UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

RODRIGO ANDRES JOPIA SALAZAR

O MÉTODO DE DECIDIR COM BASE EM PRECEDENTES E A OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Salvador
2018

RODRIGO ANDRES JOPIA SALAZAR

O MÉTODO DE DECIDIR COM BASE EM PRECEDENTES E A OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Postdoc. Edilton Meireles de Oliveira Santos.

Salvador
2018

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema Universitário de Bibliotecas (SIBI/UFBA),
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Salazar, Rodrigo Andres Jopia
O método de decidir com base em precedentes e a observância obrigatória dos precedente judiciais no código de processo civil / Rodrigo Andres Jopia Salazar. -- Salvador, 2018.
167 f.

Orientador: Edilton Meireles.
Dissertação (Mestrado - Direito) -- Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2018.

1. . I. Meireles, Edilton. II. Título.

RODRIGO ANDRES JOPIA SALAZAR

O MÉTODO DE DECIDIR COM BASE EM PRECEDENTES E A OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

_____

Prof. Edilton Meireles de Oliveira Santos - Orientador
Pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa
Universidade Federal da Bahia

_____

Prof. Fredie Souza Didier Júnior
Pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa.
Livre-docente em Direito Processual da Universidade de São Paulo (USP).
Universidade Federal da Bahia

_____

Profa. Lorena Miranda Santos Barreiros
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Faculdade Baiana de Direito

Salvador/BA, 16 de julho de 2018

Para Anna, Tobias e Santos Futebol Clube, cada qual em seus respectivos temas, minhas razões de decidir.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Edilton Meireles, pela paciência, correções de rumo, indicações e incentivo em todas as etapas desta dissertação. Sem esse apoio constante, tenho certeza que a trilha seria muito mais difícil.

A Anna Andrade, Judith Irlanda Jopia Diaz, Freddy Alberto Salazar Gonzalez e Denisse Jopia Salazar, pela paciência e compreensão diante das minhas omissões motivadas pelo estudo ao longo do curso do Mestrado.

Ao professor Fredie Didier Jr, perante quem sempre estou na condição de devedor. Seja como amigo ou professor, nunca me faltou.

Não posso deixar de agradecer, também, a paciência e incentivo constante do Prof. João Glicério Oliveira Filho, um amigo fiel que a vida me presenteou.

Também devo agradecer a Carlos Frederico Guerra Andrade, amigo que nunca me faltou e que sempre me apoiou na estrada profissional.

Aos meus colegas da UNEB que, cada qual a seu modo, ajudaram nessa trajetória: Urbano Félix, Thaize de Carvalho, Matheus Bezerra, Fábio Gabriel, Eduardo Monteiro, Thiana Cairo, Maristela Barbosa e Pedro Sabino.

Muito obrigado a todos.

“No fim? Nada chega ao fim, Adrian, nada”
(Dr. Manhattan/Alan Moore)

RESUMO

A presente dissertação, valendo-se da metodologia exploratória, tem como objetivo analisar a existência de normas, no Código de Processo Civil Brasileiro, que instituam uma metodologia decisória que utilize os precedentes judiciais como parâmetros para obtenção da coerência sistêmica. A hipótese apresentada é da existência de um método de decidir com base em precedentes judiciais, decorrência da organização sistêmica dos ordenamentos jurídicos, que se caracteriza por um compromisso com o passado, obrigando a observância dos precedentes sobre um determinado tema. Para a investigação da hipótese a dissertação foi dividida em quatro capítulos, cada um tendo o precedente como foco, mas em perspectivas distintas. O primeiro capitulo foi erigido sob uma preocupação conceitual sobre o precedente judicial. No segundo capítulo, o foco foi analisar o papel dos precedentes na argumentação jurídica e explicar as características de um método de decidir com base em precedente. O terceiro capítulo teve a análise do precedente judicial frente à teoria do fato jurídico. Por fim, o quarto capítulo faz o enfrentamento das disposições normativas com a hipótese adotada, utilizando-se das bases construídas ao longo dos três primeiros capítulos de forma a traçar as diretrizes para a compreensão do método de decidir com base em precedentes e da observância obrigatória dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: precedente judicial; decisão judicial; sistemas jurídicos; coerência; uniformidade da jurisprudência.

ABSTRACT

The present thesis aims to analyze, on the grounds of exploratory research, the presence of norms that establish a methodology of adjudication on the basis of judicial precedents in the Brazilian Code of Civil Procedure, parameterizing systemic coherence. The presented hypothesis is that a precedent-based decisional method exists as a result of the organization of legal systems, which is characterized by a commitment to the past, entailing authoritative effects on particular topics. For the investigation of the hypothesis the thesis is divided into four chapters, each focusing on precedents under different perspectives. The first chapter is erected over the conceptual framework of the judicial precedent. The second chapter analyzes the role of precedents in legal argumentation and explains the characteristics of a precedent-based decisional method. The third chapter assess the judicial precedent in light of the theory of the juridical fact. Finally, the fourth chapter confronts the statutory provisions with the hypothesis, building upon the analysis of the first three chapters in order to present guidelines for understanding the method of adjudicating on the basis of precedents and its binding effects in the Brazilian Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: Judicial precedent; Judicial decision; Legal systems; Coherence; Case law uniformity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	parágrafo
§§	parágrafos
art.	Artigo
arts.	Artigos
CC	Código Civil
Cf.	Conforme
CE	Código Eleitoral
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC/2015	Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015
CPC/73	Código de Processo Civil, Lei 5.869/1973
ed.	Edição
p.	página
pp.	páginas
p.ex	por exemplo
REsp	Recurso Especial
REx	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
v.	Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 13

1 PRECEDENTE JUDICIAL 16
1.1 DEFINIÇÃO DE PRECEDENTE JUDICIAL 17
1.1.1 Precedente-decisão 18
1.1.2 Precedente-norma 22
1.1.2.1 Distinção entre enunciado e norma jurídica 23
1.1.2.2 A reconstrução normativa por meio da atividade jurisdicional 24
1.1.2.3 Normas extraíveis de uma decisão judicial 26
1.1.2.4 *Ratio decidendi e obiter dictum* 29
1.1.2.5 Conceito de Precedente-norma 34
1.1.3 Conceito adotado 37
1.2 DISPOSIÇÃO NORMATIVA, PRECEDENTE JUDICIAL, JURISPRUDÊNCIA E ENUNCIADO DE SÚMULAS 39
1.2.1 Enunciado, norma e precedente judicial 39
1.2.2 Jurisprudência e precedente judicial 40
1.2.3 Enunciado de Súmula e Jurisprudência 43
1.2.4 Coisa julgada e precedentes judiciais 45

2 O PAPEL DO PRECEDENTE NA CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS 47
2.1 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA 48
2.2 O MÉTODO DE DECIDIR COM BASE EM PRECEDENTES 56
2.3 SISTEMAS JURÍDICOS E O MÉTODO DE DECIDIR COM BASE EM PRECEDENTES 60
2.3.1 Sistemas jurídicos 61
2.3.2 Coerência como elemento aglutinador geral dos sistemas jurídicos 68
2.3.3 Coerência e consistência sistêmica como fundamentos para o compromisso com o passado 70

3 O PRECEDENTE JUDICIAL NA TEORIA DO FATO JURÍDICO 74
3.1 O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FATO JURÍDICO 75

3.2 PLANO DA EFICÁCIA DOS FATOS JURÍDICOS 79
3.2.1 Distinções entre eficácia normativa, eficácia jurídica e eficácia do direito 79
3.2.2 Fonte da eficácia jurídica 80
3.2.3 Incidência da norma jurídica 82
3.2.4 Conteúdo eficacial: as situações jurídicas e relações jurídicas 88
3.2.5 Limites pessoais, temporais e espaciais da eficácia jurídica 97

4 A OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 100
4.1 O MÉTODO DE DECIDIR COM BASE EM PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO 101
4.1.1 A igualdade como base normativa para o compromisso com o passado 102
4.1.2 Os desdobramentos do artigo 926 do CPC/2015 e o compromisso com o passado 107
4.1.2.1 Dever de promover a uniformização da jurisprudência 107
4.1.2.2 Dever de manter a jurisprudência estável 108
4.1.2.3 Dever de coerência e dever de integridade 110
4.1.3 O dever de fundamentação autorreferente e o compromisso com o passado no CPC/2015 114
4.1.3.1 O dever de fundamentação autorreferente e o modelo de fundamentação efetiva 115
4.1.3.2 O dever de fundamentação autorreferente e os embargos de declaração 118
4.1.4 Conclusões parciais 119
4.2 OS PRECEDENTES DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA NO CPC/2015 121
4.2.1 Enumeração normativa dos precedentes de observância obrigatória 124
4.2.1.1 Vetor normativo legal: os precedentes de observância obrigatória extraídos de decisões judiciais 130
4.2.1.2 Vetor normativo legal: os precedentes de observância obrigatória relacionados com enunciados jurisprudenciais 137
4.2.1.3 Vetor normativo negocial 139
4.2.1.4 Vetor normativo jurisprudencial 141
4.2.2 Conclusões parciais 142

4.3 EXTENSÃO SUBJETIVA DA OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS 144
4.3.1 Extensão aos órgãos do poder judiciário 144
4.3.2 Extensão aos Juizados Especiais 146
4.3.3 Extensão à arbitragem 151
4.3.3 Conclusões parciais 153

CONCLUSÕES 155

REFERÊNCIAS 159

INTRODUÇÃO

Ainda que a atribuição normativa de efeitos jurídicos aos precedentes judiciais não seja uma novidade, não se pode negar que essa eficácia atinge com alto impacto a estrutura procedimental presente no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), criando um novo paradigma para a reconstrução normativa nas decisões judiciais.

Isto porque as normas, presentes no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), que atribuíam algum tipo de eficácia aos precedentes judiciais, eram rarefeitas, inexistindo sistematização em torno delas, muitas vezes sendo solenemente ignoradas na tomada de decisões. Na verdade, a eficácia dos precedentes judiciais sempre foi tida, erroneamente, como uma característica dos ordenamentos jurídicos afetos à tradição do common law, o que levava à resistência de sua aceitação pela comunidade jurídica brasileira.

