, por exclusão, pode-se identificar a categoria residual das *decisões-exemplos*, que também integram o gênero das *decisões judiciais* e que são, basicamente, decisões judiciais às quais faltam os pressupostos da pretensão de universalidade ou da interpretação operativa. Essas decisões-exemplo, por sua vez, se consideradas em plural, formam o que se tem por *jurisprudência*.

Nesse sentido, enfim marcada a distinção ontológica entre *precedente* e *jurisprudência*, torna-se defensável afirmar que é à unidade decisória da *decisão-exemplo* que se refere o art. 489, § 1º, VI ao justapor esses dois termos.

4.2 DECISÕES, PRECEDENTES E EFICÁCIA VINCULANTE

⁵⁸¹ Ônus argumentativo que decorre formalmente em razão do comando do art. 489, § 1º, IV do CPC, que submete o julgador ao dever de fundamentação analítica de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar sua conclusão. Trata-se de ônus argumentativo que serve para consagrar o contraditório em sentido *substancial*, como *direito de influência* em razão do qual, por exemplo, a possibilidade formal “concedida aos litigantes, de pronunciar-se e intervir ativamente no processo, produz a inarredável conseqüência de não se sujeitarem, passivamente, à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 178-184, 1993, p. 180). No mesmo sentido, e especificamente destacando a hipótese do art. 489, § 1º, IV como manifestação do contraditório substancial: CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 136. Cf. também MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 95, para quem a decisão invocada como paradigma constitui argumento que obrigatoriamente deve ser enfrentado pelo julgador, sob pena de nulidade.

⁵⁸² TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 12.

⁵⁸³ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 12. Por isso mesmo é persuasiva; serve de maneira a tentar influir no convencimento do julgador por construir raciocínio no sentido de que a *ratio decidendi* do paradigma é ruim e de que a norma do caso em julgamento deve ser outra, notadamente melhor.

A despeito do que se afirmou acima, de que a categoria dos *exemplos*, em regra, não possui eficácia normativa vinculante, o legislador processual brasileiro assentou, no corpo do inciso VI do parágrafo primeiro do art. 489, que padece de vício de fundamentação a decisão/sentença/acórdão que, sem demonstrar tratar-se de caso de distinção ou superação, deixa de seguir não apenas *precedentes*, mas também *enunciados de súmula e jurisprudência invocados* pelas partes.

No ponto, se, como concluído no item anterior, a *jurisprudência* a que alude o dispositivo refere-se ao agregado numérico da unidade *decisão-exemplo*, é possível sustentar, nos exatos termos do texto normativo, que não se considera fundamentado o *decisum* que *deixar de seguir*⁵⁸⁴ o provimento jurisdicional invocado pela parte em suas razões sem antes demonstrar-se ser caso de distinção ou superação, *ainda que esse provimento não seja materialmente um precedente*; é dizer, *ainda que se trate de decisão-exemplo*.

Nessa perspectiva, isso significa efetivamente dizer que os *exemplos* assumem eficácia vinculante análoga à dispensada, em lei, para os precedentes. No caso, tem-se que o art. 489, § 1º, VI, atrela a racionalidade da atividade decisória ao respeito não só aos precedentes, mas também às decisões-exemplos. E assim avulta-se o modelo de *decisões (potencialmente) vinculantes* que não pode ser ignorado, mais uma vez, sob pena de reduzir a opção dogmática da prescrição legislativa a uma inutilidade.

Mas, diferentemente dos precedentes, a eficácia vinculante dos *exemplos* é, também em razão da literalidade do texto normativo, condicionada a serem eles *invocados pelas partes* em suas manifestações processuais na exigência de igual julgamento.

Isto posto, analise-se, nesse momento, os pormenores do modelo de decisões (potencialmente) vinculantes que inevitavelmente se erige em função desse dispositivo.

⁵⁸⁴ Para usar a redação do inciso VI do parágrafo primeiro do art. 489 do CPC/15.

4.2.1 Decisões, precedentes, obrigatoriedade formal e isonomia

Em função de uma opção dogmática legislativa, as decisões que compõem a chamada *jurisprudência* recebem do art. 489, § 1º, VI do CPC/15 tratamento normativo similar ao que por ele foi conferido, em geral, aos *precedentes*.

Referido dispositivo ocupa-se da estrita eleição de um critério de racionalidade mantido por uma regra de obrigatoriedade formal. Afinal, em razão dele, decisão que deixa de seguir *jurisprudência* invocada pela parte é considerada, por lei, não fundamentada, e se é decisão não fundamentada, certamente não é racional. Por isso, por imposição legal, de modo a atender a critério de racionalidade *formalmente* (leia-se: legalmente) definido pelo comando normativo, o julgador *obrigatoriamente* não pode *deixar de seguir a decisão-exemplo* invocada pela parte, razão pela qual trata-se aqui, então, de *obrigatoriedade formal*.

Assim, ao contrário do que normalmente ocorreria com a indicação de uma mera *decisão*, de um *exemplo*, de uma “jurisprudência” (como comumente se diz), que, como anota Taruffo, “não sugere, e muito menos impõe uma ‘decisão conforme’”⁵⁸⁵, o legislador brasileiro optou, por meio do dispositivo em questão, justamente pelo contrário: que se imponha ao juízo sucessivo dever de observância a *decisão-exemplo* (=“jurisprudência”) invocada pela parte, exceto se o julgador verificar tratar-se de hipótese de superação ou distinção, tal como ocorre com os precedentes. Em outras palavras, o dispositivo concedeu caráter vinculante também às decisões judiciais que não podem ser consideradas *precedentes em sentido material*.

Dessa forma, a necessidade se observar decisões-exemplo⁵⁸⁶ impera em função da *escolha formal* para que *racionalidade* signifique que a própria *justiça do caso concreto* seja a mesma para casos *substancialmente* iguais. E isso, define o CPC/15, deve ocorrer a despeito de a decisão judicial paradigma ser um precedente ou não, vez que opta ele por estender efeito vinculante também a provimentos jurisdicionais em que não se decide com pretensão de universalidade, ou, ainda, em que não se

⁵⁸⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 12.

⁵⁸⁶ Isto é, a decisão judicial que não se reputa precedente em sentido material.

tenha decidido a partir de interpretação operativa. Com efeito, essa espécie de provimento pode até não configurar uma decisão-precedente (em sentido material), principalmente por não ser proferida com pretensão de universalidade formulada no contexto de uma atividade interpretativa operativa e racionalizante, cingindo-se, ao revés, à justiça do caso concreto paradigma, como já dito; mas pode, como normalmente ocorre, ser invocada para demonstrar tratar-se o caso em julgamento e o caso paradigma de hipóteses que merecem a mesma tutela ou, enfim, a mesma resposta do Judiciário, tão somente em função de serem hipóteses *substancialmente iguais*⁵⁸⁷ e sujeitas à mesma ordem jurídica.

Note-se, então, que, agora, *o fundamento é a igualdade*, diferentemente do que se verifica com os precedentes, cuja vinculatividade tem por fundamento último a universalidade (que não se confunde com a igualdade, muito embora a albergue⁵⁸⁸). *Aqui, a isonomia impõe que o julgador do caso-atual não decida de modo distinto, sob pena de involuntariamente afirmar que ou sua decisão ou a decisão paradigma é injusta*⁵⁸⁹. Aqui, portanto, assume-se que a *isonomia* garantida pela Constituição Federal no *caput* de seu art. 5º não significa apenas a igual submissão a um mesmo corpo de normas jurídicas, mas exige que o próprio Direito aplicado por obra dessas

⁵⁸⁷ Vale aqui novamente ressaltar a necessidade de substância no que se considera igualdade ou diferença, por princípio formal de justiça. Isso porque não basta tratar de igualdade ou diferença, mas de igualdade e diferença *relevante*. Afinal, tratar casos como iguais ou diferentes requer que se estabeleça um motivo ou princípio para o tratamento dispar ou análogo. Conforme explicita Neil Duxbury: "(...) there is no substantive justice in determining, for example, that all white people should be treated alike because they are white. Demonstrating the likeness of cases means settling on a principle to govern their treatment: for example, if we decide that anyone who satisfies a particular definition of poverty deserves special welfare entitlements, then A and B, claimants in different cases but both fitting the definition of poverty, should be entitled to the same treatment." (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 175).

⁵⁸⁸ Cf., a respeito, o tópico 1.2.2.

⁵⁸⁹ Esse problema não escapou a Pontes de Miranda (1892 – 1979), que afirmou: "*Se alguma sentença ou outra decisão, que se não haja de considerar sentença, diverge de outra, em qualquer elemento contencioso relativo à incidência ou à aplicação de regra jurídica, uma delas é injusta*, porque se disse a no tocante a uma das demandas e b, talvez mesmo não a, a propósito da *quaestio iuris*, ou das *quaestiones iuris*, que em ambas aparecem. Tem-se de evitar isso, e aí está a razão de algumas medidas constitucionais ou de direito processual que têm por fito corrigir ou evitar a contradição na jurisprudência." [grifos nossos] (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. VI, p. 3). Similarmente: TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização da jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 104, p. 194-218, 2001, p. 195. Relevante para o raciocínio também é o seguinte trecho de Schauer: "The idea of fairness as consistency forms the bedrock of a great deal of thinking about morality. Whether expressed as Kantian universalizability, as the decisions that people would make if cloaked in a Rawlsian veil of ignorance about their own circumstances, or simply as The Golden Rule, the principle emerges that *decisions that are not consistent are, for that reason, unfair, unjust, or simply wrong.*" [grifos nossos] (SCHAUER, Frederick, Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, n. 39, 1987, p. 595-596).

normas seja o mesmo em toda extensão do território em que vigente⁵⁹⁰, isto é, a isonomia não pode se reduzir à *igualdade perante a lei*, como também deve compreender a ideia de *igualdade na aplicação do Direito*⁵⁹¹, no sentido de *igualdade na tomada de decisões*⁵⁹².

Por isso, ao se defrontar com *decisão-exemplo*, com “jurisprudência” (por assim dizer), *invocada pela parte em suas razões processuais*, o juiz deve, por imperativo legal, *seguir* o entendimento pretérito. Sua alternativa para *deixar de segui-lo* é demonstrar que os casos não são de fato substancialmente iguais (*distinguishing*) ou que o entendimento foi superado (*overruling*)⁵⁹³. Não pode, pois, à semelhança do que ocorre quando diante de precedente, decidir conforme julgar ser a solução passada no paradigma boa ou ruim, acertada ou incorreta. Não demonstrando ser o caso de uma dessas duas hipóteses e ainda assim optando por desconsiderar o julgamento levantado pela parte, o julgador acabará por romper com critério de racionalidade elegido pelo próprio ordenamento (art. 489, § 1º, VI) e sua decisão será considerada não fundamentada e passível de impugnação pela via recursal: serão oponíveis embargos de declaração (art. 1.022, parágrafo único, II) voltados a compeli-lo a proferir nova decisão, agora adequada ao parâmetro de racionalidade fixado em lei⁵⁹⁴; caso isso não ocorra, haverá *error in iudicando* e será cabível o manejo de agravo,

⁵⁹⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 168.

⁵⁹¹ Afinal, a isonomia constitucional refere-se apenas a igualdade perante a lei (*rectius*: texto legal) ou, principalmente, a igualdade em função da norma julgada? (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27).

⁵⁹² Similarmente: MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 168. No mesmo sentido, segundo Marinoni, “partindo-se da premissa – fundante do Estado de Direito – de que os homens são iguais perante a lei e os tribunais – e, portanto, diante das suas decisões –, torna-se um paradoxo admitir que pessoas iguais, com casos iguais, possam obter decisões diferentes do Judiciário.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 150).