Existe, porém, uma grande capilaridade normativa no CPC/2015 que cuida de regulamentar a eficácia dos precedentes judiciais, sendo possível afirmar que lhes foi atribuído um importante papel na reconstrução normativa. Essa rede normativa incrementa a importância das decisões judiciais como parâmetro normativo e impacta no procedimento como um todo, não sendo exagero afirmar que poucas são as fases procedimentais que, de alguma forma, não sofrem algum efeito ligado aos precedentes judiciais.

Não é menos verdade afirmar que esse alto impacto, na sistematização procedimental, dos precedentes judiciais levou a uma grande produção acadêmica sobre o tema, sendo objeto de inúmeros artigos, dissertação e teses. Geralmente são trabalhos frutos de pesquisas que gravitam em torno da estrutura do precedente judicial, da sua dinâmica e eficácias, especialmente aquela chamada de vinculante. Não se pode negar que a doutrina processual civil pátria possui elevado nível técnico e que a grande produção acadêmica em torno dos precedentes também é de alto nível. Apesar desse vasto material a respeito do tema, pouco se escreveu e investigou sobre a existência de um método de decidir com base em precedentes judiciais como decorrência da organização sistêmica das normas jurídicas. Em outras palavras, existe muita produção sobre o instrumento precedente judicial, mas pouca sobre o método decisório que o utiliza como padrão decisório.

Pensamos que um ponto crucial ainda não foi completamente enfrentado e que diz respeito ao seguinte problema: e se o impacto dos precedentes judiciais não for uma

decorrência deles, mas sim do método que os utiliza como instrumento?

Esse questionamento possui uma grande importância teórica, pois desloca a atenção da engrenagem para o mecanismo decisório, fazendo o mesmo com algumas questões importantes sobre o tema. Por exemplo, ao admitir que exista um método de decidir com base em precedentes, avaliar a eficácia dos precedentes deixa de ter como pressuposto a sua possível admissão em nosso sistema, mas sim a recepção desse tipo de metodologia decisória.

A questão principal, então, passa a ser como o método de decidir com base em precedentes judiciais lida com seus instrumentos e essa discussão abre outras frentes de investigações acadêmicas, como, por exemplo: quais as características desse método? O que leva à adoção desse método? Nosso sistema processual recepciona esse método? Qual impacto dessa adoção na construção de decisões judiciais?

De igual forma, pouco enfrentado foi o ponto relacionado aos precedentes e as organizações sistêmicas, o que gera um outro questionamento importante: sendo os ordenamentos jurídicos organizados de forma sistêmica, os precedentes judiciais devem seguir os valores desse sistema?

Todas essas indagações motivaram a pesquisa por detrás de nossa dissertação, servindo de base para a formulação de uma hipótese que pode ser descrita da seguinte forma: existe um método de decidir com base em precedentes judiciais, sendo ele uma decorrência da organização sistêmica dos ordenamentos jurídicos, o que leva à adoção da metodologia decisória caracterizada por um compromisso com o passado e torna necessária a observância dos precedentes existente sobre um determinado tema.

A hipótese apresentada também serviu para individualizar os objetivos geral e específicos da dissertação. No contexto geral, o objetivo principal foi apresentar uma delimitação dogmática do método de decidir com base em precedentes levando em conta a regulamentação normativa presente sobre os precedentes judiciais no CPC/2015.

De forma acessória, buscou-se a) analisar os conceitos de precedentes que podem servir de base para a operacionalização do método de decidir com base em precedentes; b) demonstrar a diferença entre precedentes judiciais, jurisprudência, enunciados de súmula e coisa julgada; c) analisar a diferença entre norma e disposições legais; d) demonstrar a influência da interpretação na reconstrução normativa; e) indicar as características do método com base em precedentes judiciais; d) fundamentar normativamente a indicação de que no CPC/2015 foi adotado o método de decidir com base em precedentes; e) indicar quais os vetores normativos dos precedentes com

observância obrigatória presentes nos CPC/2015; e f) delimitar a extensão subjetiva da observância obrigatória dos precedente judiciais.

Foi a partir da hipótese e dos objetivos apresentados que a presente dissertação foi construída, sendo os seus capítulos todos dirigidos para a construção das premissas e, ao final, a validação da mesma com base nas normas presentes no CPC/2015.

De forma mais descritiva, temos a divisão da dissertação em quatro capítulos, cada um tendo o precedente como foco, mas sobre diferentes perspectivas.

O primeiro capítulo foi erigido sob uma preocupação conceitual sobre o precedente judicial, bem como a de realizar uma distinção conceitual de termos que lhes são comumente relacionados. Desse modo, são levantadas as premissas importantes sobre o precedente judicial como um instrumento de um método decisório, razão pela qual houve o cuidado em separar o que seja o precedente judicial de seus efeitos.

No segundo capítulo, o foco foi analisar o papel dos precedentes na argumentação jurídica e explicar as características de um método de decidir com base em precedente. É um dos momentos cruciais da dissertação, já que o método ao qual servem os precedentes judiciais é explicado em seus pormenores, fixando-se o diferencial dessa metodologia decisória frente a outras possíveis. Nessa parte, ainda, foi explicada a importância da ligação entre organizações sistêmicas e o método de decidir com base em precedentes, indicando-se o que caracteriza, quanto à sua estrutura, os sistemas jurídicos.

O terceiro capítulo tem como proposta a análise do precedente judicial frente à teoria do fato jurídico. Aqui são fixadas premissas importantes sobre a possibilidade de se entender o precedente judicial como um fato jurídico, bem como sobre o que pode ser ligado ao seu plano da eficácia.

Por fim, o quarto capítulo faz o enfrentamento das disposições normativas com a hipótese adotada, utilizando-se das bases construídas ao longo dos três primeiros capítulos.

A metodologia utilizada no desenvolvimento da pesquisa foi a exploratória, com a indicação dos posicionamentos doutrinários relacionados ao problema proposto, assim como com os objetivos indiciados. Procurou-se, ainda, complementar a investigação do tema com o exame de textos legislativos nacionais, de forma a embasar entendimentos úteis para a prática processual. A busca, em todos as etapas da dissertação, foi pela coerência de nossas conclusões com as premissas, sempre com a preocupação de assumir nossas posições sobre o tema. É esse e o retrato da presente dissertação.

1 PRECEDENTE JUDICIAL

As investigações sobre os precedentes podem ser tanto normativas como analíticas, diferenciando-se de acordo com o enfoque e a finalidade da proposta investigativa. A concepção de uma abordagem normativa dos precedentes envolve a análise sobre uma ordem jurídica específica, ou um grupo de ordens jurídicas, com a preocupação de identificar as respostas do sistema normativo às questões relativas à formação, aplicação, afastamento, revisão, superação, princípios e eficácia do precedente. É possível, também, a construção de uma teoria analítica sobre os precedentes, em que o foco das investigações será conceitual e terminológico, servindo de base para construções gerais ou particulares, sistematizadas em torno do objeto precedente[1].

Ainda que sejam distintas, as investigações analíticas e normativas permitem realizar, desde que se comuniquem, uma visualização mais completa do objeto investigado[2] [3], visto que construções teórico-normativas encontram mais sustentação quando se ancoram em conceitos advindos da analítica. Da mesma forma, para que a construção analítica seja completa, é preciso levar em conta que o precedente possuiu também dimensão normativa, histórica e cultural, além de constatar a existência de valorações ideológicas em torno do tema, sob pena de ser uma investigação abstrata e artificial.

Com base nessa necessária interferência entre as construções advindas da teoria analítica e normativa dos precedentes judiciais, em um primeiro momento, a presente pesquisa indicará o que é um precedente judicial, buscando identificar um conceito que venha a servir de base para o restante da investigação realizada. Essa definição inicial servirá de base para, em um segundo momento, localizar o precedente judicial dentro do que chamamos de método de agir com base em um precedente, ou seja, distinguir a operação do instrumento utilizado para tanto. Assim, são esses os objetivos dos itens seguintes, nos quais será exposto em que consiste entender o precedente em si para, no capítulo posterior, analisar seu papel como um instrumento de um método para pautar

---

[1] MACCORMICK, Neil. Analítica (abordagem do direito). In: ARNAUD, André-Jean et alii (dir.). Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito. Trad. Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

[2] D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais: guia à filosofia dos últimos trinta anos*. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 89-92.

[3] CHIASSONI, Pierluigi. *A filosofia do precedente: reconstrução e analise conceitual.* 2016. Universitas JUS, v.27, n.1, p.64-67. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/jus/article/view/4038/3003. Acesso em 03 de março de 2017 as 16h.

ações.

Após essa tarefa, o foco será, com base no conceito de precedente e do método de decidir com base em precedentes, em distinguir o conceito precedente dos conceitos de jurisprudência, súmula, enunciados e coisa julgada, dada a inter-relação constante entre eles no sistema normativo brasileiro.

1.1 DEFINIÇÃO DE PRECEDENTE JUDICIAL

O precedente judicial, visto pela ótica analítica, é uma categoria que se enquadra dentro da Teoria Geral do Direito, ligando-se ao contexto das fontes normativas, bem como ao funcionamento dos sistemas jurídicos. Partindo dessa premissa, trata-se de um conceito lógico-jurídico[4] [5], tomado esse como o conceito que pode ser visualizado de um ponto de vista apartado das características de um ordenamento jurídico específico, ainda que possa influenciar na construção de conceitos que dependem diretamente das disposições normativas de um determinado sistema jurídico-positivo.

Essa correlação entre conceitos lógico-jurídico e ordenamento jurídico é fundamental para que se faça a correta separação entre uma abordagem analítica e normativa do precedente judicial. Assim, partindo da visualização analítica do que seja precedente judicial, pode-se admitir variação da sua regulamentação normativa dentro de um determinado sistema jurídico[6], sem que isso influencie a sua conceituação básica[7].

Para o desenvolvimento dessa pesquisa é fundamental definir o que seja um precedente judicial. Ressalta a importância dessa delimitação, a existência de mais de um viés de análise possível, o que pode gerar conflitos, falsos e reais, entre as conceituações distintas. Será falso o conflito quando o contraponto seja feito entre conceitos construídos

---

[4] VILANOVA, Lourival. O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado. In: Escritos Jurídicos e Filosóficos, T. I. Brasília: Axis Mundi/IBET, 2003, p. 89-93; e DIDIER JR., Fredie. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 48-61.

[5] "São estes obtidos a priori, com validade constante e permanente, sem vinculação, portanto, com as variações do Direito Positivo. [...] Os conceitos lógico-jurídicos constituem pressupostos fundamentais para a ciência jurídica. [...] Correspondem, pois, à estrutura essencial de toda norma jurídica. Consequentemente, não são exclusivas de determinado ordenamento jurídico, mas comum a todos. Não são dados os conceitos lógico-jurídicos empiricamente, porque são alheios a toda experiência. São necessários a toda realidade positiva, efetivamente existente, historicamente localizada ou apenas possível, precisamente porque funcionam como condicionantes de todo pensamento jurídico." BORGES, José Souto Maior. Lançamento Tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94.

[6] TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e- jurisprudencia/>. Data de acesso. 25 de outubro de 2016.

[7] MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o direito processual civil.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 86.

com base em critérios distintos, sendo real quando os conceitos forem incompatíveis dentro de uma mesma categoria.

Seguindo esse roteiro, em um primeiro momento serão listados os diversos conceitos que se apresentam na doutrina, com o cuidado de dividi-los e reuni-los de acordo com os critérios utilizados na conceituação. Após tal enumeração, será proposto um conceito do que seja o precedente judicial.

Em uma primeira análise, constata-se que a doutrina se refere aos conceitos de precedentes em duas acepções, sendo uma ampla e outra estrita. A acepção ampla levaria à referência ao precedente como sendo uma decisão judicial, ao passo que a definição estrita aproximaria o precedente do conceito de ratio decidendi. Parte da doutrina[8] denomina o conceito amplo de sentido impróprio e o conceito estrito como sentido próprio, sendo nomenclatura que não será utilizada na presente pesquisa pois exige uma opção valorativa que entendemos inapropriada.

Feitos tais esclarecimentos, em respeito a um apuro terminológico, trabalharemos com os conceitos de precedente-decisão e precedente-norma, terminologia que entendemos dar mais clareza do que a referência ao conceito amplo e estrito de precedentes, visto que tais classificações traduzem melhor os referenciais que foram utilizados para sua edificação.

1.1.1 Precedente-decisão

O precedente judicial costuma ser definido, de forma ampla, como sinônimo de decisão judicial que pode vir a influenciar na solução de um caso futuro[9].

Seguindo essa linha, Zenon Bankowski, Neil Maccormick e Geoffrey Marshall definem o precedente como sendo "qualquer decisão judicial prévia, de qualquer corte, que possua importância para ser aplicada, de forma análoga, em um caso presente"[10].

Com base no mesmo critério, Jeffrey Dobbins entende ser o precedente "qualquer

---

[8] Por todos conferir MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 87.

[9] "In a law a precedent is an adjudged case or decision of a court of justice, considered as furnishing a rule or a authority for the determination of an identical or a similar case afterwards, or of a similar question of law". BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary.* 8ed, Saint Paul: West, 2004, p. 3728.

[10] "A precedent is simply any prior decision of any court that bears a legally significant analogy to the case now before a court". (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). Interpreting precedents: a comparative study. Estados Unidos: Dartmouth, 1997, p.323).

decisão prévia que possua alguma utilidade na decisão de casos posteriores"[11].

Por sua vez, ao analisar o precedente por esse prisma, mas não negando a possibilidade de uma abordagem com base na norma presente em um precedente judicial, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira entendem que o "precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos"[12].

Das conceitualizações acima expostas depreende-se que o conceito de precedente judicial está atrelado ao de decisão judicial, sendo por isso denominado aqui como Precedente-decisão (PD), possuindo dois elementos básicos, que são a existência de uma decisão judicial (dj) e a uma influência prospectiva (ip), já que dirigida para a solução de casos futuros, assim, PD = dj + ip. É preciso ressaltar que, nos conceitos examinados, um dos seus elementos, a influência prospectiva (ip), se constitui apenas em influência futura não sendo o mesmo que necessária vinculação futura como se demonstrará mais adiante.

Partindo do mesmo pressuposto: que o precedente judicial é uma decisão, mas tornando o conceito de precedente-decisão mais complexo, já que agrega ao núcleo acima definido outros elementos, Luiz Guilherme Marinoni aceita o precedente judicial como uma decisão, mas ressalta que apenas assumirá a condição de precedente judicial "uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados"[13].

Até aqui o autor parece seguir a mesma linha de entendimento do precedente-decisão que já foi exposto, pois conjuga a existência de uma decisão e sua influência para futuros casos, mas termina por estabelecer a exigência de uma terceira e específica condição para que se caracterize uma decisão como precedente judicial, qual seja, a existência de um adequado contraditório dos litigantes, resultado de um verdadeiro debate entre as partes[14]. Ato contínuo, após defender que a qualidade do contraditório é um elemento do precedente judicial, conclui o autor que "se todo precedente ressai de uma decisão, nem toda decisão constitui um precedente"[15], deixando bem claro que apenas certas decisões podem ser consideradas como precedentes judiciais. Tem-se, aqui, a seguinte representação: PD = dj + ip + c, em que (c) é a existência do adequado

---

[11] DOBBINS, Jeffrey C. Structure and precedent. Michigan Law Review. Vol. 108, 2010, p.1460.
[12] DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v.2, 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 441.
[13] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedente Obrigatório.* 5. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 157.
[14] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedente Obrigatório.* 5. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 157-159.
[15] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedente Obrigatório.* 5. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 158.

contraditório dos litigantes.

Frederick Schauer [16] também entende o precedente judicial como decisão, mas aquela que é dotada de eficácia vinculante. Nesse sentido, não basta que o precedente possa influenciar em uma tomada de decisão futura, mas só se terá caracterizado um precedente quando uma decisão passada vincule decisões futuras, sendo a eficácia vinculante um elemento mais forte que apenas a influência futura. Seguem posicionamento semelhante Evaristo Aragão Santos[17], Lênio Luiz Streck e Georges Abboud que entendem que o precedente só se efetiva como tal quando efetivamente seguido na resolução de casos análogos[18]. Nesse contexto, temos um conceito de precedente-decisão que difere da representação base anterior, descrita por PD = dj + ip, pois aqui a representação do Precedente-decisão assume a seguinte forma: PD = dj + IP, sendo IP um elemento novo, em relação aos conceitos anteriores, que é a necessária vinculação normativa em casos futuros.

Ainda que entenda que o precedente judicial é norma jurídica, Hermes Zaneti Jr. também distingue a decisão que pode ser fonte de precedente com base na vinculação necessária, mas agrega outro elemento ao conceito de precedente-decisão, defendendo ser fundamental que a decisão, base do precedente seja qualificada quanto a sua origem. O autor apenas admite como fonte de precedente judicial a decisão que seja oriunda de cortes superiores[19]. Com tal exigência, a representação do precedente-decisão passa a ser PD = DJ + IP, sendo DJ a decisão de cortes superiores.

São todos conceitos bem construídos, aceitos pela doutrina, e que partem de um mesmo prisma que é analisar o precedente judicial como uma decisão, por isso aglutinadas na visão do que seja o Precedente-decisão, mas que não estão imunes a uma mesma crítica-base que consiste em definir conceitualmente o precedente judicial tomando como base uma análise relacional.

Seja ao afirmar que "precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de

---

[16] SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. London: Harvard University Press, 1946, p. 41.

[17] SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.142, p. 143-151.

[18] STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 42.

[19] ZENETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes.* 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 309.

casos análogos”[20], ou que “uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados”[21], o que se esta afirmando é que para ser precedente, uma decisão judicial deve se relacionar com outra em uma situação futura.

Tais concepções terminam por limitar a identificação do que seja um precedente apenas no momento de sua utilização, assim, diante de tais construções teóricas, o precedente só poderá ser tido como tal quando venha a ser utilizado no futuro como pauta para uma ação. Nesse raciocínio, o instrumento só pode ser considerado como tal quando estiver sendo utilizado, inexistindo quando não estiver a serviço de uma determinada ação, o que nos parece equivocado.

Em verdade, tais definições descrevem o que vem a ser o método de agir com base em precedente e não a essência do precedente, tratando como se fosse um bloco único o ato de medir e a régua usada para isso, confundem, então, instrumento e método.

Confundir o precedente com o método a que serve leva, ainda, a uma associação indevida entre o conceito de precedente-decisão e alguns de seus possíveis efeitos, como, por exemplo, a sua influência mais ou menos forte (influência prospectiva ou efeito vinculante). Incorrem nesse equívoco as definições conceituais que apenas consideram como precedente judicial a decisão que necessariamente deve ser aplicada em situações futuras semelhantes. Para afastar tal entendimento, visualizar a diferença entre o método e o precedente faz todo o sentido, pois coloca o problema da influência do precedente em seu devido local de análise que é a investigação de como determinado sistema normativo regulamenta internamente o grau de influência do precedente.

A transposição de problemas que se ligam à sua formação procedimental para dentro da definição do que seja o precedente-decisão, como a observância do efetivo contraditório ou à hierarquia do órgão prolator de decisão, também não nos parece ser a melhor opção, posto que são questões que também se relacionam com a análise da regulamentação do método de decidir com base em precedentes judiciais.

Tais conceitos, ao exigir mais elementos do que a existência de uma decisão para que se tenha o precedente-decisão, seja a possibilidade de influência, a necessária vinculação, o contraditório ou a hierarquia da decisão, trazem para o conceito elementos que se situam em campos exteriores ao precedente-decisão, quais sejam o plano da

---

[20] DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v.2, 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 441.
[21] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedente Obrigatório.* 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 215.

eficácia e o da pragmática da utilização de um precedente em um caso futuro e, por isso, devem ser depurados.