⁵⁹³ Aqui, observa-se a mesma lógica descrita no tópico 2.6, com a exceção do que se discutirá no tópico 4.4.

⁵⁹⁴ Para o caso dos embargos de declaração voltados tão somente a obrigar o julgador a aplicar uma decisão-exemplo, é válido o alerta de Lucas Buril de Macêdo, muito embora o autor refira-se ao caso específico dos precedentes, no sentido de fontes do Direito (precedente em sentido amplo): “É essencial que os recursos possam ser veiculados com a expressa função de forçar a aplicação de um precedente ou mesmo de rediscuti-lo. Caso contrário, o debate judicial funcionará, muito embora falsamente, a partir das premissas de que o único elemento que vincula é a lei e de que a referência a ela é suficiente para a construção adequada das normas jurídicas, o que reduz a potencialidade construtiva e protetiva do processo judicial.” [grifos nossos] (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 406).

apelação ou recurso especial e extraordinário por violação ao art. 489, § 1º, VI⁵⁹⁵. Quanto a isso, como um dos pressupostos para que haja que se falar em eficácia vinculante formal de uma decisão judicial é a prescrição de instrumento técnico de controle de sua estabilidade e aplicação⁵⁹⁶, a previsão do cabimento de embargos para a hipótese de descumprimento do art. 489, § 1º, VI – e, como consectário do não acolhimento dos embargos, a possibilidade de interposição do recurso pertinente – serve para ultimamente confirmar e efetivamente concretizar a obrigatoriedade conferida pelo CPC/15 às decisões-exemplos invocadas pelas partes⁵⁹⁷.

Ao final, é mirando na isonomia que o Código de Processo Civil de 2015 vale-se, para além de seu modelo dogmático de precedentes, de um modelo de decisões-exemplo (potencialmente) vinculantes que objetiva combater a dispersão e a arbitrariedade no Judiciário, qualquer que seja o órgão julgador.

4.2.2 Decisões, precedentes e potencial eficácia vinculante

Diferentemente dos precedentes, todavia, as *decisões-exemplos* não comportam a obrigatoriedade racional orgânica à pretensão de universalização por si só apta a vincular o juízo sucessivo.

Ao contrário disso, define também o art. 489, § 1º, VI do CPC/15, a *“jurisprudência” só será vinculante se manifestamente invocada nas razões processuais da parte*, de modo a demandar que o Judiciário mantenha um dever de coerência funcional quando confrontado com a necessidade de dispensa específica de justiça para um caso substancialmente similar ao do paradigma invocado. Daí porque tratar-se de decisões *potencialmente* vinculantes.

⁵⁹⁵ Expondo exatamente o mesmo raciocínio, muito embora limitando-o aos precedentes (vinculantes, na terminologia do autor), cf. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 140.

⁵⁹⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 343.

⁵⁹⁷ No ponto, recorde-se, como já afirmado no tópico 2.5, que a existência de eficácia vinculante é atrelada à garantia de sanção por descumprimento (no caso, da norma provinda do art. 489, § 1º, VI), sendo a previsão de recurso instrumento para impor sanção por sub-rogação em razão da violação da norma. Sobre isso, cf. BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 129-132.

O precedente (i) é automaticamente vinculante porque é proferido com pretensão de universalidade e porque almeja, por deter essa qualidade, precisamente a unificação do Direito a partir da vinculação horizontal e vertical de seus destinatários. A sua vinculatividade independe da manifestação da parte, podendo (e devendo) ser ele trazido a lume de ofício pelo juízo sucessivo⁵⁹⁸⁵⁹⁹, caso aplicável na hipótese.

Já a decisão-exemplo (ii), porém, é desprovida dessas qualidades, e quanto a ela a lei somente atribui caráter vinculante se especificamente levantada pela parte no intuito de coibir que se tratem hipóteses iguais de modo distinto. Sua obrigatoriedade não é, assim, racional⁶⁰⁰ (decorrente do princípio da universalização inerente aos precedentes em sentido material), mas deriva de estrita eleição da lei por conferir-se eficácia vinculante também a essas decisões-exemplos caso não haja que se falar em distinção ou superação.

Explanado mais especificamente, o precedente (i) é vinculante porque em razão da pretensão de universalidade e de sua autoridade ele se reputa fonte do Direito: dá origem a textos por meio dos quais se percebem normas gerais. Sua eficácia vinculante é, então, *normativa*.

Por outro lado, a decisão-exemplo (ii) também é *normativa*, mas apenas no sentido de que consiste na aplicação de uma norma geral por parte do julgador que, com isso, conseqüentemente produz a norma de decisão (norma *individual e concreta*⁶⁰¹) no

⁵⁹⁸ Nesse sentido: MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 203

⁵⁹⁹ Ainda assim, se for o caso de se decidir com base em precedente sobre cuja pertinência ao processo as partes ainda não tiveram a oportunidade de arrazoar, deve o julgador intimá-las para manifestação, por força do contraditório substancial e, especificamente, por força do art. 10º do CPC/15. A respeito, recorde-se, com Alvaro de Oliveira (1942 – 2013), que “mesmo a matéria que o Juiz deva conhecer de ofício impõe-se pronunciada apenas com a prévia manifestação das partes, [sob] pena de infringência da garantia.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 178-184, 1993, p. 181).

⁶⁰⁰ Sobre obrigatoriedade legal e obrigatoriedade racional (princípio da universalização), cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 349.

⁶⁰¹ “A interpretação/aplicação/concretização do direito pelo órgão jurisdicional é um fenômeno que percorre um caminho, desde o *texto normativo* até a *norma de decisão*. Ocupa-se, basicamente, de três etapas que, porém, ocorrem simultaneamente. A primeira é a compreensão do *texto*, da realidade conjuntural e dos fatos sobre os quais o direito deverá se manifestar. A segunda é a produção da *norma jurídica* (geral e abstrata) a partir desses elementos textuais-normativos e conjunturais; esta *norma* é a *norma jurídica* por excelência, que constitui o ordenamento jurídico e que é construída em função da moldura do direito positivo e sempre dentro dela. A terceira etapa é propriamente a aplicação da norma jurídica mediante a afirmação da *norma de decisão*, que resolve a situação fática em que se embasa o

dispositivo do ato decisório. É “vinculante”, então, somente para as partes envolvidas no processo. No entanto, ocorre que o art. 489, § 1º, VI do CPC/15 determinou, por critério de racionalidade, que uma vez que uma parte apresentar a solução concreta de outro processo em um caso com similitude substancial de fatos e de questão jurídica⁶⁰², a este caso também deverá ser dada a mesma resposta institucional que o Judiciário outrora deu no julgamento do processo passado, de modo a no caso-atual produzir-se norma individual e concreta que resolva a questão da mesma forma como resolvida anteriormente. Note-se, nesse caso, que o ato decisório do julgamento paradigma não promove texto normativo em razão do qual se aplicaria norma *geral*, porquanto, por nele não haver pretensão de universalidade, suas *razões determinantes* não são universalizadas em primeiro lugar, como ocorre com o precedente. Não obstante, por opção do art. 489, § 1º, VI, ele será *vinculante* porque, enquanto ato decisório em sua inteireza (unidade fático-jurídica e dispositivo), concebe-se, por critério de coerência – ou melhor, de justiça formal –, como a resposta cabível para aquele tipo de questão até que haja precedente que resolva a controvérsia interpretativa. O Judiciário, afinal, enquanto instituição, não pode dar respostas díspares para as mesmas questões.

Neste particular, em síntese, tem-se que o precedente *(i)* será *vinculante* porque dele (por ser texto dotado de autoridade) se aplicarão *normas gerais*. Diferentemente, a decisão-exemplo *(ii)*, a *jurisprudência*, no sentido que deu-se-lhe neste trabalho, será *(potencialmente) vinculante* em virtude de uma opção jurídico-positiva por um critério de coerência/justiça formal, não por configurar texto normativo do qual pode-se aplicar *normas gerais*. Com efeito, a *eficácia vinculante* tem conteúdo distinto em um e outro caso. Usa-se o mesmo termo apenas para conotar que o juízo subsequente está obrigado a precedentes/decisões passadas. Mas, no primeiro caso, essa vinculação é *normativa*, no segundo caso não (muito embora a opção por essa vinculação ser uma opção *normativa formal*). A decisão-precedente produz norma individual e

caso concreto.” [GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 34-35].

⁶⁰² É curial ressaltar que, tal como no caso dos precedentes, o exercício de cotejo apto a demonstrar a necessidade de simetria na solução judicial deve preocupar-se “em demonstrar/justificar a identidade de casos não somente pelas características fáticas, mas pela similitude de problemas de direito”, de “questões normativas”, de modo a privilegiar não apenas a “relação incindível” da solução passada com os fatos, mas, ao mesmo tempo, tonifica-la “pela importância jurídica da solução.” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 331).

concreta que resolve a questão enfrentada (dispositivo, portanto) e que tem relação com o instituto da coisa julgada⁶⁰³, mas, ao mesmo tempo, também engendra norma *geral* que integra as fileiras normativas do Direito positivo⁶⁰⁴. A decisão-exemplo, ao contrário, somente concebe norma individual e concreta que resolve a questão julgada. Entretanto, a lei elege que se a própria solução concretizada em caso anterior (essa norma individual e concreta) for invocada em um julgamento posterior relativo a fatos e a questão substancialmente iguais, deve essa mesma solução constranger a atividade decisória do julgador deste caso posterior.

Dessa forma, o CPC/15 confere tratamento semelhante ao dos *precedentes* às decisões que compõem a categoria da *jurisprudência*, tornando-as potencialmente vinculantes acaso sejam invocadas pelas partes no processo, não por serem *precedentes* (e, portanto, por carregarem pretensão de universalidade), mas tão somente por juízo de estrita isonomia decorrente da escolha legislativa.

Por conseguinte, virtualmente qualquer decisão colegiada (como, por exemplo, os acórdãos de turmas/câmaras/seções comuns de tribunais locais, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça), pode, à semelhança do que ocorre com os precedentes, dotar-se de caráter vinculante, *mas se, e somente se, oposta pela parte em suas manifestações processuais na exigência de uma decisão conforme pelo juízo sucessivo*. Essa é a inexorável conclusão que se deve obter, para bem ou mal, da interpretação do art. 489, § 1º, inciso VI do Código de Processo Civil de 2015.

4.2.3 Decisões, precedentes, argumentos e eficácia vinculante

Sob outro enfoque, poder-se-ia dizer que a previsão do art. 489, § 1º, VI refere-se, ao invés de eficácia vinculante, a um ônus de enfrentar as decisões-exemplos invocadas

⁶⁰³ É importante não confundir a eficácia da coisa julgada (especialmente nos casos em que essa coisa julgada é *erga omnes*) com a eficácia vinculante do precedente. A eficácia da coisa julgada está para a norma de decisão, referente ao dispositivo; a eficácia vinculante está para a norma do precedente, relativa à *ratio decidendi* que a partir desse precedente se aplica. Inclusive, uma mesma decisão pode referir-se, ao mesmo tempo, a coisa julgada *erga omnes* e a eficácia vinculante (precedente), como comumente acontece com decisões de (in)constitucionalidade em controle de constitucionalidade concentrado/abstrato. A respeito, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 187 e MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 368-376.

⁶⁰⁴ Exatamente nesse sentido, cf. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 86, 171 e 176.

pelas partes enquanto meros argumentos⁶⁰⁵, ou seja, *poder-se-ia dizer que o dispositivo em questão erige a obrigatoriedade de enfrentar a decisão-exemplo, não a obrigatoriedade de segui-la*⁶⁰⁶.