É preciso, então, separar, nos conceitos de precedente-decisão, aquilo que está além do básico que é simplesmente a existência de uma decisão judicial, pois saber como essa decisão será utilizada, como base para extração de argumento ou de uma norma vinculante, ou ainda se foi a decisão construída em um ambiente caracterizado pelo efetivo contraditório ou por órgãos situados em um determinado grau de hierarquia são, repita-se, questões que dizem mais respeito ao método de aplicação do precedente do que ao próprio precedente em si.

Portanto, conclui-se que o precedente, quando visto como decisão, deve ser entendido apenas e tão somente como a própria decisão, qualquer decisão, assumindo a representação de PD = dj.

É sob esse contexto da visualização do precedente como uma decisão judicial que se pode afirmar que os precedentes, assim como os enunciados advindos da legislação, textos que precisam ser interpretados, sendo essa interpretação realizada no momento de sua ligação a um caso futuro[22].

É possível, porém, analisar o precedente por outro ponto de vista e desenhar uma definição que leva em conta caracteres das normas que podem ser obtidas de uma decisão judicial e que aqui será referenciada como precedente-norma. Essa análise é útil e necessária, pois permite identificar qual o material da decisão será utilizado na análise de um caso presente.

1.1.2 Precedente-norma

A compreensão do precedente judicial como uma norma jurídica exige algumas premissas que gravitam em torno da relação entre decisões judiciais e normas jurídicas. De forma mais específica, para evitar ruído de interpretação em pontos futuros da presente pesquisa, trataremos, nos itens seguintes, da distinção necessária entre enunciado, disposição e norma jurídica; do necessário reconhecimento da atividade jurisdicional como reconstrução de sentido normativo, não se limitando à declaração de algo previamente definido e, por fim, dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Após a fixação das premissas, será investigado o que vem a ser o precedente-norma.

---

[22] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

1.1.2.1 Distinção entre enunciado e norma jurídica

Uma das grandes contribuições do chamado giro linguístico para o Direito foi a percepção que os textos normativos são substratos concretos que demandam interpretação, sendo essa atividade fundamental para que se possa extrair as normas jurídicas. Em outras palavras, seja em uma percepção hermenêutica, seja em uma visualização analítica, existe um consenso de que texto e norma são objetos distintos, sendo válido afirmar que as normas não são pressupostos, mas sim decorrência da interpretação. Partindo de tais premissas, e com base nos estudos analíticos da Escola de Gênova, em particular dos estudos de Riccardo Guastini, é possível apresentar a diferença entre enunciado e norma jurídica.

Enunciado é qualquer "expressão linguística sob forma acabada"[23], podendo ser tanto uma proposição simples, como uma frase, ou complexa, como um período, por exemplo. O Enunciado é normativo quando seja dotado do "discurso prescritivo, o discurso empregado para modificar o comportamento dos homens"[24]. Ao conjunto de enunciados normativos se dá o nome de texto ou de documento normativo[25].

Os enunciados normativos podem ser classificados como disposições, sendo o material básico para a identificação de normas jurídicas. A diferença está pela forma de relação entre eles. Disposição é enunciado que será objeto de interpretação, sendo a norma a resultante dessa interpretação[26].

Não há necessária concordância entre número de disposições e de normas que podem surgir da interpretação. Uma disposição pode conter uma norma, mais de uma norma ou mesmo nenhuma[27] [28].

Especial relevo merece a possibilidade de existência de norma sem disposição. Não há, por exemplo, disposição que enuncie o princípio da segurança jurídica, mas ainda assim se admite a sua existência e incidência em nosso sistema[29]. Nesse caso, em verdade, são normas que não possuem disposição expressa, mas são extraíveis de uma ou mais

---

[23] GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25.
[24] GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25.
[25] GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24.
[26] GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 26.
[27] GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 2; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.
[28] Um exemplo de disposição sem norma é o preâmbulo da Constituição Federal conforme definido pelo STF na ADI n. 2.076.
[29] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

normas por meio de dedução ou indução. São normas implícitas e que surgem como conclusão em exercício de argumentação que tem como premissas as normas explícitas.

Cabe, ainda, apontar que norma jurídica é gênero que compreende regras e princípios, sendo certo que a polêmica sobre a ineficácia normativa dos princípios está superada, bem como o pensamento que os princípios não seriam normas. Assim, é premissa bem aceita aquela que reconhece os princípios como espécie normativa[30].

Como decorrência da adoção da eficácia normativa dos princípios, surge a necessidade de se distinguir as espécies normativas. Dentre os critérios de distinção possíveis, é relativamente pacífico o que leva em conta a natureza lógica das regras e princípios, bem como as respectivas dimensões de peso ou importância[31].

No que diz respeito à diferença lógica, a conclusão é que as regras apresentam uma resposta que será aplicada ante a configuração da hipótese nela prevista. Aqui ou a regra é válida e se aplica à hipótese, ou então é inválida e não se aplica. Os princípios, porém, não levam automaticamente a uma consequência específica quando as condições da aplicação se apresentem. Ensejam uma análise mais complexa e exigem um ônus de argumentação mais elevado para que se determine a consequência pela sua incidência ou inobservância.

A dimensão de peso, ou de importância, é um dado que deve ser analisado em eventual caso em que princípios se intercruzam. Aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um. É nesse contexto classificatório que surge a ideia de ponderação para solução de colisão entre princípios[32]. Essa distinção é importante do ponto de vista prático, já que as espécies normativas exigirão padrões argumentativos distintos para sua aplicação[33].

1.1.2.2 A reconstrução normativa por meio da atividade jurisdicional

Para visualizar corretamente o precedente judicial como uma norma, é preciso

---

[30] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério.* Nelson Boeira (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 15a ed. São Paulo: Malheiros, p. 271; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

[31] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério.* Nelson Boeira (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39 a 43; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais,* Virgílio Afonso da Silva (trad.), São Paulo: Malheiros, p. 93 a 110

[32] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais,* Virgílio Afonso da Silva (trad.), São Paulo: Malheiros, p. 93-110.

[33] DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil,* 17a Ed, Salvador: Juspodivm, v.1, p. 61.

quebrar a ideia de que em uma decisão judicial, como fruto da atividade jurisdicional, ocorre apenas a declaração da vontade concreta da lei[34], reconhecendo-se que a atividade jurisdicional envolve um processo de reconstrução interpretativa do sentido das proposições jurídicas[35].

Essa conclusão, decorrente do reconhecimento da existência de separação entre texto e norma, leva a outra conclusão importante que é a possibilidade de diversidade interpretativa e, por consequência, de visualização normativa, por intérpretes diversos, frente a uma mesma disposição normativa. Não raro, por exemplo, que exista visualização distinta da norma que pode ser extraída a partir da menção, presente no art. 5º, LVII[36], da Constituição Federal de 1988 (CF/88), à necessidade de trânsito em julgado para a execução de sentenças penais condenatórias.

Vale advertir que essa possibilidade de divergência de entendimentos normativos possui como base a subjetividade do processo de interpretação e, no que diz respeito aos entendimentos normativos contidos em decisões judiciais, da estrutura complexa de nosso sistema jurisdicional.

É a possibilidade de dispersão normativa que justifica a existência de construções, teórica ou normativa, que se prestem a uniformizar o entendimento dos órgãos jurisdicionais sobre o um determinado dispositivo legal, pois caso a atividade jurisdicional apenas tivesse como resultado a declaração da lei, não teríamos o risco de decisões diversas do ponto de vista normativo.

Caso existisse a unicidade na declaração da lei, não se justificaria a preocupação em torno de decisões que interpretam um mesmo dispositivo normativo de forma distintas, visto que só existiria uma única resposta correta para cada caso[37]. A preocupação do sistema, em verdade, seria mais dirigida a dotar o sistema de mecanismos

---

[34] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Reus, 2000, p. 373.

[35] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

[36] Art. 5º...

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

[37] "E é exatamente aqui que importa perceber – para além da conexão entre Case Law e declaratory theory of judicial decision – o emprego da teoria cognitivista da interpretação e da teoria logicista da aplicação como meios que tornaram possível a concepção dos juízes como oracles of the law, que apenas declaravam soluções já ameaçadoramente onipresentes no céu do Common Law. Os juízes só podiam ser vistos como living oracles que evidenciavam a existência do Common Law em suas decisões porque se partia do pressuposto de que a interpretação judicial constituía apenas uma atividade cognitiva, que não envolvia qualquer valoração e decisão entre possíveis significados concorrentes, e de que a aplicação das normas se consubstanciava simplesmente em uma atividade lógico-dedutiva, em que, uma vez assentadas as premissas de direito e de fato, a conclusão é necessariamente a única resposta correta para o caso" MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 35.

de controle das decisões judiciais que não seguiram o sentido único da norma e menos à forma de construção de tais decisões.

Esse papel das decisões na reconstrução normativa deve ser sempre levado em conta pelos órgãos jurisdicionais, de forma a alertar que suas decisões podem servir de base para extração de normas que podem ser utilizadas como base de argumentação para casos futuros. Ressalta-se, assim, a necessidade de homogeneidade, dentro de um mesmo sistema jurisdicional, de forma a evitar contradição de valoração normativa futura[38].

1.1.2.3 Normas extraíveis de uma decisão judicial

Fixadas tais premissas, definir o precedente como norma também exige perceber que a decisão judicial pode ser decomposta, permitindo a identificação de um elemento normativo geral, separando-o da norma jurídica individualizada, bem como de considerações periféricas que não sejam determinantes para a conclusão do julgado[39].

Essa operação de depuração da decisão é fundamental para que se identifique o que é o precedente-norma e como ele influencia no método de construção de decisões com base em precedente, posto que define como identificar o paradigma que será utilizado nesse método.

A decisão judicial é um enunciado normativo do qual é possível a extração de duas espécies de normas de densidades distintas[40] [41]: uma norma jurídica individualizada e outra geral que, erigida a partir das especificidades fáticas e normativas do caso concreto, serve de substrato para a construção da primeira[42]. Para ter uma dimensão mais exata das duas normas que podem ser extraídas de uma decisão, é necessário delimitar o que se entende por *questão*.

---

[38] "Mas, embora o juiz seja levado, pelo caso a resolver, a interpretar de novo um determinado termo ou uma determinada proposição jurídica, deve interpretá-los, decerto, não apenas precisamente para este caso concreto, mas de maneira a que a sua interpretação possa ser efectiva para todos os outros casos similares. Se os tribunais interpretassem a mesma disposição em casos similares ora de uma maneira, ora de outra, tal estaria em contradição com o postulado de justiça de que os casos iguais devem ser tratados de igual modo, assim como a segurança jurídica que a lei aspira". LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 442.

[39] CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 559.

[40] MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 61-69.

[41] DIDIER JR, Fredie [Comentários ao art. 489]. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coordenadores) Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 724-725.

[42] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil. 10ª.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 442.

O fenômeno jurídico apresenta uma relação de dependência entre um fato da vida e norma jurídica para que possa se falar em fato jurídico. Em uma redução matemática do fenômeno jurídico, teremos sempre a seguinte igualdade: fato jurídico = fato + norma. Com tal equação, desenha o legislador aquilo que será considerado como jurídico, sobre o fato irá incidir a norma, tendo-se como qualificado, pois, um fato como fato jurídico.

A incidência da norma não falha[43]. O que pode ocorrer é que não se tenham as consequências esperadas da incidência normativa. Pode um fato danoso não gerar a respectiva reparação definida pela norma como sua consequência, gerando o que se denomina como crise do Direito. Esta crise não é fruto da incidência, pois ela sempre ocorre.

Dentro dos óbices que impedem a produção de efeitos que seriam esperados pelo fato jurídico estão as possíveis dúvidas que pairem sobre os seus elementos. Pode-se controverter sobre a própria existência do fato danoso, por exemplo. Os sujeitos da relação controvertem sobre o que ocorreu no mundo dos fatos, não chegam a um consenso sobre o próprio suporte fático.

Pode ser também que as dúvidas pairem sobre o contexto normativo do fato jurídico. Aceita-se o delineamento fático, mas nega-se a vigência da norma. Imputa-se a existência de outra norma aplicável àquele contexto fático. Qualifica-se como inconstitucional a norma apontada. Todos estes são problemas que versam sobre o contexto normativo do fato jurídico e não sobre o seu aspecto fático.

Em ambos os casos temos controvérsia de pontos de vista, temos uma questão[44]. O que varia é sobre que aspecto do fato jurídico recaem as controvérsias: no primeiro exemplo, temos dúvidas sobre o contexto fático, temos uma questão sobre os fatos, uma questão de fato (ou fática); em contraponto, quando a controvérsia recaia sobre o aspecto normativo do fato jurídico, apresenta-se uma questão de direito (ou normativa).

O continente, então, terá duas espécies de conteúdos normativos possíveis, um que representa como determinando órgão jurisdicional entende a norma jurídica geral que pode ser extraída de determinado enunciado normativo, dirigida à resolução da questão, e outro que estabelece o *decisum*, dirigindo-se à causa.

O primeiro dos conteúdos normativos presentes em uma decisão judicial é a norma jurídica geral que é criada para fixar o entendimento do órgão judicial sobre uma

---

[43] Sobre a incidência, ver o capitulo 2 do presente trabalho.
[44] DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil. v.1. 17ed.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 432.

disposição normativa, dentro de um contexto fático determinado[45] pelos contornos da demanda. Aqui temos uma interpretação que gera um discurso eminentemente voltado para manter a integridade da ordem jurídica, sendo, por sua generalidade, passível de ser aplicado em futuras ações semelhantes. Temos aqui a decisão servindo de resposta à uma questão de como se deve interpretar determinada disposição.

Não se pode confundir, porém, a norma geral aqui referenciada com a norma abstrata criada pelo legislador. É que a criação normativa por meio da atividade jurisdicional, por maior que seja o seu grau de generalidade, é vinculada a determinado contexto fático que influencia na sua criação. Em outras palavras, a norma geral é ligada a um caso concreto, sendo essa sua distinção da chamada norma abstrata que é fruto da atividade legislativa em sentido estrito. Feito esse esclarecimento, passamos a analisar a segunda espécie de norma que pode ser extraída de uma decisão judicial.

A norma jurídica individualizada, por sua vez, é erigida para a solução da causa que deu origem à demanda, sendo uma construção interpretativa voltada para a solução do caso concreto em torno das pretensões das partes. Tal norma, em razão de sua especificidade, apenas interessa diretamente às partes envolvidas no litígio e a eventuais terceiros que possam sentir alguns de seus efeitos da decisão, tendo pouca ou nenhuma serventia para futuras causas que não envolvam, em outra demanda, a discussão de uma causa conexa ou a repetição da mesma causa, o que é facilmente solucionado com os efeitos dados à conexão, continência, litispendência e as eficácias negativa e positiva da coisa julgada.

Percebe-se, então, que a norma geral tem mais adequação, posto que se baseia em um discurso normativo com características mais abstratas, para ser aplicadas para a solução de futuras demandas, o que não se apresenta na norma jurídica individualizada diante de sua especificidade.

Essa característica da norma geral presente em uma decisão judicial leva ao enfrentamento da chamada *ratio decidendi* e a sua relação com a ideia de precedente-norma, sendo esse o objeto do item seguinte.

---

[45] "A decisão judicial – desde que assentada à interpretação como outorga de sentido ao texto e como reconstrução da ordem jurídica – abre a oportunidade para que a partir dela a doutrina realize um duplo discurso: um discurso voltado para o caso concreto e um discurso para a ordem jurídica. O primeiro constitui direito fundamental da parte e compõe o núcleo duro do direito ao processo justo (art. 5º, LIV e 93, IX, da CF/1988). O segundo é de ordem institucional, esta estruturado para promover a unidade do direito e visa à realização da segurança jurídica, da igualdade e da coerência normativa. Vale dizer fundamentação e precedentes são dois discursos jurídicos, com endereços e funções distintas, a que dá azo à decisão judicial no Estado Constitucional". MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 61-69.

1.1.2.4 *Ratio decidendi e obiter dictum*

A conceituação e identificação da *ratio decidendi* é um dos pontos mais controvertidos, ainda que seja um dos seus principais objetos de estudo da teoria dos precedentes judiciais. Tal controvérsia se apresenta em diversos níveis, seja a investigação feita pelo prisma descritivo ou normativo, não há um consenso sobre o conceito e meios de identificação da *ratio decidendi*[46].

Thomas da Rosa Bustamante aponta, com razão, que as investigações sobre os precedentes judiciais partem de questionamentos distintos, a depender do paradigma em que se fundem: sob uma ótica descritiva, o questionamento a ser respondido é sobre o que vale como precedente judicial, ao passo que do ângulo normativo a grande questão é saber o que deve contar como precedente judicial[47]. Transpondo tais questionamentos para a investigação da *ratio decidendi*, é natural que surja dissonância conceitual ao seu redor, já que são questionamentos que têm pontos de partida distintos.

A doutrina ligada à tradição do *common law* trata o tema há muito mais tempo que a doutrina continental, mas o faz de um ponto de vista pragmático, mais preocupada na operação da dinâmica dos precedentes judiciais do que propriamente em erigir bases conceituais abstratas, razão pela qual os conceitos de *ratio decidendi* são geralmente descritos dentro do estudo das técnicas destinadas à sua identificação.

Partindo da premissa que os juízes teriam largo poder na extração de normas jurídicas, a preocupação em encontrar meios de identificação da *ratio decidendi* foi, inicialmente, uma tarefa ligada à delimitação do poder normativo decorrente da atividade jurisdicional. Como decorrência dessa preocupação, as técnicas construídas com base nessa premissa procuravam indicar meios que permitissem a identificação mais restrita e precisa possível do que seria a *ratio decidendi*[48]. Ainda que a doutrina dos precedentes identifique diversas técnicas para a identificação da *ratio decidendi*, três técnicas são mais referenciadas que as demais.

---

[46] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do precedente judicial. A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.
[47] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do precedente judicial. A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.
[48] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do precedente judicial. A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

A primeira é o método de inversão que foi proposto por Eugene Wambaugh, consistindo em uma operação mental que tenta identificar a *ratio decidendi* de acordo com sua determinação para a conclusão presente na decisão. A técnica aqui analisada pode ser decomposta em etapas distintas: primeiro, cada fundamento deve ser depurado e identificado, transformando-se em uma premissa; após tal individualização, a premissa terá seu sentido invertido, por fim, será avaliado se a decisão permanece lógica; caso a decisão mantenha sua integridade lógica, o fundamento não pode ser classificado como *ratio decidendi* e sim como *obiter dictum.* É uma técnica simples e acessível, mas que não é eficaz quando a decisão é sustentada por diversos fundamentos, nessa hipótese, a inversão das premissas levaria a conclusão de que todos os fundamentos seriam dispensáveis, sendo o caso de decisão sem *ratio decidendi*[49]. Tal falha decorre da exigência de que a *ratio decidendi* seja identificada com base em um critério de imprescindibilidade para a conclusão expressa na decisão judicial, o que leva à sua ineficácia instrumental em tais situações de decisões com diversos fundamentações normativas.