Não obstante, a despeito de essa ser uma interpretação válida e calcada em pressupostos corretos⁶⁰⁷, tem-se que pensar dessa forma acaba não só por desprestigiar a prescrição legislativa, mas também por invariavelmente subverter o texto normativo.

Há duas razões para assim afirmar-se.

A primeira revolve a circunstância de que o dever de fundamentação analítica e, conseqüentemente, o ônus imposto aos juízes por lei, de enfrentar os fundamentos invocados pelas partes em suas manifestações processuais, já está previsto no mesmo art. 489, § 1º, mas agora no inciso IV⁶⁰⁸. Logo, conceber o inciso VI desse

⁶⁰⁵ Para Marinoni, o “precedente persuasivo” (leia-se: decisão-exemplo) invocado constitui argumento da parte que, simplesmente por isso, reclama ser apreciado pelo julgador, sob pena de nulidade da decisão (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 95). Marinoni, porém, é da opinião de que o julgador pode negar o fundamento da decisão anterior, diferentemente, afirma, do que ocorre quando se trata de precedente. Ou seja, para o autor, as decisões-exemplo, não obstante demandarem enfrentamento quando levantadas como paradigma decisório, não possuem eficácia vinculante. Até por essa razão são por ele chamadas de *precedentes persuasivos*. Sua força, então, se restringiria à de *argumento* que reclama ser considerado pelo juiz por exigência do contraditório substancial.

⁶⁰⁶ Assim, cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 372.

⁶⁰⁷ Afinal, não fosse a escolha percebida no inciso VI do dispositivo, de conferir eficácia vinculante também àquilo que não é precedente, é inquestionável que os *exemplos* invocados pelas partes se poriam enquanto meros argumentos que, em razão da garantia do contraditório, deveriam ser enfrentados, ainda que não vinculassem a atividade do julgador. Esse é, inclusive, justamente um dos pontos de distinção entre o *precedente* e o *exemplo* que destaca Taruffo, como já demonstrado (TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. *Civillistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 11-12). Sobre o assunto, e atrelando a existência de eficácia vinculante de uma decisão à obrigatoriedade de seu uso na fundamentação das decisões judiciais, cf. BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 129-133.

⁶⁰⁸ Com o que poder-se-ia talvez especular que esse ônus argumentativo, por si só, levaria à eficácia vinculante de virtualmente qualquer decisão invocada pela parte como argumento, seja precedente ou não, exceto nos casos de distinção ou superação. Do contrário, o julgador acabaria por automaticamente romper com a racionalidade da atividade judicial, já que o Judiciário, enquanto instituição, estaria tratando situações substancialmente iguais de maneira distinta, ainda que sujeitas à mesma ordem jurídica. Afinal, como afirma Zaneti Jr., a eficácia vinculante dos precedentes decorre da pretensão de universalidade, que “exige que os juízes dos casos-futuros tenham, a partir da adoção de um *pesado ônus argumentativo* decorrente da regra da universalização, o dever (normativo) de seguir os precedentes de forma adequada, afastando a presunção a favor do precedente, quando o caso deva ser julgado de forma diferente” (*O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos*

artigo também como a instituição de ônus argumentativo, e não de eficácia vinculante, serve, para além de esvaziar o texto normativo, para presumir que ele não é mais do que uma repetição daquilo que já foi previsto por inciso antecedente do mesmo dispositivo.

Segundamente, essa interpretação subverte o texto dado que ignora as escolhas semânticas do legislador. O comando textual é específico ao eleger o termo *deixar de seguir* como forma de constranger o julgador do caso-atual. Crer que essa expressão não denota uma obrigatoriedade de seguir-se precedente, enunciado de súmula ou jurisprudência, mas define ser meramente necessário enfrentar o argumento da parte é opção interpretativa que ultrapassa as lindes dos sentidos das palavras contidas no texto que compõe referido dispositivo normativo.

De mais a mais, a compreensão do art. 489, § 1º, VI como autor da eficácia vinculante da “jurisprudência”, em interpretação teleológica, coaduna com outros dispositivos que constituem o estatuto normativo, notadamente o art. 926, que situa o CPC/15 no contexto da valoração da racionalidade da atividade do Judiciário.

Nesse sentido, pois, de fato há previsão para que decisões invocadas pelas partes como paradigmas devam ser apreciadas pelos julgadores. Mas essa previsão decorre do art. 489, § 1º, IV do CPC/15. O art. 489, VI, à sua vez, trata de eficácia vinculante, fixa critério de racionalidade da atividade jurisdicional ao impor hipótese de obrigatoriedade formal.

4.2.4 Cotejo analítico e eficácia vinculante

Um ponto que ainda deve ser destacado e que merece especial observação refere-se a como a decisão-exemplo invocada deve ser utilizada nas razões processuais da parte para que seja possível conceber qualquer eficácia vinculante.

formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 360-361, grifos no original). Se isso é verdade, não seria o *pesado ônus argumentativo* instituído pelo dever de fundamentação analítica capaz de também conferir eficácia vinculante àquilo que não é materialmente um precedente, i.e., um exemplo? O raciocínio é interessante, mas escapa aos confins da proposta deste trabalho e, por isso, fica refém de uma análise posterior.

A ressalva é importante na medida em que se costuma observar na praxe judiciária a utilização tanto de precedentes quanto de “jurisprudências” elencando-se um sem-número de ementas e enunciados de súmula descontextualizados, sem qualquer discriminação dos fatos e da argumentação que orientaram o resultado alcançado pelos julgamentos arrolados ou pelos precedentes que estão à base das súmulas transcritas.

Essa prática, para além de hostilizar o destinatário, não tem o condão de fazer valer eficácia vinculante, seja de decisão-exemplo ou de precedente invocados pela parte.

É que a argumentação fundada tanto em precedente quanto em exemplos presume uma *comparação* entre o caso em julgamento e o caso que com ele supostamente guarda alguma relação⁶⁰⁹. Do contrário, ignora-se o próprio pressuposto lógico para avaliar se duas coisas são semelhantes: por uma ao lado da outra em primeiro lugar.

No caso do precedente, lembra-se que não é ele (no sentido amplo – de *texto que carrega ratio decidendi* [precedente em sentido estrito]), sua ementa ou súmula⁶¹⁰ que é deveras vinculante, nem tampouco o resultado do julgamento, mas a *ratio decidendi*⁶¹¹ percebida pelo juízo sucessivo (caso-atual) quando da análise da

⁶⁰⁹ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 100.

⁶¹⁰ A respeito das ementas e das súmulas, é pertinente o comentário de que “o fato de as Cortes pretenderem sintetizar o precedente em um conjunto de palavras canônicas não tem o condão de reduzir sua interpretação a esse conjunto de palavras. Quem quer que seja chamado a aplicar o precedente deve se impressionar menos com a redação da tese jurídica, e mais com o modo pelo qual a Corte considerou os fatos e desenvolveu o direito mediante a argumentação, que é a verdadeira *ratio*.” (SANTOS, Ramon Ouais; PUGLIESE, William Soares. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 272, p. 375-396, out. 2017, p. 393).

⁶¹¹ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016, p. 370. Cf. também STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 41.

decisão-precedente⁶¹²⁻⁶¹³. Ela, a *ratio decidendi*, é norma jurídica (no caso dos precedentes), o resto não. Sua identificação, portanto, é imprescindível para que se constate o que do precedente de fato é *norma* e, assim, *vinculante*. À sua vez, esse exercício de identificação e de subsequente aplicação da *ratio decidendi* inevitavelmente perpassa a análise da sintonia entre os fatos do precedente e da causa em julgamento. “Em outras palavras, demanda a *individualização dos pressupostos fático-jurídicos essenciais* que dão vida aos casos e a *busca por semelhanças ou distinções relevantes*”⁶¹⁴. Com efeito, ao alegar que um precedente é aplicável a parte simultaneamente assume um compromisso. Deve, *em primeiro lugar*, identificar a *ratio decidendi*, especificando qual crê ser o conteúdo normativo geral da decisão e as razões que motivam sua interpretação acerca desse conteúdo⁶¹⁵. Mas não só. Não basta precisar *qual é a ratio decidendi*, *qual é a norma geral* provinda do precedente. Impende ainda demonstrar que referida norma é aplicável na causa em julgamento. Deve a parte, assim, *em segundo lugar*, apontar a identidade substancial de fatos havida entre um e outro caso⁶¹⁶. Só após isso é possível dar vazão à eficácia vinculante nata ao precedente.

Já no particular das decisões-exemplos, algo similar certamente deve se suceder. Em verdade, aqui talvez especialmente, deve-se haver imprescindível cotejo analítico capaz de atestar a similitude em substância havida entre o caso em julgamento e o

⁶¹² “Uma *rule* é criada para futuros casos quando ocorre de chegar ao Judiciário um ‘*case of first impression*’, ou seja, um caso que deva ser decidido sem que lhe aplique precedente algum: um caso novo. O que será a *ratio decidendi* neste caso (= *rule*) pode ser determinado expressamente na decisão. Mas o que usualmente ocorre é que a *rule* é definida na decisão subsequente.” (ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes e evolução do direito. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 44). Similarmente: “Cumprir esclarecer que a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 9, n. 54, p. 5-36, 2013, p. 29).

⁶¹³ “(...) nenhum caso é intrinsecamente similar a outro, sendo a individualização dos elementos relevantes num e noutro caso matéria confiada à valoração e à decisão *do intérprete encarregado de aplicá-lo* [o precedente].” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 100, grifos nossos). Quanto a essa discussão cf. CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm a posteriori. *Verständnis Law Journal*, Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, 2018.

⁶¹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 100, grifos no original.

⁶¹⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 392.

⁶¹⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 392.

caso paradigma, de modo a justificar a imposição de uma mesma justiça para ambas as causas.

Em uma e outra hipótese, de fato, deve realizar-se um exercício semelhante ao exigido, por exemplo, quando da interposição de Recurso Especial com fulcro em dissídio jurisprudencial. Nessas circunstâncias, tal como se julga ser imperativo no uso de precedente ou de decisão-exemplo, a parte é obrigada a analiticamente traçar a analogia existente⁶¹⁷ entre o caso da decisão invocada e o caso-atual e a identificar os fundamentos determinantes do paradigma de modo a justificar a necessidade de igual decisão por parte do Superior Tribunal de Justiça.

Se não há cuidado nesse sentido jamais se constata a suposta analogia e tampouco se examina o percurso argumentativo do juízo pretérito, o que, a sua vez, torna impossível demonstrar a vinculatividade, seja do precedente, seja da decisão-exemplo invocada, e de nada servem as multifárias ementas enumeradas além de potencialmente incutir antipatia em quem se depara com elas. Se quem vê ementa, não vê precedente⁶¹⁸, vale o mesmo no caso das decisões que não são precedentes, mas que ainda assim são opostas na exigência de igualdade na aplicação do Direito.