Por sua vez, o método proposto por Arthur Goodhart indica que a *ratio decidendi* será identificada levando em conta os fatos tratados pelo juiz como materiais ou fundamentais e que são determinantes para que se possa decidir o caso[50]. É uma técnica que busca resolver um problema da prática de construções de decisões com fundamentação deficiente, posto que nesses casos ocorrerá uma ausência ou imprecisão do enunciado que representa a norma construída pelo juiz para o julgamento. Em tais casos a definição da *ratio*, comumente atrelada ao elemento normativo da decisão, seria impossível ou imprecisa. Assim, a técnica proposta por Goodhart parte da premissa de que é necessário abandonar a ideia de que a *ratio decidendi* é a norma construída para o caso pelo magistrado, deslocando-se a análise para os fatos que foram considerados de forma determinante, na fundamentação, pelo juiz para chegar à conclusão[51]. É importante ressaltar que o autor não propõe criar fórmulas rígidas de identificação da *ratio decidendi*, mas sim indicar que os fatos, subjetivamente considerados pelo magistrado, também devem ser analisados para trazer precisão para essa tarefa.

---

[49] DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 70.
[50] GOODHART, Arthur. *Determining the ratio decidendi of a case.* The Yale Law Journal, vol. 40, n. 2, dez. 1930, p. 161-183.
[51] GOODHART, Arthur. *Determining the ratio decidendi of a case.* The Yale Law Journal, vol. 40, n. 2, dez. 1930, p. 166.

Cross e Harris também destacam a importância dos fatos para identificar a *ratio decidendi* que será qualquer regra jurídica "expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar sua conclusão"[52], tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada, ou uma parte de sua instrução para o júri.

A teoria analítica, de um ponto de vista descritivo, busca identificar o que vale como *ratio decidendi*, tendo Pierluigi Chiassoni[53], levando em conta noções objetivas e subjetivas de *ratio decidendi,* indicado que é possível construir mais de um conceito, sendo um objetivo, um subjetivo e um mixado. Tal gama de conceitos, segundo o autor, permite que "os juristas e juízes escolham um deles para adotá-lo em sua prática, também levando em conta a sua história, sua cultura e seus propósitos"[54].

O conceito objetivo define a *ratio decidendi* como a norma geral que se encontra na decisão judicial, seja de forma explicita ou implícita, desde que ela seja a premissa geral normativa que, "juntamente com mais uma premissa (a premissa de subsunção individual)", sirva de base para conclusão adotada. Leva-se em conta, nessa definição, apenas o contexto de utilização lógica da norma geral, valendo ressaltar a observação que o valor "precedencial" não será obtido dessa análise, mas sim de uma doutrina do precedente[55], o que confirma que a eficácia do precedente judicial não está ligado à sua definição como tal, mas sim de fatores que lhe são externos.

Sob o prisma de análise subjetiva, a caracterização de uma norma geral como *ratio decidendi* exige um elemento intencional qualificado que é servir de base para uma causa específica e para futuros casos, trazendo para dentro do conceito o elemento precedencial, ou seja, a sua influência em futuras decisões. Assim, a *ratio decidendi*, em um conceito subjetivo, é uma norma geral, seja implícita ou explícita, que é utilizada em uma decisão com a finalidade de ser uma "estipulação jurídica fundamental para a decisão concreta e

---

[52] CROSS, Rupert e HARRIS, J.W. *Precedent in English Law.* Oxford: Clarendon Press Publication, 2004, p. 74.

[53] CHIASSONI, Pierluigi. *A filosofia do precedente: reconstrução e analise conceitual.* 2016. Universitas JUS, v.27, n.1, p.67-71. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/jus/article/view/4038/3003. Acesso em 03 de março de 2017 às 16h.

[54] CHIASSONI, Pierluigi. *A filosofia do precedente: reconstrução e analise conceitual.* 2016. Universitas JUS, v.27, n.1, p.69. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/jus/article/view/4038/3003. Acesso em 03 de março de 2017 às 16h.

[55] "Em ambos os casos, nos quais a *ratio decidendi*, misturada com vários argumentos identificados na base da estrutura lógica da decisão, deve ser tratada como provida de valor precedencial, não sendo alguma coisa que a estrutura lógica, enquanto tal – e nem este conceito de *ratio decidendi* -, possa dizer. Apenas uma doutrina do precedente – fornecendo algum critério de politica-legal – pode fazer esse trabalho". CHIASSONI, Pierluigi. *A filosofia do precedente: reconstrução e analise conceitual.* 2016. Universitas JUS, v.27, n.1, p.70. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/jus/article/view/4038/3003. Acesso em 03 de março de 2017 as 16h.

provida com valor precedencial para os casos subsequentes"[56].

O conceito mixado de *ratio decidendi* é obtido pela reunião dos conceitos objetivo e subjetivo. Assim, só será *ratio decidendi* a norma geral, implícita ou explicita, contida em uma decisão que seja intencionalmente utilizada como a base de inferência lógica para a solução de uma causa presente e dotada de valor precedencial para as futuras[57].

Os conceitos apresentados por Pierluigi Chiassoni se identificam intimamente com as técnicas de identificação da *ratio decidendi* já referenciadas, servindo de base para resolver algumas questões em torno de tais técnicas.

O conceito objetivo é nitidamente construído com base no teste de inversão de Wambaugh que exige que se parta do pressuposto de que a *ratio decidendi* é o fundamento sem o qual a decisão teria sido construída de outra maneira. Como visto, essa técnica não resolve os casos em que são utilizados dois ou mais fundamentos que, isoladamente, permitiriam chegar à mesma conclusão, sendo o caso de decisão sem *ratio decidendi*[58].

Na construção objetiva de Chiassoni, esse problema é resolvido admitindo-se a possibilidade de existir mais de uma base de inferência, hipótese em que todas elas seriam consideradas como *rationes decidendi*. Essa solução se pauta no pensamento que o que deve ser considerado é o papel da norma geral na inferência lógica utilizada para chegar à conclusão presente na decisão e não sua preponderância em eventual concurso de normas gerais. Servindo de base para inferência, a norma geral será *ratio decidendi*, independentemente de existir outras que permitam chegar à mesma conclusão. Desta forma, caso a conclusão tenha como base mais de uma premissa geral, haverá "tantas *rationes decidendi* quantas forem as diferentes (embora convergentes) premissas gerais adotadas" [59].

Dada a segurança que o conceito objetivo traz consigo, bem como por separar a norma geral e seu valor precedencial, o adotaremos como base para a definição que *ratio*

---

[56] CHIASSONI, Pierluigi. *A filosofia do precedente: reconstrução e analise conceitual.* 2016. Universitas JUS, v.27, n.1, p.70. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/jus/article/view/4038/3003. Acesso em 03 de março de 2017 às 16h.

[57] CHIASSONI, Pierluigi. *A filosofia do precedente: reconstrução e analise conceitual.* 2016. Universitas JUS, v.27, n.1, p.70. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/jus/article/view/4038/3003. Acesso em 03 de março de 2017 às 16h.

[58] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedente Obrigatório.* 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 223; DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v.2, 11ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 458.

[59] CHIASSONI, Pierluigi. *A filosofia do precedente: reconstrução e analise conceitual.* 2016. Universitas JUS, v.27, n.1, p.70. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/jus/article/view/4038/3003. Acesso em 03 de março de 2017 às 16h.

decidendi é a norma geral, explícita ou implícita, presente em uma decisão desde que a mesma tenha sido utilizada na base lógica para a conclusão da causa, considerando ser possível a existência de mais de uma ratio em uma mesma decisão.

É importante destacar que, levando em conta a dinâmica do precedente judicial, caberá ao órgão que decidirá no futuro realizar o diálogo com o passado, utilizando para isso a *ratio decidendi*. É nesse momento que será preponderante a análise dos elementos fáticos levados em conta para proferir a decisão, bem como os argumentos jurídicos que foram levados em conta na construção da ratio decidendi[60].

Definido o que seja a *ratio decidendi*, é preciso analisar o que se denomina como *obiter dictum.* Em uma indicação objetiva, *obiter dictum*, no singular, e *obiter dicta*, no plural, são "juízos normativos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão"[61].

Ainda que possa ser uma interpretação que se faz de um texto normativo, o *obiter dictum* não possui relevância argumentativa para a resolução do caso e por isso se distanciam da *ratio decidendi*[62]. É importante frisar que o *obiter dictum* não é relevante para a fundamentação da decisão dado ao caso, mas não é totalmente destituído de importância, especialmente se levado em conta a possibilidade de ser utilizado como reforço de argumentação na construção de raciocínios futuros, sendo dotado de eficácia persuasiva[63].

Por terem função argumentativa, não há diferença quanto a estrutura da *ratio decidendi* e o do *obiter dictum*, sendo relevante para separar um do outro, a análise de como foi o mesmo utilizado na construção de uma decisão judicial. São, em suma, construções advindas da interpretação de uma disposição normativa, mas que se diferenciam entre si pelo valor que possuem na construção do raciocínio que levou a conclusão do caso. Assim, um entendimento pode ser considerado como *ratio decidendi* em um caso, mas ser *obiter* para outro.

Por fim, nada impede, inclusive, que o *obiter* possa ser o primeiro passo para

---

[60] TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

[61] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. 11ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 2., p. 458.

[62] DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Estados Unidos: Cambridge, 2008, p.68; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 355-361.

[63] TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 177.

propiciar uma mudança futura de um precedente judicial[64], sendo essa uma conclusão que advém da aproximação entre os dois componentes de uma decisão jurídica, ressaltando a inexistência de diferença estrutural entre ambos, mas sim de utilização em determinado caso.

Diante da exposição dos conceitos que se relacionam com o precedente-norma, o item seguinte se destina a sua análise mais detida.

1.1.2.5 Conceito de Precedente-norma

Definida o que seja *ratio decidendi*, separando-a do chamado *obiter dictum*, é possível afirmar que, em um sentido estrito, o precedente judicial se confunde com a própria *ratio decidendi*, como o fazem Zenon Bankowski, Neil Maccormick e Geoffrey Marshall[65].

Em nosso meio doutrinário, ao realizar uma visualização sobre o contexto normativo, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira também definem, do ponto de vista estrito, o precedente judicial "como sendo a própria ratio decidendi"[66].

Denominando o precedente-decisão como precedente tomado em sentido impróprio, Lucas Buril de Macêdo entende ser o precedente "norma, significado alcançado por redução do termo norma do precedente, que é precisamente a *ratio decidendi*"[67].