Ao mesmo tempo, é preciso ter em mente que demandar da parte um cotejo analítico ao invocar-se precedente ou decisão-exemplo “é a simétrica contrapartida ao dever de fundamentação analítica dos juízes”⁶¹⁹ a que se aludiu no tópico anterior (art. 489, § 1º, especialmente incisos IV e V do CPC/15). Dito de outro modo, o CPC/15, ao exigir a *fundamentação analítica do julgador*, reflexamente exige a *argumentação analítica* das partes⁶²⁰. Mais do que isso, essa exigência decorre do ônus que tem o

⁶¹⁷ Conforme afirma Aleksander Peczenik (1937 – 2005) “*la forza normativa del precedente in quanto tale è la forza dell’analogia tra i casi: casi analoghi dovrebbero essere risolti in modo simile*”. (PECZENIK, Aleksander. Sui precedenti vincolanti de facto. *Ragion Pratica*, Bologna, n. 6, p.35-43, 1996, p. 37). Ou seja, e isso também vale para as decisões-exemplos: quanto mais forte for a analogia entre as hipóteses, tão maior será a necessidade de uma decisão conforme. No caso das decisões-exemplo, por óbvio, o esforço da constatação dessa analogia deve advir da parte.

⁶¹⁸ Cf. SILVA, Sandoval Alves da. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil – estudo sobre o projeto do novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 3, p. 211-238.

⁶¹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 101.

⁶²⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 393.

autor de alegar, na petição inicial, sua causa de pedir (art. 319, III do CPC/15), e do ônus que tem o réu de alegar, em contestação, toda sua defesa devidamente pormenorizada (art. 336 e 341 do CPC/15)⁶²¹. Em razão desse ônus imposto a autor e réu, o julgador pode, inclusive, intimar uma ou outra parte para indicar as *precisas* razões pelas quais o precedente ou a decisão-exemplo foram invocados e *exatamente o que* justifica sua aplicação na hipótese da causa em julgamento⁶²².

Portanto, em esforço de síntese, ao aludir a precedente ou decisão-exemplo, autor e réu assumem, conseqüentemente, “o ônus de particularizar os casos invocados, mostrando analiticamente as semelhanças relevantes, não bastando a simples transcrição de ementas ou trechos pinçados aleatoriamente”⁶²³ dos inteiros teores dos julgamentos⁶²⁴.

Dito tudo isso, assente-se que o verbo *invocar* utilizado pelo artigo 489, § 1º, inciso VI do CPC/15 certamente tem outro sentido que não o de uma despreocupada utilização de enxerto jurisprudencial pretensamente convencedor, que quiçá nem lido será. Ao revés, demanda da parte um acurado cotejo analítico entre o paradigma que se pretende ser seguido e o caso-atual, para que somente assim se possa vislumbrar qualquer razão para justificar a eficácia vinculante instituída em lei.

4.3 DECISÕES, PRECEDENTES E EFICÁCIA VINCULANTE INTERESTADUAL

A conclusão no sentido de que a partir do art. 489, § 1º, VI do CPC/15 é possível falar-se em potencial caráter vinculante de decisões até então encaradas como simples

⁶²¹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 100.

⁶²² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 100-101.

⁶²³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 100.

⁶²⁴ Ou, segundo a síntese de Lucas Buriel de Macêdo: “Caso o autor, na inicial, limite-se a colacionar ementas, ele não cumpre o seu ônus de alegar, pelo que o juiz não precisará rebater um a um os precedentes cujas ementas foram copiadas. Realmente, para a incidência do art. 489, § 1º, do CPC, especialmente seus incisos V e VI, não é suficiente meramente suscitar o precedente. O CPC, ao exigir uma fundamentação analítica dos julgadores, reflexamente, exige também uma argumentação analítica também das partes, notadamente quanto aos precedentes citados nas peças processuais, que devem vir acompanhados, cada um deles - ou, ao menos, cada uma das *rationes decidendi* levantadas -, de arrazoado específico, no qual é essencial a identificação da *ratio* e a demonstração de sua pertinência para a solução do caso.” (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 393).

exemplos pode conduzir (na verdade deve) ao questionamento de se uma decisão-exemplo proferida no âmbito de um tribunal estadual seria capaz de constranger juízes de outros estados da federação. É dizer, cumpre saber se a potencial eficácia vinculante dos exemplos se confina dentro das estruturas hierárquicas dos tribunais locais; cumpre saber se há de falar-se em uma *eficácia vinculante interestadual*. Afinal, não é incomum as partes invocarem julgados de diferentes tribunais da federação como forma de tentar induzir um julgamento idêntico. Seria possível então também considerar vinculantes essas decisões, mesmo quando proferidas por tribunal que não aquele do julgador do caso-atual?

A resposta parece ser afirmativa. Considere-se, para tanto, em primeiro ponto, que a lei não acena em outro sentido, ao contrário de como faz com precedentes. O texto do artigo 489, § 1º, inciso VI faz menção apenas a *jurisprudência*, qualquer que ela seja. O mesmo não ocorre com o artigo 927, inciso V, no qual se especifica que juízes e tribunais seguirão “a orientação do plenário ou do órgão especial [precedentes] aos quais estiverem vinculados”.

Quanto a isso, poder-se-ia objetar que o indigitado artigo 489, § 1º, inciso VI também não faz a especificação quando trata de *precedentes*, razão pela qual talvez seria lícito afirmar que, de igual maneira, precedentes de tribunais estaduais vinculariam juízes que não se situam dentro de sua estrutura hierárquica.

Entretanto, a questão é elucidada pela consideração de que o precedente, segundo a definição proposta, é construído exatamente no intuito de estabelecer um entendimento a ser distribuído de modo a permear toda a estrutura vertical e horizontal judiciária. Ele rigorosamente se confina em esquemas hierárquicos, já que essa é sua exata função vide o princípio da universalização.

Logo, o contraponto sucumbe diante da constatação de que um modelo de precedentes se funda na observância de uma hierarquia preestabelecida e bem delineada segundo a organização institucional das cortes⁶²⁵. Do contrário, não haveria

⁶²⁵ No ponto, cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 338-339, 349, especialmente quando o autor traz o exemplo estadunidense e posteriormente o contrapõe com o brasileiro para

como se prever quem estaria vinculado a quê ou a quem, e, assim, não haveria como se impor a uniformização pretendida.

A seu turno, uma decisão judicial não materialmente *precedente* não dispõe dessa característica, consubstanciando tão somente a justiça específica do caso concreto julgado. Não possui, outrossim, qualquer função nomofilática⁶²⁶, de modo que a justificativa de seu potencial caráter vinculante não é consequência racional da finalidade de conferir unidade ao Direito, mas da opção legislativa de obrigar a jurisdição, una como tal, a dispensar uma mesma justiça para casos em condição de igualdade substancial. Como, pois, o fundamento para a vinculatividade é diverso, a vinculatividade que provêm, consoante o artigo 489, § 1º, inciso VI, da invocação de “jurisprudência” não necessariamente se cinge a uma estrita organização hierárquica estadual.

Assim, enquanto precedentes se aprisionam em esquemas hierárquicos, os exemplos não. Uma decisão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo jamais será um *precedente* para um juiz do Estado de São Paulo, mas pode ser invocada como *exemplo*. E, se *exemplos são vinculantes quando invocados*, então, em sendo esse o caso, o juiz do Tribunal de Justiça de São Paulo estará conseqüentemente vinculado ao acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo por critério de obrigatoriedade racional formalmente prescrito por força do art. 489, § 1º, VI. Essa não parece ser uma escolha acidental do projeto legislativo.

No ponto, essa escolha faz mais sentido quando considerada a particular circunstância do federalismo brasileiro, no qual, dada a franca competência legislativa da União, o Direito vigente é em grande parte o mesmo em todo o território nacional. Aqui, a União concentra a competência para legislar sobre Direito Civil, Trabalhista, do Consumidor e Penal, a exemplo, de modo que essas matérias são objeto de lei federal, aplicável indistintamente a todas as unidades federativas. O Direito Trabalhista do Estado do Espírito Santo, portanto, é exatamente o mesmo que aquele vigente no Estado do Acre e, assim sendo, deve também *significar* o mesmo em

demonstrar exatamente como o precedente acaba por se aprisionar dentro da estrutura hierárquica vertical da organização judiciária.

⁶²⁶ Sobre isso, cf. o que foi dito no tópico 1.2.2.1.

ambos⁶²⁷. Há uma inflação do direito federal em detrimento do direito local, que fica limitado a matérias mais específicas. Trata-se de situação oposta à do federalismo estadunidense, por exemplo, que, ao conferir vasta competência legislativa estadual a seus estados-membros, descentraliza a atribuição de legislar sobre temas mais amplos como, notoriamente, é o caso do Direito Penal. Diante disso, oportuniza-se que o direito local dos estados seja antagônico em matérias que, no Brasil, se sujeitam à legislação federal. Nesses casos, é natural haver decisões judiciais oriundas de diferentes tribunais estaduais e conflitantes entre si sem que isso aflija a racionalidade da ordem jurídica do país, já que é da aplicação do direito local, não do direito federal, que essas cortes se ocuparão. Inversamente, a configuração do pacto federativo brasileiro, com a reunião das matérias centrais em Direito na competência do Legislativo federal, impede que no Brasil se tolere algo semelhante sem severas violações à racionalidade da atividade jurisdicional, “a menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados (...) de uma mesma lei federal”⁶²⁸. Com efeito, se (i) casos julgados em dois estados diferentes são substancialmente similares, se (ii) o direito vigente e aplicável nesses estados é o mesmo e se (iii) inexistem particularidades que diferenciam uma e outra hipótese, o desfecho, a justiça do caso concreto, deve, de igual maneira, ser a mesma. Seria uma contradição lógica, uma ofensa à isonomia constitucional⁶²⁹ e um insulto à concepção de unidade da jurisdição se a mera competência territorial estadual fosse capaz de alterar o conteúdo da lei federal interpretada⁶³⁰.

Sem embargo, isso é justamente o que ocorre no caso da chamada *jurisprudência lotérica*, que alude ao fato de não raro o jurisdicionado ter o resultado de sua demanda condicionado a para qual vara ou turma o feito for distribuído ou determinado em

⁶²⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 115.

⁶²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 115.

⁶²⁹ Mais uma vez: a isonomia constitucional refere-se apenas a igualdade perante a lei (*rectius*: texto legal) ou, principalmente, a igualdade em função da norma julgada? (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27).

⁶³⁰ Pior ainda seria admitir que o sorteio na distribuição de uma causa fosse capaz de alterar o conteúdo da lei federal interpretada, caso em que varas de uma mesma comarca julgariam distintamente casos substancialmente iguais e sujeitos ao mesmo Direito. No ponto, vale ressaltar, com Luiz Fux, que “não ressoa coerente que cidadãos residentes na mesma localidade e sujeitos à mesma ordem jurídica recebam tratamento diverso das fontes encarregadas da aplicação e da interpretação das leis.” (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1, p. 958).

função da cidade ou estado do juízo competente para julgar a causa⁶³¹. Sobre o ponto, essa *jurisprudência lotérica*, correlata ao universo de interpretações possíveis (ou impossíveis) do texto normativo, talvez até poderia ser justificada em uma perspectiva pragmática, isto é, a partir da premissa de o Direito em certo grau tolerá-la por inexistirem meios suficientemente capazes de a ela por fim ou por ser uma consequência inevitável da abertura linguística do texto em que vazado o Direito. Todavia, uma defesa nesse sentido fatalmente abandona o aspecto racional do fenômeno jurídico. Isso porque não há o que explique ser racional dois jurisdicionados de unidades federativas distintas e submetidos à mesma lei federal receberem tratamento diferenciado pelo Judiciário em situações idênticas. Não há o que explique ser racional o julgamento de causas substancialmente iguais e sujeitas ao mesmo Direito ser definido em função da competência territorial. Abandona-se, pois, a racionalidade, porque admite-se ser inevitável frontalmente ofender a mais básica noção de igualdade perante a lei e a mais elementar concepção de justiça⁶³². De fato, partindo do pressuposto “– fundante do Estado de Direito – de que os homens são iguais perante a lei e os tribunais – e, portanto, diante das suas decisões –”⁶³³, é um verdadeiro paradoxo tolerar que “pessoas iguais, com casos iguais, possam obter decisões diferentes do Judiciário”⁶³⁴.