Mais uma vez fica claro que a decisão judicial é um enunciado normativo[68] do qual é possível a extração de duas normas de densidades distintas: uma norma jurídica individualizada que se encontra no dispositivo e outra geral que, erigida a partir das especificidades fáticas e normativas do caso concreto, serve de substrato para a

---

[64] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. 11ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 2., p. 458.
[65] BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). Interpreting precedents: a comparative study. Estados Unidos: Dartmouth, 1997, p. 322-323.
[66] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. 11ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 2., p. 455-457.
[67] MACEDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 92-93.
[68] DIDIER JR, Fredie [Comentários ao art. 489]. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coordenadores) Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 724-725.

construção da primeira[69], encontrando-se na fundamentação do julgado.

A relação entre ambas é clara, ainda que possuam vocações distintas[70], sendo norma jurídica individualizada dirigida a decidir o conflito de interesses específico e a geral para fixar o entendimento normativo, do órgão judicial, sobre uma disposição normativa específica e dentro de um contexto fático determinado.

É importante fazer duas observações antes de definir a representação do precedente-norma. A primeira é que a enunciação de tais normas exige fundamentação específica para ambas, caso contrário poderia se prestigiar que um juiz parcial extraísse normas distintas, para casos distintos, de um mesmo dispositivo, quebrando a lógica da igualdade de tratamento dos jurisdicionados frente às decisões judiciais[71]. A segunda é que a menção ao elemento normativo do precedente-norma deve ser entendido como gênero, do qual são espécies de regras e princípios. Assim, a afirmação de que o precedente judicial enuncia uma regra para definição de casos futuros não afasta a possibilidade de se entender o precedente judicial como precedente-norma, mas apenas especifica qual a espécie normativa que se liga ao precedente-norma.

Diante de tudo o quanto exposto, é possível indicar que a representação do precedente-norma (PN), em um primeiro momento, envolve a depuração da decisão judicial (dj), separando a norma geral (ng) da norma jurídica individualizada (nji) e as considerações periféricas que não são base para a sustentação da conclusão (cp), nestes termos o precedente-norma se traduz na representação final de PN = ng - cp. Em

---

[69] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil. 10ª.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 442.

[70] "A decisão judicial – desde que assentada à interpretação como outorga de sentido ao texto e como reconstrução da ordem jurídica – abre a oportunidade para que a partir dela a doutrina realize um duplo discurso: um discurso voltado para o caso concreto e um discurso para a ordem jurídica. O primeiro constitui direito fundamental da parte e compõe o núcleo duro do direito ao processo justo (art. 5º, LIV e 93, IX, da CF/1988). O segundo é de ordem institucional, esta estruturado para promover a unidade do direito e visa à realização da segurança jurídica, da igualdade e da coerência normativa. Vale dizer fundamentação e precedentes são dois discursos jurídicos, com endereços e funções distintas, a que dá azo à decisão judicial no Estado Constitucional". MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 206, p. 61-69.

[71] "Raciocinando-se sempre em torno de questões de direito, há de se perguntar: será que a fundamentação, por si só, outorga alguma garantia às partes? A fundamentação, em tal perspectiva, pode dar legitimação ao exercício do poder jurisdicional? Ou melhor, num sistema em que as questões de direito podem ser decididas sem qualquer respeito ao passado? Há propósito em entendem que a fundamentação é capaz de garantir a imparcialidade do juiz e conferir legitimação à jurisdição? A justificação de determinada interpretação ou solução de questão jurídica, caso não precise levar em conta o que já foi decidido, nada significa em termos de garantia da imparcialidade. Ora, se um juiz, Câmara ou Turma podem decidir casos iguais de forma diferente ou atribuir significados diferentes a uma mesma norma, é evidente que não há como garantir a imparcialidade". MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedente Obrigatório. 3ª ed.* São Paulo: RT, 2013, p. 172.

conclusão, precedente-norma é a norma geral que foi utilizada na base da operação lógica voltada para a resolução de uma causa. Sendo o precedente judicial uma norma, resta analisar de que espécie normativa se trata. Thomas da Rosa de Bustamante situa o precedente-norma como integrante de um silogismo normativo que é realizado para se chegar a uma decisão ligado a um caso concreto, atribuindo ao precedente-norma o caráter de regra. Nesse sentido, indica o autor que:

> O que justifica a remissão a um precedente judicial é justamente a relativa determinação das normas adscritas que são paulatinamente produzidas pela jurisprudência. Raramente se verá, portanto, a hipótese de o aplicador do Direito se referir apenas a um princípio que tenha sido enunciado na argumentação que decide um caso anterior, pois em todo caso judicial está presente ao menos uma norma universal do tipo "regra" que conjugue os fatos do caso com determinado tipo de consequência normativa. A técnica do precedente judicial só é importante porque através dela é possível reduzir o grau de indeterminação que é característico dos princípios jurídicos, de sorte que normalmente a *ratio decidendi* deve se revestir de um caráter de "regra"[72]

Infere-se que a argumentação do autor acima referido é no sentido que não seria útil se utilizar de um princípio, dado seu alto grau de indeterminação, como base de um silogismo normativo dirigido à solução de um caso, apontando por isso ser o precedente judicial uma regra.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira também se valem do papel reservado à norma, presente no precedente, no silogismo normativo existente em uma decisão judicial para indicar que o procedente-norma é uma regra. O argumento básico utilizado para se chegar a essa conclusão é que quando se argumenta utilizando um princípio será necessária a construção de uma regra que o adapte ao caso em análise, para só então ser feito o silogismo normativo[73].

Discrepando dos entendimentos anteriores, Lucas Buril de Macêdo aponta que o precedente, quando visto como norma, pode tanto ser enquadrado como regra ou princípio. A razão dessa variabilidade está na identificação de que é possível que os precedentes criativos devem conter sempre uma regra jurídica, mas podem também conter um princípio como uma *ratio decidendi* autônoma à que se identifica como regra

---

[72] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do precedente judicial. A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 351.
[73] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil. 10a.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 465.

jurídica. Assim, o que determinará se um princípio acompanhará a regra, essa necessariamente presente em um precedente-decisão, é a análise do caso em específico[74].

Sendo o precedente-norma utilizado dentro de um contexto de tomada de decisões, deve ter uma determinação precisa o suficiente para que se identifiquem quais os fatos que foram levados em conta para sua construção, pois apenas assim será possível utilizar tal norma em uma decisão futura. Dessa forma, pela necessidade de precisão e de relação com um determinado conjunto fático específico, bem como pela necessária concretização de um princípio ao se utilizar o mesmo como base de um silogismo normativo, o precedente-norma deve ser considerado como uma regra jurídica.

Não se diga que o caráter geral do precedente-norma levaria a conclusão diferente, indicando ser o precedente-norma um princípio. Refuta-se tal argumentação eventual, pois também as regras possuem certa generalidade, visto que se aplicam a todos os casos que se ajustem ao seu contexto.

Definidas tais premissas, no item seguinte será fixado qual o conceito de precedente judicial que será adotado nesta pesquisa.

1.1.3 Conceito adotado

As conceituações que definem o precedente-decisão e precedente-norma não são conflitantes, razão pela qual não prevalecem uma sobre a outra, sendo complementares. Isso se dá porque são conceitos construídos, ainda que busquem explicar o mesmo objeto, com base em pontos de vista distintos. Tal escolha de critério de análise é que possibilita que os conceitos sejam utilizados, sem que isso importe em contradição teórica.

Entender o precedente judicial como precedente-decisão é, na verdade, indicar qual a fonte normativa em que será obtido o parâmetro passado para sua utilização no presente, não permitindo uma compreensão mais precisa do parâmetro em si. Em outras palavras, o precedente-decisão é, na verdade, fonte normativa, mas não é a norma propriamente dita. É continente do qual pode ser extraído o conteúdo normativo. Nesse tipo de análise, é importante frisar que, conforme já exposto, qualquer decisão judicial pode ser tida como precedente-decisão. A definição do precedente-norma, por sua vez, demonstra que, após a dinâmica da interpretação da fonte normativa, que é o precedente-decisão, será utilizado na construção de uma outra decisão futura.

---

[74] MACEDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 325-327.

A relação entre os dois conceitos pode ser descrita como sendo de continente e conteúdo e permite a operacionalização do precedente em determinado sistema. Com a definição do que seja o precedente-decisão, identifica-se onde buscar o precedente-norma.

Sendo visões diferentes de um mesmo objeto, mas construídas de pontos de vista também diferentes, nada impede que se agreguem as visões para a melhor compreensão do objeto. Desta forma, tentando a construção de um conceito que permita a melhor utilização do precedente em nosso sistema, podemos conjugar os conceitos de precedente-decisão e precedente-norma. Assim, adotamos o conceito de que *precedente judicial é a norma jurídica geral, extraída de uma decisão judicial, que serve de base argumentativa para a norma jurídica individualizada.*

Tal conceito apresenta dois elementos que devem ser melhor explicados e classificados.

O primeiro, de ordem objetiva, liga-se à fonte normativa da qual pode ser extraído o procedente judicial, a qual deve ser sempre uma decisão judicial. Essa delimitação é necessária, visto que o que importa é que a fonte normativa seja construída por meio da atividade processual judicial com as garantias e princípios que lhe são inerentes.

O segundo, por sua vez, liga-se ao tipo de norma que pode ser extraída da fonte normativa. Para poder ser utilizado como precedente judicial, a norma jurídica precisa ter densidade suficiente para ser tida como uma norma jurídica de caráter geral. É um elemento do conceito que se baseia na ideia de precedente-norma, mas vincula-se a necessidade de ter uma decisão judicial como substrato para sua extração. Além disso, a norma jurídica geral que pode ser tida como precedente, afastando-se do obiter dictum, é aquela que serve base argumentativa para a norma jurídica individualizada.