Daí que o artigo 489, § 1º, inciso VI se apresenta como instrumento voltado a mitigar essa gritante irracionalidade. O que propõe é justamente a oposição de um entrave, um empecilho; é criar um desestímulo à prolação de soluções diferentes em casos iguais e que se sujeitam à aplicação do mesmo Direito. A ideia aqui, pois, é a de

⁶³¹ Cf. CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, p. 108-125, 2001.

⁶³² “Embora deva ser no mínimo indesejável para um Estado Democrático dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a essa situação na doutrina e na praxe brasileiras. *É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis*. A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do *civil law*, além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta da proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala de localiza metros adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante o direito.” [grifos nossos] (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 82-83).

⁶³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 150.

⁶³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 150.

promoção de *isonomia na tomada de decisões*⁶³⁵. Parte-se da premissa lógica de que, por uma opção do programa legislativo, é irracional existirem decisões dicotômicas a respeito da resolução de casos concretos substancialmente iguais e submetidos à soberania de um mesmo Direito positivo. Ou seja, a implicação do Direito positivo na resolução dos conflitos que ele foi chamado para tutelar deve ser, precisamente, *isonômica*. À vista disso, vê-se que *o estatuto procura criar mecanismo para que se dificulte a prolação de decisões não isonômicas*, e isso independentemente de em qual estado forem elas prolatadas⁶³⁶.

Dessa maneira, conclui-se, ainda, que as decisões-exemplo⁶³⁷ dos tribunais vinculam também juízos de outros estados, desde que usadas pela parte em suas razões processuais na exigência de uma decisão conforme. Nessas circunstâncias, se não demonstrada a distinção ou a superação, a decisão é considerada não fundamentada e viabiliza-se sua impugnação, seja mediante oposição de embargos de declaração, seja por meio da interposição de agravo, apelação ou recurso especial e extraordinário, conforme o caso.

4.4 DECISÕES, PRECEDENTES, DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO

Até então foi possível concluir que o inciso IV do parágrafo primeiro do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 restou por conferir às meras *decisões-exemplo* uma eficácia vinculante em potencial que é análoga à que naturalmente possuem os *precedentes*. E essa *potencial eficácia vinculante* decorre, também se viu, da composição do texto normativo, que define como *não fundamentada* (não-racional, portanto) qualquer decisão judicial que *deixa de seguir* precedente, enunciado de súmula ou *jurisprudência* invocados pela parte. Com isso, deduziu-se que esse dispositivo em particular formalmente atrela a racionalidade da atividade jurisdicional à observância a precedentes (e, assim, confirma a obrigatoriedade racional nativa ao

⁶³⁵ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 168.

⁶³⁶ Para a isonomia, “não é suficiente a vigência do mesmo corpo de normas, mas é indispensável que o direito seja aplicado igualmente em todas as regiões judiciais, ou seja, a mesma interpretação deve ser dada em diferentes localidades e independente do jurisdicionado que se apresente perante o tribunal, ressalvado algum fator juridicamente importante que enseje uma distinção” (MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 168).

⁶³⁷ Isto é, decisões não-precedentes (em sentido material).

precedente em sentido material), mas, para além disso, faz o mesmo para o caso de decisões que, apartando-se do conceito de *precedente*, agregam-se no coletivo *jurisprudência*. É o arranjo textual final do dispositivo, pois, que enseja interpretação no sentido de ter-se que admitir a *potencial eficácia vinculante* dessas *decisões-exemplo*.

Igualmente, já se destacou que o mesmo artigo dispõe a respeito das hipóteses que excepcionam o critério de obrigatoriedade racional por ele formalizado: a decisão judicial que *deixa de seguir* precedente, enunciado de súmula ou jurisprudência invocados pela parte não será considerada não fundamentada somente se “demonstrar a *existência de distinção* no caso em julgamento ou a *superação do entendimento*”. A prescrição legal reporta-se, é claro, à distinção (*distinguishing*) e à superação (*overruling*).

Ambos conceitos já foram abordados no tópico 2.6, quando se cuidou da eficácia normativa do precedente. Afinal, referem-se às únicas duas situações em que se é legítimo apartar-se da obrigatoriedade provinda da *norma* (precedente em sentido estrito) a que o precedente dá vazão. No caso da distinção, ela não incide. No caso da superação, há sua revogação.

Não obstante tratar-se de conceitos correlatos ao uso de precedentes, note-se que o art. 489, § 1º, VI do CPC/15, quando estende à *jurisprudência* o critério de obrigatoriedade racional por ele formalizado, toma também como exceções justamente as hipóteses de distinção e superação.

À vista disso, considerando que *precedentes* e as *decisões-exemplo* que formam a *jurisprudência* são ontologicamente diferentes, cumpre avaliar como a distinção e a superação se apresentam nesse último caso, e se há alguma particularidade quanto à quando são relativas a precedentes.

Esse esforço se torna ainda mais importante em função de que, como antes visto, precedentes se aprisionam em esquemas hierárquicos e as decisões-exemplos (potencialmente) vinculantes não, motivo pelo qual calha verificar se isso de alguma maneira irradia para o uso da distinção e da superação.

4.4.1 Decisões, precedentes e distinção

Recobrando o que já se afirmou a respeito da distinção⁶³⁸, importa assentar que se trata de técnica alusiva ao *teste da incidência* do precedente no caso concreto. A partir dela, quando diante de um precedente, o julgador avalia se os fatos do caso-atual se inserem na categoria dos fatos tomados como determinantes para a solução do caso-precedente. Se esse for o caso, há *incidência*. Se não for o caso, sendo os fatos do caso-atual incapazes de se incorporar à categoria de fatos que constitui o suporte fático para a aplicação do precedente⁶³⁹, ou, se for o caso, mas exista fato substancial que implique outra solução, há *não incidência*⁶⁴⁰. *Distinção*, então, remete à não incidência do precedente por circunstâncias particulares ao caso-atual que impedem haver, entre eles, identidade substancial de fatos capaz de exigir uma mesma solução⁶⁴¹.

Dito isso, tem-se que não há grandes especificidades quando do uso desse conceito no que concerne às decisões-exemplo com potencial eficácia vinculante do art. 489, § 1º, VI do CPC/15. O raciocínio é basicamente o mesmo válido para os precedentes: invocada uma decisão-exemplo, impende precisar se os fatos da causa em julgamento substancialmente se agrupam à categoria dos fatos que determinaram a solução passada no exemplo. Se esse for o caso deve-se, tal como se dá com precedentes, seguir a solução passada. Por outro lado, havendo fato substancial que justifique outra solução ou então caso os fatos do caso-atual não preencham as

⁶³⁸ Cf. o discutido no tópico 2.6.1.

⁶³⁹ O raciocínio obedece a seguinte lógica, já exposta no tópico 2.4.3: se em um precedente *P* fosse dada uma solução para a categoria de fatos *A*, e se o caso *X* tratasse de fatos pertencentes à categoria de fatos *A*, incidiria a norma do precedente *P*; ao mesmo tempo, porém, se no caso *X* o julgador encontrasse os fatos *A'*, *A''* ou *A + B*, o raciocínio analógico permitiria constatar que as razões do precedente *P* para resolver situações referentes à categoria de fatos *A* são igualmente válidas para resolver as questões relativas aos fatos *A'*, *A''* ou *A + B*. Daí, a norma incidiria também para esses fatos *A'*, *A''* ou *A + B* e, assim, a categoria de fatos abarcada pelo precedente *P* restaria ampliada. Sobre o exemplo, cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 259-260.

⁶⁴⁰ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 267.

⁶⁴¹ Sobre o assunto, cf. os já citados MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 102; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 145; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 26 e DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 114.

circunstâncias eleitas como determinantes para a solução esposada no paradigma, deve-se afastar a decisão-exemplo com base na declaração de distinção.

Apenas convém atentar para questão que se assoma diante da eficácia vinculante interestadual das decisões-exemplo, discutida no tópico 4.3.

É que, ainda que haja lei federal a vigor igualmente em todo o território nacional, podem existir particularidades regionais que motivem interpretação normativa distinta entre um estado e outro. Ou seja, diante de uma situação de desigualdade suscitada por uma particularidade regional, para os fatos julgados em um estado a mesma lei pode ser aplicada distintamente de como é em outro, porque considera-se haver circunstância capaz de distanciá-los da hipótese de incidência normativa⁶⁴². Trata-se de maneira de a igualdade formal perante a lei não prevalecer em face da isonomia material que demanda que o desigual seja tratado desigualmente no limite de sua desigualdade.

A mesma lógica cabe no que toca as decisões-exemplo. Sendo elas paradigmas da aplicação de norma jurídica em determinada circunstância concreta (que, em virtude da opção gravada no art. 489, § 1º, VI do CPC/15, impera ser seguida se invocada pela parte), a singularidade regional que afastaria a incidência dessa mesma norma certamente é suficiente para legitimar o exercício da distinção. É dizer, eventuais diferenças regionais, que talvez pudessem implicar necessidade de solução discordante para casos similares julgados em estados diferentes seriam justamente hipóteses de *distinguishing* que viabilizariam o afastamento da imposição legislativa e, conseqüentemente, da decisão paradigma de outro estado (a que o CPC/15 também conferiu eficácia vinculante). a uniformidade na aplicação do Direito deve, portanto, observar a necessidade do fornecimento de uma resposta adequada à

⁶⁴² No ponto, é prudente o alerta de Barbosa Moreira (1931 – 2017), que atesta pela necessidade de “flexibilidade interpretativa” de modo a considerar particularidades regionais, especialmente quando da tratativa de conceitos jurídicos indeterminados como “bons costumes” ou “elevado valor”, “cuja concretização se sujeite à influência de fatores culturais dificilmente redutíveis à uniformidade, sobretudo em país com as dimensões e as desigualdades do nosso.” (cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, n. 4, 2005, p. 311-312). O *distinguishing* a que se faz referência aqui, pois, certamente cuida também dessas hipóteses.

*variabilidade das condições e das atitudes sociopolíticas de determinado local*⁶⁴³. Ao final, isso importa dizer que a *distinção* das condições do local em que se pretende ver seguida uma decisão-exemplo é, não por coincidência, motivo para o julgador valer-se da *distinção*⁶⁴⁴, sob pena de o critério de obrigatoriedade do art. 489, § 1º, VI do CPC/15 servir de motor à própria irracionalidade que o dispositivo presta-se a combater.

4.4.2 Decisões, precedentes e superação

Diferentemente da distinção, a superação (*overruling*) oferece maiores desafios quando concerne às decisões-exemplo.

Sobre a *superação*, recorde-se⁶⁴⁵ que se trata da superação total⁶⁴⁶ do precedente, de modo a revogar sua eficácia vinculante para casos futuros. Isso ocorre “mediante um complexo encargo argumentativo, que envolve a demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e consistência sistêmica”, ou, ainda, ao “evidente equívoco na sua solução”⁶⁴⁷. E, por excelência, a superação só pode ser levada a cabo, em rigor⁶⁴⁸, pelo mesmo tribunal que prolatou o precedente ou, então, por tribunal situado em nível hierárquico superior. É conceito de superação que permite que se respeite a própria hierarquia que viabiliza um modelo de precedentes vinculantes. Se os órgãos vinculados pudessem superar os precedentes que são obrigados a seguir não existira vinculatividade em primeiro lugar e retornar-se-ia a um modelo persuasivo, em que as decisões pretéritas não vinculam.

⁶⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 145.

⁶⁴⁴ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 145. Ainda que o autor se refira especificamente a precedentes, seu comentário continua pertinente para o caso das decisões-exemplo.

⁶⁴⁵ Cf. o discutido no tópico 2.6.2.

⁶⁴⁶ Sobre a superação *parcial*, cf. o que foi dito, também no tópico 2.6.2, a respeito do *overriding* e da *transformation*.

⁶⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 87 e 103, respectivamente.

⁶⁴⁸ A ressalva é em razão da discussão a respeito do *anticipatory overruling*, surgido da experiência Norte Americana. Sobre o tema, cf. KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. *Fordham Law Review*, New York, v. 51, n. 1, p. 53-89, 1982; SILTALA, Raimo. *A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 123-124. Na doutrina brasileira, por todos, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 261-270.

Analogamente, transpondo a superação para o âmbito das decisões (potencialmente) vinculantes, seria lícito supor que, nesse caso, uma decisão-exemplo somente poderia ser considerada superada acaso a corte que a prolatou houvesse ultrapassado seu próprio entendimento, seja por meio de novo exemplo em sentido oposto, seja firmando precedente que a oponha, ou acaso houvesse decisão-exemplo ou precedente de tribunal hierarquicamente superior em sentido contrário. Inclusive, quanto a essa segunda hipótese, cabe advertir que, existindo precedente de tribunal superior, a corte a ele vinculada nem sequer poderia ter proferido decisão-exemplo incompatível para começar (claro, não fosse o caso de distinção e superação).

A despeito disso, impera afirmar que, novamente como consequência do fato de a potencial eficácia vinculante das decisões-exemplo não se cingir a esquemas hierárquicos em nível estadual, existe uma ressalva a ser feita para que se possa lidar com esse modelo de forma racional. Exige-se, em verdade, que se conceba um conceito de *superação* mais flexível para o caso dessas decisões (potencialmente) vinculantes, sob pena e risco de se engessar a aplicação do Direito. Também nesse ponto se distingue o caráter vinculante emprestado às decisões-exemplo. Parece sensato que, para elas, o conceito de superação seja mais amplo do que aquele dado ao *overruling* de um precedente vinculante. A sugestão para que se entenda a superação, no contexto do caráter vinculante de uma decisão-exemplo, é que baste, para a configuração do *overruling*, que o tribunal a que esteja institucionalmente vinculado o julgador do caso-atual já tenha se posicionado de forma diferente da decisão invocada como paradigma (diferentemente do que ocorre com os precedentes, em que a superação deve ser feita *exclusivamente* pelo próprio tribunal que firmou o precedente ou por tribunal hierarquicamente superior).

Se fosse de outro modo, devendo obrigatoriamente o tribunal que firmou a decisão-exemplo superá-la para que houvesse a possibilidade de o juiz de primeiro grau de outro estado ou outro tribunal afastá-la com base em *overruling*, não seriam as decisões do Supremo Tribunal Federal (matéria constitucional) ou do Superior Tribunal de Justiça (matéria de lei federal) que levariam à uniformização da aplicação

do Direito⁶⁴⁹, mas as decisões do tribunal local que decidisse primeiro. Haveria, desse modo, justamente o problema anteriormente aludido⁶⁵⁰: a formação de uma espécie de hierarquia institucional por prevenção. Assim, pretender que o tribunal local (mesmo que por seus órgãos fracionários) tenha que seguir “jurisprudência” firmada por outros tribunais estaduais e regionais significaria impedir que os órgãos colegiados locais firmem precedente e/ou a própria jurisprudência que conduziria à sua formação.

Com efeito, para a aplicação racional de uma sistemática de decisões (potencialmente) vinculantes compatível com o modelo de precedentes também previsto pelo CPC/15, deve-se conceber uma acepção mais branda para o conceito de *superação*, bastando um posicionamento do tribunal local quanto à questão objeto do paradigma para que seus órgãos institucionalmente vinculados possam alegar a superação da jurisprudência de outro tribunal.

Desse modo, no modelo de decisões (potencialmente) vinculantes do CPC/15, quando invocada uma decisão-exemplo, deve o juiz de primeira instância segui-la ou demonstrar ser o caso de distinção ou superação. Para o tribunal local vale a mesma regra. Ademais, o juiz pode demonstrar estar a decisão superada fazendo referência à existência de precedente (orientação do plenário ou órgão especial/especializado) ou decisão-exemplo de seu próprio tribunal local ou de tribunal superior. O tribunal local, por sua vez, pode superá-la firmando um precedente (orientação de seu plenário ou de órgão especial/especializado) ou outra decisão em sentido contrário, salvo se o exemplo oposto pela parte provir do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, caso em que caberá a esses tribunais, e não à corte local, a superação da decisão, ainda que segundo esse mesmo raciocínio.

No mais, outra ressalva relativa à superação deve ser feita quando da análise do modelo de decisões (potencialmente) vinculantes do CPC/15. É que pode se suceder do autor invocar uma decisão-exemplo relativa a caso substancialmente igual ao caso em julgamento, e o réu, por outro lado, invocar outra decisão-exemplo relativa a caso

⁶⁴⁹ Sobre uniformização e conferência de unidade ao Direito, cf. o que já se discutiu no tópico 1.2.2.1. Cf., também, o comentário preciso de Daniel Mitidiero sobre isso quando da distribuição das funções dos tribunais: MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 81-83.

⁶⁵⁰ Cf. tópico 4.1.2.

substancialmente igual ao caso em julgamento, mas cuja solução foi diretamente oposta àquela do paradigma levantado pelo autor. Ou seja, ambas são pertinentes para a causa em julgamento, não havendo que se falar em *distinguishing*, mas propõem soluções conflitantes. Diante dessa situação, cabe indagar a respeito de qual deveria ser a conduta do julgador do caso-atual. Nesse caso, a solução se ramifica em duas possibilidades. Na primeira, já haveria precedente ou decisão-exemplo do tribunal local ao qual o julgador do caso-atual esteja vinculado, hipótese em que prevalecerá o precedente ou o entendimento desse tribunal. Na segunda, não existindo precedente ou decisão-exemplo de seu próprio tribunal ou de tribunal superior na qual se amparar, o juiz do caso-atual deverá ele próprio proceder com a episódica superação de um ou de outro caso, fatalmente mitigando a eficácia vinculante de algum dos exemplos invocados; sem prejuízo, porém, do rompimento da racionalidade do modelo, já que apenas estar-se-ia diante de caso em que falta pressuposto para se realizar essa eficácia vinculante que é apenas *potencial*. Não obstante, nessa segunda hipótese, à parte vencida caberia a via recursal para provocar o tribunal local com vistas à obtenção de uma decisão-exemplo da corte em um ou outro sentido ou, até mesmo, em uma terceira perspectiva.

CONCLUSÕES

Como dito não há muito, este trabalho principiou do problema surgido em virtude de o texto do inciso VI do parágrafo primeiro do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 ter aludido literalmente tanto a *precedente* quanto a *jurisprudência* quando fixou um parâmetro formal para a racionalidade da atividade jurisdicional. Essa escolha na composição textual do dispositivo, no caso, permite deduzir que, afinal, *precedente* e *jurisprudência* seriam conceitos distintos, pelo menos do ponto de vista jurídico-positivo.

Diante disso, aventou-se a hipótese científica de que a pretensa distinção entre *precedente* e *jurisprudência* seria confirmada em perspectiva lógico-jurídica e que, por essa razão, o art. 489, § 1º, inciso VI do CPC/15 estaria propondo uma regra de obrigatoriedade formal que conferiria eficácia vinculante também às decisões judiciais que formam o coletivo da *jurisprudência*, similarmente como faz com os *precedentes*. Todavia, como a redação do dispositivo condiciona essa regra de obrigatoriedade à contrapartida de a decisão jurisprudencial ser efetivamente invocada pela parte no decorrer da causa em julgamento, a eficácia vinculante dessa decisão seria apenas *potencial*. Daí, ter-se-ia, então, um modelo de decisões (potencialmente) vinculantes.

Duas são as premissas centrais para essa hipótese. A maior parte do pressuposto de que o art. 489, § 1º, inciso VI, ao determinar que qualquer decisão judicial não será considerada fundamentada se *deixar de seguir* precedente ou jurisprudência invocados pela parte, institui regra de obrigatoriedade formal, que constrange o julgador do caso-atual em função de um critério de racionalidade definido em lei; trata-se de regra que conduz a eficácia vinculante, portanto. A menor parte do pressuposto de que *precedente* e *jurisprudência* são conceitos lógico-jurídicos distintos e que ambos se incluem na regra do dispositivo em questão por uma opção político-legislativa. Logo, tanto *precedente* quanto *jurisprudência* teriam eficácia vinculante em razão de uma regra de obrigatoriedade formal definidora de um parâmetro para a racionalidade da atividade judiciária.

De modo a confirmar ou refutar esse silogismo, a pesquisa se direcionou, em primeiro momento e por grande parte do trabalho, ao estudo ontológico do *precedente*. O

objetivo foi depurar seu conceito lógico-jurídico, que, uma vez definido, por exclusão levaria ao isolamento de noções a princípio congêneres. Com isso, se atenderia à premissa menor, marcando-se a clara separação conceitual entre precedente e a ideia de jurisprudência, com ele inconfundível, apesar de próxima até certo ponto.

Disso se ocupou no primeiro capítulo. Na ocasião, foi possível atestar que o vocábulo *precedente*, em Direito, é habitualmente usado em três sentidos. Primeiro, em uma perspectiva histórica, é substantivo sinônimo de *decisão judicial*, mas cujo uso denota tratar-se de decisão dada no passado que serve de referência para o futuro. Em segundo lugar, mais tecnicamente, *precedente* ganhou o sentido jurídico de *decisão judicial com a específica função institucional de unificar a interpretação do Direito e de prestar-se à sua uniformização*, razão pela qual seria, por essência, vinculante. Esse seria o *sentido amplo e próprio* de *precedente* e remeteria à ideia de precedente como *fonte de Direito*. Em terceiro lugar, *precedente* não seria propriamente o ato decisional, mas a expressão metalinguística desse ato, correspondente à norma jurídica geral em função dele, enquanto fonte, aplicável. Precedente, então, seria a norma que provém da decisão, sua *ratio decidendi*, não a decisão em si. Esse seria o *sentido estrito e impróprio* de *precedente*. Abandonando-se o primeiro sentido, porquanto anacrônico diante de uma percepção mais acurada do papel institucional da decisão-precedente no fenômeno jurídico moderno, acolheu-se os dois últimos sentidos, sem necessariamente favorecer um em detrimento do outro, dado que complementares. Apenas associou-se ao emprego da palavra *precedente* o primeiro deles, por se tratar do mais usual no cotidiano da doutrina jurídica. Quanto ao segundo, seu uso foi alertado ser sempre acompanhado da indicação de estar-se referindo ao sentido estrito do termo. Assim, de início, definiu-se *precedente* (em sentido amplo) como *espécie de decisão judicial vocacionada à unificação/uniformização do Direito e, conseqüentemente, fonte de Direito por meio da qual se aplicam normas gerais (precedente em sentido estrito)*. Em seguida, desenvolveu-se essa definição a partir de duas características distintivas. São elas a *pretensão de universalidade* e a *interpretação operativa*.

Pretensão de universalidade, viu-se, concerne ao múnus dos tribunais de, em determinados julgamentos, atender a necessidade de unificar a interpretação do Direito e uniformizar sua aplicação mediante a prolação de decisões paradigmáticas

cujas razões avocam a ficção de carregarem as únicas respostas juridicamente corretas para as questões discutidas. Refere-se, pois, às decisões proferidas em contextos nos quais o Judiciário atua de modo a conferir unidade ao Direito na medida em que constrange a hierarquia judiciária ao parâmetro decisório imposto pela corte o como presumidamente correto, outorgando-se, como consequência, maior racionalidade à função jurisdicional. *Interpretação operativa*, por outro lado, alude à atividade interpretativa exigida para que as razões das decisões que possuem pretensão de universalidade tenham o condão de propor a almejada unificação da interpretação do Direito. Afinal, diz-se que, quando decide com interpretação operativa, o julgador parte do texto normativo ou de elementos não-textuais para precisar o sentido de determinada norma jurídica enquanto, ao mesmo tempo, a essa norma adscribe sentido normativo reconstruído. Segundo esse raciocínio, o julgador estaria a *glosar* os textos legais, neles inserindo novos textos voltados à resolução de situações e questões jurídicas cada vez mais específicas. Somente no caso de haver esses dois pressupostos, concluiu-se, há de se falar que uma decisão judicial é, qualitativamente, um precedente em sentido material. O conceito lógico-jurídico de *precedente*, definiu-se enfim, é o de *espécie de decisão judicial com pretensão de universalidade e marcada por interpretação operativa que, em sendo fonte de Direito, dá vazão a normas jurídicas gerais a partir dele aplicáveis (precedentes em sentido estrito)*.

A conclusão do primeiro capítulo pressupunha a ideia de que, se o precedente necessariamente possui pretensão de universalidade e objetiva conferir unidade ao Direito, conseqüentemente todo precedente será obrigatório por um imperativo de racionalidade. Foi a necessidade de melhor compreender esse consectário do conceito de precedente que orientou o segundo capítulo, destinado a esquadriñar a extensão e a razão de ser de sua eficácia vinculante. Com esse propósito, inseriu-se o conceito lógico-jurídico de precedente antes definido na conjuntura do contemporâneo paradigma da teoria da argumentação jurídica. Nesse momento, traçou-se um breve panorama do histórico da teoria da argumentação, desde o período jusnaturalista e racionalista britânico e o paleojuspositivista e iluminista da Europa continental. Caminhou-se, portanto, da suposição da prévia determinação do Direito para a certeza de sua dupla indeterminação e, por conseguinte, para a transformação na forma de pensar o papel do Judiciário no que toca a interpretação

jurídica. Esse percurso levou à constatação da distinção entre o texto normativo e a norma jurídica, entre a disposição e a norma. Já o exame dessa distinção, a sua vez, permitiu confirmar o que antes já se havia vislumbrado no primeiro capítulo: que o precedente é na verdade *texto normativo* inserto ao ordenamento por força de uma manifestação de autoridade judiciária fundada em pretensão de universalidade. Desse modo, sua eficácia vinculante promana do fato de que, por ser texto, leva ele mesmo à aplicação de normas jurídicas gerais (precedentes em sentido estrito) cuja inobservância automaticamente pressupõe uma sanção, analogamente faz justamente a legislação. Vale dizer, a força vinculante do precedente judicial é normativa.

Tal conclusão, porém, foi ponderada pela ressalva de que a autoridade judiciária a partir qual se estabelecem precedentes é limitada pela moldura constitucional e legislativa do ordenamento, sendo as escolhas criativas que ultrapassam essas lindes, na verdade, subversão do texto, ou melhor, subversão do Direito. Posto isso, teorizou-se acerca de uma estrutura formalizada para a norma-precedente (isto é, o precedente em sentido estrito) em perspectiva hipotético-condicional capaz de evidenciar a trajetória do precedente no quadro da interpretação e aplicação do Direito e a natureza da atividade judicante nesse contexto, situada no meio termo entre a cognição e a criação.

Em sequência, fixado o conceito de precedente e compreendidos os pressupostos de sua autoridade, procedeu-se, no terceiro capítulo, a confrontá-lo com a tradição histórico-jurídica do Brasil. Desse esforço resultou uma breve análise histórica pela qual se percebeu que o fenômeno do precedente é intrínseco à manifestação do jurídico, sendo ele, na realidade, apenas institucionalmente compreendido e aceito em maior ou menor grau, conforme as necessidades do contexto social em que incidente e conforme as tecnologias teóricas da época sobre a qual se faz sua análise. Com efeito, confirmou-se a noção de que a ideia basilar de precedente, ainda que incipiente, já estava incubada desde o nascedouro da primeira república brasileira e que esse germe manteve-se perenemente ativo no desenrolar da história jurídica do país, tendo sido suas feições melhor percebidas de acordo justamente com o amadurecimento dos consensos doutrinários vigentes. Não é estranho, pois, que o Código de Processo Civil de 2015 tenha surgido como o ponto culminante dos

consensos teóricos hodiernos, que apontam para a irretratável vocação deste período para a jurisdição e para a inescusável transformação na compreensão acerca do papel do Judiciário, abandonando-se o estigma de oráculo ou de boca da lei para finalmente assumir-se sua função de intérprete que aplica um Direito equívoco e vago. Graças a essa equivocidade e vagueza, os precedentes judiciais se colocam como respostas institucionais à amplitude da abertura do Direito, encerrando os limites do discursivamente possível e, assim, conferindo maior racionalidade à sua aplicação.

Concluiu-se, nesse sentido, que o CPC/15, em resposta a esse movimento de equilíbrio e colaboração entre as funções dos Poderes de Estado, lança-se a estruturar um modelo dogmático de precedentes judiciais sustentado por regras formais de obrigatoriedade, de modo servir como motor do respeito à autoridade normativa dos precedentes judiciais que, ao final, está à base dessas regras de vinculação. Para cumprir essa tarefa, o estatuto processual inaugura um núcleo dogmático para seu modelo de precedentes, consistente, respectivamente, nos artigos 926, 927 e 489, § 1º, inciso VI. No primeiro, institucionalizou o dever de os tribunais uniformizar seus entendimentos e mantê-los estáveis, íntegros e coerentes; no segundo, definiu uma série de contextos decisórios e de técnicas de externalização de decisões cujos resultados devem ser formalmente observados na hierarquia judiciária, não perdendo, com isso, a oportunidade de tornar evidente as situações nas quais há franca probabilidade de formar-se precedentes; no terceiro, definiu ser não fundamentada qualquer decisão judicial que deixar de seguir precedente invocado pela parte sem antes demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, ou seja, atrelou a racionalidade das decisões do judiciário à observância a precedente invocado pela parte como paradigma e, como consequência, institucionalizou o próprio dever geral de se observarem precedentes. No particular da análise desse último dispositivo, atendeu-se à premissa maior, demonstrando-se claramente tratar-se de regra formal de obrigatoriedade instituidora de um parâmetro de racionalidade.

De outra parte, com base neste núcleo dogmático, permitiu-se, no momento em seguida, desenhar o modelo proposto pelo CPC/15 e também dividir seus precedentes em categorias alinhadas aos três diferentes regimes jurídicos a eles dispensados pelo estatuto: o dos precedentes normativos vinculantes, o dos precedentes normativos

formalmente vinculantes e o dos precedentes normativos formalmente vinculantes fortes.

Finalmente, sabendo-se então o que são precedentes, por que esses precedentes são obrigatórios e qual o modelo de precedentes dogmaticamente estruturado pelo CPC/15 e sob quais pressupostos ele funciona, foi possível ocupar-se da hipótese proposta. Ela foi o objeto do quarto e último capítulo. Nele, novamente advertindo-se para a literal menção do art. 489, § 1º, inciso VI a *jurisprudência*, tratou-se de enfim assinalar o discríme entre as decisões que compõem esse coletivo e os precedentes. Assim, reiterou-se que *precedente*, em sentido material, são apenas as decisões judiciais que possuem pretensão de universalidade e valem-se de interpretação operativa, avocando para si, por isso, a qualidade de fonte de Direito. Ademais, sustentou-se que todas as demais decisões judiciais, no que concerne seu uso como referência para o julgamento de casos futuros, se amontam na categoria residual dos *exemplos*, ou, para maior clareza, das *decisões-exemplo*. E essas *decisões-exemplo*, se consideradas em plural, consistem no que se conhece como *jurisprudência*. Dessa maneira, viu-se, como já vislumbrado no início do trabalho, que a distinção entre *precedente* e *jurisprudência* se confirma no plano lógico-jurídico, razão pela qual a separação de um e outro termo no art. 489, § 1º, inciso VI passa a fazer sentido. Não só passa a fazer sentido, como, em verdade, trata-se de forma de ir além de modelo simplesmente de precedentes, como à primeira vista sugere-se da interpretação do dispositivo. De fato, trabalhou-se com a ideia de que esse dispositivo daria cabo a regra que atrela a racionalidade da atividade jurisdicional não só à observância a *precedentes*, mas também às *decisões-exemplo* invocadas pelas partes como forma de exigir a manutenção de uma isonomia não perante o *Direito-lei*, mas principalmente perante o *Direito-norma julgada*. Com isso, chegou-se à conclusão de que, para bem ou mal, i.e., independentemente de se acertadamente ou não, o CPC/15 instituiu um modelo de *decisões* (não-precedentes) *potencialmente vinculantes*. Potencialidade, no caso, correlata ao fato de que, diferentemente dos precedentes, a força vinculante da decisão jurisprudencial, consoante também à categórica expressão do texto do art. 489, § 1º, inciso VI, é condicionada à circunstância de ter sido oposta pela parte durante a causa em julgamento. Depende, portanto, de ser efetivamente trazida na exigência de tratamento isonômico.

Para além disso, a análise desse modelo de decisões-exemplo obrigatórias em potencial conduziu à advertência de que a manifestação da eficácia vinculante de qualquer decisão judicial depende sempre de que a parte que a invoque proceda a um cotejo analítico entre o caso paradigma e o caso em julgamento capaz de mostrar a identidade substancial de fatos que levem à sujeição do juízo-atual à regra de racionalidade pelo referido art. 489, § 1º, inciso VI. Insuficiente, assim, a comum prática de elencar-se inúmeras emendas na pretensão de convencer o julgador. O hábito não serve para dar vazão à regra aludida. Fala-se, pois, em um dever de argumentação analítica da parte simétrico ao de fundamentação analítica imposto pelo CPC/15 ao julgador precisamente em virtude do art. 489.

Noutro giro, sustentou-se que o modelo de decisões-exemplo potencialmente vinculantes a que dá cabo o art. 489, § 1º, inciso VI não pode se aprisionar em esquemas hierárquicos em nível estadual, visto que, diferentemente dos precedentes, esse não é um dos pressupostos de sua vinculatividade, bem como não há, para seu caso, regra similar à do art. 927, V, no qual se especifica que juízes e tribunais seguirão “a orientação do plenário ou do órgão especial [precedentes] *aos quais estiverem vinculados*”. À vista disso, concluiu-se que uma decisão-exemplo proferida no âmbito de um tribunal estadual é capaz de constranger juízes de outros estados da federação. Demonstrou-se haver, nesse caso, uma eficácia vinculante *interestadual*. Só assim se preservaria a isonomia que orienta a regra propalada pelo CPC/15, evitando-se que o conteúdo da lei interpretada se altere em função da mera competência territorial ou do sorteio na distribuição do feito. Por certo, se casos iguais se submetem à mesma lei federal, não pode se admitir que essa lei tenha significado diverso em dois estados da federação, ou entre varas de uma mesma comarca, ou entre foros de uma mesma circunscrição, e assim por diante. Concretiza-se, dessa forma, uma igualdade que vai além da igualdade formal perante a lei, mirando-se a *igualdade na tomada de decisões* como meio de se promover, novamente, maior racionalidade na atividade jurisdicional.

No mais, como o art. 489, § 1º, inciso VI do CPC/15 elencou como exceções à regra os casos de distinção ou superação (técnicas afetas ao manejo de precedentes) coube indagar a respeito de se haveriam particularidades quanto às hipóteses de *departure* da obrigatoriedade das decisões-exemplo, ainda mais considerando sua

virtual eficácia vinculante interestadual. Quanto a isso, deduziu-se que, aqui, a lógica para a aplicação da distinção ou da superação é, em um primeiro momento, a mesma quando a quanto se refere a precedentes. Todavia, no particular da distinção, será necessário considerar as particularidades regionais entre os locais em que a lei interpretada é aplicada também como hipóteses de *distinguishing*. Já no caso do *overruling*, para que o modelo percebido não imploda, propôs-se uma adequação de seu conceito à realidade da eficácia vinculante das decisões-exemplo, não limitada a estruturas hierárquicas estaduais, bastando, por isso, um posicionamento do tribunal local quanto à questão objeto do paradigma para que seus órgãos institucionalmente vinculados possam alegar a superação da jurisprudência de outro tribunal. Assim, definiu-se que um juiz de primeira instância poderá alegar estar superada a decisão-exemplo invocada acaso seu próprio tribunal ou acaso tribunal superior tenham firmado entendimento, seja por meio de outra decisão-exemplo, seja por meio de precedente, oposto ao paradigma levantado; o tribunal local, a seu lado, submete-se apenas a decisão-exemplo de tribunal superior, podendo ele mesmo afastar a decisão-exemplo de outro tribunal local por meio de outra decisão-exemplo ou de precedente.

Ao final, reputa-se respondido o problema de pesquisa proposto. De fato o inciso VI do parágrafo primeiro do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 consiste em escolha político-legislativa em prol de parâmetro formal de racionalidade mediante o qual não só o *precedente* tem força vinculante para casos futuros, mas também a decisão que forma a categoria da *jurisprudência*. Trata-se de opção que, para bem ou mal, reflete o esforço do programa legislativo em mitigar a desigualdade na tomada de decisões pelo Poder Judiciário, compelindo-o a concretizar predicado de isonomia em que a igualdade não é perante a lei, mas o próprio Direito vigente. Trata-se, enfim, de um passo além dos precedentes, propondo-se modelo de vanguarda com o objetivo de evitar-se ao máximo que casos iguais sejam tratados desigualmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 245, p. 351-377, jul. 2015.

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. Trad. Manuel Atienza. México: Fontamara, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2007.

ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, 2009.

ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes e evolução do direito. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALVIM, Teresa Arruda. Cada caso comporta uma única solução correta? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2

ALVIM, Teresa Arruda. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

ASCARELLI, Tullio. Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 12, p. 351-364, 1957.

ASCARELLI, Tullio. Antígona e Pórcia. Trad. Maria Cristina de Cicco. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016.

AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*. 4. ed. London: John Murray, 1873. v. 2.

ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 32, p. 159-197, 2014.

ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 29, p. 181-204, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for Precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalidade e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Eli Pierre (Org.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BENTHAM, Jeremy. Truth versus ashhurst. In: BOWRING, John (Ed.). *The works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1848. v. 5.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Oxford: Oxford University Press, 2016. v. 1.

BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na soluço das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumenta o e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justifica o e a aplica o de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualiza o do direito   luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Súmula da jurisprudência dominante, supera o e modula o de efeitos no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 264, p. 281-320, 2017.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, p. 108-125, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constitui o*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CHIASSONI, Pierluigi. Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Ed.) *Analisi e diritto 2004: ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 2004.

CHIASSONI, Pierluigi. *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili: scritti di realismo militante*. Roma: Aracne, 2011.

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

CHIASSONI, Pierluigi. The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal (eds.).

On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012. v. 3.

CHIASSONI, Pierluigi. Il fascino discreto della “common law”. In: BESSONE, Mario; SILVESTRI, Elisabetta; TARUFFO, Michele (Coord.). *I metodi della giustizia civile*. Padova: CEDAM, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro, *Teoria geral do tributo e da exoneração tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRISAFULLI, Vezio. Disposizione. II. Disposizione (e norma). In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. XIII.

CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm a posteriori. *Verständnis Law Journal*, Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, out. 2018.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. (coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR, Fredie et al. (coord.) *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie Didier Jr. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, a. 1, n. 2, p. 99-120, 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 100, p. 166-185, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

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

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

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISENBERG, Melvin A. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, n. 43, p. 290-304, 1966.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Trad. Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 2011. v. 1.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 8. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2007.

GASCÓN, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal [Eds.]. *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Beijing, 2009. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012. v. III.

GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1919. t. I.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOODHART, Arthur Lehman. Precedent in English and continental law. *Law Quarterly Review*, n. 50, p. 40-65, 1934.

GORLA, Gino. Le raccolte di giurisprudenza e le tecniche di interpretazione delle sentenze. In: GORLA, Gino. *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Milano: Giuffrè, 1981.

GORLA, Gino. “Brevi temporis praescriptio” e “neglectio” della giurisprudenza. In: GORLA, Gino. *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Milano: Giuffrè, 1981.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRAY, John Chipman. Judicial precedents – a short study in comparative jurisprudence. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 9, n. 1, p. 27-41, 1895.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998.

HÄBERLE, Peter. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. Trad. Emilio M. Franco. In: LUÑO, Antonio-Enrique Pérez (coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

JOLOWICZ, John Anthony. The role of the Supreme Courts at the national and international level. In: YESSIOU-FALTSI, Pelayia (Coord.). *The role of the Supreme*

Courts at the national and international level – Reports for the Thessaloniki International Colloquium. Thessaloniki: Sakkoulas Publications, 1998.

KANT, Immanuel. *Grounding for the metaphysics of morals*. Trad. James W. Ellington. 3. ed. Indianapolis: Hackett Pub, 1993.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KNIFFIN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals. *Fordham Law Review*, New York, v. 51, n. 1, p. 53-89, 1982.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 145, p.1-20, 1981.

LIMA, Bruna Medeiros Valente de. *Controle da vinculação horizontal do precedente judicial: caminhos para a consolidação da segurança jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Alagoas, Maceió, 2017.

LLEWELLYN, Karl Nickerson. Case Law. In: *Encyclopaedia of the social sciences*. SELIGMAN, Edwin R. A.; JOHNSON, Alvin (Eds.). New York: The Macmillan Company, 1930. v. 3.

MACCORMICK, Neil. Analítica (abordagem do direito). In: ARNAUD, André-Jean (Org.). *Dicionário enciclopédico e teoria e sociologia do direito*. Trad. Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.

MACCORMICK, Neil. The significance of precedent. *Acta Juridica*, Cape Town, n. 174, p. 178-187, 1998.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016.

MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACÊDO, Lucas Buriel de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 242, p. 521-550, 2015.

MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça – o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: JusPodivm, 2012.

MADUREIRA, Claudio Penedo; CUNHA, Gabriel Sardenberg. Decisões (potencialmente) vinculantes. In: PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco; PUPO,

Tháís Milani Del. (Coord.). *Estudos sobre direito processual: homenagem ao professor Dr. Marcellus Polastri Lima*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019.

MADUREIRA, Claudio Penedo; CUNHA, Gabriel Sardenberg. Eficácia vinculante e jurisprudência persuasiva. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antonio; SEDLACEK, Federico; ZANERI JR., Hermes (Org.). *Temas de direito processual contemporâneo*. Serra: Milfontes, 2019. v. 2.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 42, n. 272, p. 85-125, out. 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ação rescisória baseada em violação de norma jurídica. *Marinoni Advocacia*, 2018. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2018/12/RESCIS%C3%93RIA-BASEADA-EM-VIOLA%C3%87%C3%83O-DE-NORMA-JUR%C3%8DDICA.pdf>. Acesso em: 28 de fev. de 2020.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016.

MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, n. 255, p. 63-90, maio 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, 2016.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

MICHELON, Claudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. *Edinburgh School of Law Working Paper Series*, Edinburgh, p. 1-38, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. VI.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. I.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de. *The spirit of the laws*. COHLER, Anne M.; MILLER, Basia Carolyn; STONE, Harold Samuel (Eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, n. 4, 2005.

MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, António Castanheira. *O instituto dos 'assentos' e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983.

NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 178-184, 1993.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A semelhança no dissídio jurisprudencial para efeitos de recurso especial e embargos de divergência e a lógica. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Coord.). *Direito processual*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional nas perspectivas das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PECZENIK, Aleksander. Sui precedenti vincolanti de facto. *Ragion Pratica*, Bologna, n. 6, p. 35-43, 1996.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos precedentes judiciais. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 19, n. 119, p. 645-668, 2018.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 2, p. 93-133, 2017.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI JR., Hermes. Interpretação operativa, hermenêutica e precedentes: um diálogo com Lenio Streck. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, a. 17, n. 25, p. 29-43, 2019.

PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 58, n. 1, p. 41-72, 2004.

REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SALMOND, John William. Theory of judicial precedents. *Law Quarterly Review*, London, v. 16, n. 64, p. 376-391, 1900.

SANTOS, Ramon Ouais; PUGLIESE, William Soares. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 272, p. 375-396, out. 2017.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, a. 3, n. 39, p. 571-605, 1987.

SCHAUER, Frederick. Stare decisis and the selection effect. In: PETERS, Cristopher J. *Precedent in the United States Supreme Court*. Berlin: Springer, 2013.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILTALA, Raimo. *A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

SILVA, Beclaute Oliveira; LIMA, Bruna Medeiros Valente de. Vinculação do precedente no Brasil: análise normativa. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, a. 26, n. 103, p. 63-85, 2018.

SILVA, Ovídio Baptista da. *A jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Sandoval Alves da. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil – estudo sobre o projeto do novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 3.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: o desafio da hermenêutica comprometida com o Estado Democrático de Direito. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 6, p. 561-607, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

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

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016.

TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra, 2013.

TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

TARELLO, Giovanni. *Diritti, enunciati, usi*. Bologna: Il Mulino, 1974.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Notas sobre as dimensões do direito constitucional comparado. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 89-104, 1999.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Recepção de direitos. In: SIQUEIRA, Belmiro; GARMENDIA, José A. (Coord.). *Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização da jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 104, p. 194-218, 2001.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. In: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 9, n. 54, p. 5-36, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito do direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi, 2003.

VILANOVA, Lourival. O problema do objeto da Teoria Geral do Estado. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi, 2003. v. 1.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILLA, Vittorio. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012.

WEBER, Max. *Economy and society: an outline of interpretive sociology*. Trad. Ephraim Fischhoff et al. Berkley: University of California Press, 1978. v. 1.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1968.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 6. ed. Trad. Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2009.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. *Logique et Analyse*, Leuven, v. 14, n. 53-54, p. 409-419, 1971.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The judicial application of law*. Trad. Sadowe Stosowania Prawa. Berlin: Springer, 1992.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZANETI JR., Hermes. Precedente normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais. *Ius et tribunais*, Huancayo, a. 1, v. 1, p. 31-49, 2015.

ZANETI JR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, n. 257, p. 371-388, jul. 2016.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 259, p. 21-53, set. 2016.

ZARADER, Marlene. *Heidegger et les Paroles de l'Origine*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1986.