Qualquer outra preocupação, como demonstrado ao longo dos itens anteriores, com a qualidade do órgão jurisdicional (desde que seja um órgão jurisdicional, frise-se) que prolatou a decisão judicial, a observância de garantias processuais na construção dessa decisão ou ainda qual o efeito atribuído ao precedente em determinado sistema, devem ser deslocadas do plano da existência para outros, como o da dinâmica ou da eficácia do precedente judicial.

Uma última observação, de cunho metodológico, se faz necessária: apesar da adoção do entendimento do precedente judicial como uma norma jurídica passível de ser extraída de uma decisão judicial, as normas que estruturam o sistema processual brasileiro nem sempre adotam essa acepção. Por esta razão, e no momento adequado, indicaremos

como o sistema normativo entende o precedente judicial: se como uma norma jurídica ou como uma decisão judicial. Essa flexibilização conceitual existente no sistema não deve assustar o intérprete, pois "em todas as sistematizações jurídicas modernas existem precedentes-decisão e precedentes-normas"[75].

Definido o conceito de precedente judicial com que essa pesquisa irá se fundamentar, é importante distinguir o precedente judicial de outros institutos que são próximos, de forma a diminuir eventuais problemas de entendimento em etapas futuras desse trabalho e, para isso, se destina o item a seguir.

1.2 DISPOSIÇÃO NORMATIVA, PRECEDENTE JUDICIAL, JURISPRUDÊNCIA E ENUNCIADO DE SÚMULAS

Ainda que já tenha sido advertido anteriormente, não se pode confundir disposição normativa, precedente judicial, jurisprudência, enunciados de súmulas e coisa julgada, pois são conceitos que se distinguem, ainda que se relacionam de forma dinâmica.

A distinção aqui proposta ganha relevância ante a existência de diversas disposições normativas que utilizam tais conceitos, servindo de base para muitas de nossas conclusões futuras.

Cabe advertir que a investigação proposta tem base teórica, dispensando-se, no momento, as disposições normativas do CPC/2015 sobre o assunto.

1.2.1 Enunciado, norma e precedente judicial

Como visto, enunciado é qualquer "expressão linguística sob forma acabada"[76], podendo o mesmo ser classificado como normativo quando dotado de discurso com caráter prescritivo, que nada mais é do que o discurso empregado para modificar o comportamento humano[77]. Ao conjunto de enunciados normativos se dá o nome de texto ou de documento normativo[78].

---

[75] No original: "In altre parole: in tutte le organizzazioni giuridiche moderne vi sono prece- denti-sentenze e precedenti-norme". CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: tre escercizi di disincanto.* Disponível em http://docplayer.it/421839-0-considerazioni-introduttive-precedente-giudiziale-e-teoria-analitica-del-diritto.html Acesso em 12 de dezembro de 2017, p. 98-100.
[76] GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25.
[77] GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25.
[78] GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24.

Os enunciados se relacionam com as normas, pois serão objeto de interpretação, sendo a norma, o produto resultante dessa interpretação[79]. A disposição normativa, então, se situa dentro do contexto da comunicação, posto que enunciado é, servindo de base para a extração de uma norma.

A partir de tal definição, podemos aproximar enunciado, norma e o precedente judicial em dois momentos distintos, os quais se situam no início e no fim da extração de uma norma jurídica. Em um primeiro momento, a disposição se aproxima do precedente-decisão, já que ambos servem de fonte para a extração de normas jurídicas.

Quando, porém, se analisa o precedente judicial como uma norma jurídica (precedente-norma), a relação se desloca para um segundo momento, visto que o precedente é resultado, é o fruto de interpretação que surge a partir de uma disposição.

Levando em conta nosso conceito de precedente judicial, fica ainda mais clara a distinção necessária entre tais institutos. É que consideramos que o precedente judicial é composto por dois elementos: um enunciado, que é a decisão judicial, que servirá de base de interpretação para encontrar o segundo elemento, que nada mais é que uma norma jurídica geral.

1.2.2 Jurisprudência e precedente judicial

A palavra jurisprudência não possui um sentido único, podendo ser entendida, ao menos, em três acepções: "como sinônimo de ciência do direito, como atividade profissional do jurista e como conjunto de decisões judiciais"[80]. Tendo em vista a análise da relação entre precedente judicial, o qual possui como um de seus elementos uma decisão judicial, será levada em conta a jurisprudência como sinônimo de conjunto de decisões.

Assim, o conceito de jurisprudência é construído levando em conta a existência de decisões reiteradas sobre um determinado tema. Nesse contexto, só se pode identificar o que seja jurisprudência ante uma visão de um grupo de decisões judiciais. Conclui-se que jurisprudência é um conceito coletivo e que se define como um conjunto de decisões de

---

[79] GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 26.
[80] TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e- jurisprudencia/>. Data de acesso. 25 de outubro de 2016, p. 2.

um determinado órgão jurisprudencial, sobre um determinado assunto ou conjunto de assuntos.

Dado que o precedente judicial pode ser visualizado como uma decisão judicial (precedente-decisão), nada impede que se afirme que a jurisprudência pode surgir a partir da reiterada aplicação de precedentes judiciais ao longo do tempo. Nesse aspecto, o termo jurisprudência seria o equivalente a conjunto de precedente-decisão.

É necessário, então, apontar o que distancia o conceito de precedente judicial e o de jurisprudência. As diferenças entre o conceito precedente judicial e o conceito jurisprudência[81], são de ordem quantitativa e qualitativas, sendo ambas relevantes para a distinção aqui proposta.

Considerando o precedente judicial como decisão, este se distancia da jurisprudência por um aspecto quantitativo, pois o precedente-decisão não exige a repetição de um mesmo entendimento para se configurar. Já a jurisprudência, por sua vez, é um conceito que necessariamente envolve a repetição de decisões reiteradas sobre um assunto[82].

Corolário do quanto exposto é que o precedente judicial nasce como uma decisão, mas o mesmo não ocorre com a jurisprudência, já que essa representa uma tendência que só pode ser visualizada da repetição de julgados.

Aqui vale a observação que ainda que se distanciem quantitativamente, tanto o precedente-decisão como a jurisprudência são fontes para a extração de normas gerais, assim, não é estranho que o precedente-norma possa surgir da análise e interpretação da jurisprudência de determinado órgão jurisdicional. Precedente-decisão e a jurisprudência são, então, fontes normativas.

Em verdade só é possível enxergar diferença qualitativa entre o precedente judicial e a jurisprudência, caso se analise a norma que pode ser extraída da decisão (precedente-decisão) e do conjunto de decisões (jurisprudência). Assim, a afirmação de que existe diferença qualitativa entre o precedente judicial e a jurisprudência é construída com base na diferenciação possível entre o precedente-norma e a norma extraída da jurisprudência.

---

[81] TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e- jurisprudencia/>. Data de acesso. 25 de outubro de 2016, p. 3.

[82] TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e- jurisprudencia/>. Data de acesso. 25 de outubro de 2016, p. 3.

Essa diferença de qualidade surge pelo fato do precedente ser originado como uma decisão ligada a um caso específico, o que lhe dá uma maior densidade argumentativa sobre uma determinada questão. Some-se a isso o fato de que, na identificação do precedente-norma, também se leva em conta a dimensão fática da causa, o que não ocorre na identificação da jurisprudência de um determinado órgão jurisprudencial.

A norma que pode ser inferida do precedente, apesar de construída para um determinado contexto fático, possui caráter geral[83] e, por isso, tem aptidão para ser aplicada em casos futuros que se enquadrem dentro do contexto fático do caso originário. Esse é um dado fundamental para um sistema de precedentes e para nosso estudo.

Já a norma que pode ser extraída da jurisprudência não possui o mesmo nível de argumentação em sua criação, pois surge por meio de um juízo de dedução do conjunto de decisões. Nesse sentido, sequer é possível dizer, com segurança, que os fatos de cada caso são levados em conta no momento da visualização de uma norma geral advinda da jurisprudência.

Enquanto o precedente-norma é construído em um determinado processo, voltado para a solução de uma determinada questão normativa, servindo para a fixação de uma tese, a norma que pode se extraída da jurisprudência nasce da seleção, comparação, equiparação e distinção entre um conjunto de decisões, o que leva à uma dificuldade maior de identificar qual o entendimento normativo que pode ser condensado da tendência jurisprudencial, sendo essa a base para a diferença qualitativa entre precedente-norma e a norma da jurisprudência. É uma diferença, inclusive, que influencia na forma de argumentação jurídica com base em um precedente judicial e na jurisprudência.

As análises relacionais, apresentadas até aqui, foram feitas com base nos conceitos de precedente-decisão e precedente-norma. Resta analisar a relação de jurisprudência com base no conceito proposto nessa pesquisa.

Levando em conta que precedente judicial é a norma jurídica geral que pode ser extraída de uma decisão judicial, a jurisprudência, tida essa como um conjunto de decisões, pode ser fonte para a extração da norma jurídica geral desde que alguns cuidados sejam tomados.

Essa ressalva é necessária porque um dos elementos de nosso conceito de precedente judicial é a existência de uma decisão judicial, sendo que a jurisprudência,

---

[83] TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e- jurisprudencia/>. Data de acesso. 25 de outubro de 2016, p. 2.

como visto é um conjunto de decisões. Dessa forma, para poder encontrar um eventual precedente judicial de um conjunto de decisões judiciais, será necessário fazer um recorte mais específico, escolhendo uma amostra única das decisões que compõe a tendência jurisprudencial.

Tais ressalvas são importantes, pois só assim será possível visualizar corretamente, como já alertado anteriormente, quais os fatos, argumentos e interpretações que devem ser levados em conta no momento de decidir, futuramente, como base em um precedente judicial.

Apesar de tantas diferenças, precedente e jurisprudência se aproximam em alguns pontos, vez que ambos são instrumentos que permitem vislumbrar a forma como a atividade jurisdicional interpreta o ordenamento jurídico. Ainda no aspecto de semelhanças, são instrumentos que se prestam à interpretação equânime do judiciário, propiciando segurança jurídica[84].

Conclui-se que jurisprudência e precedente judicial não se confundem, ainda que a ambos possam ser atribuídos, por determinada ordem jurídica, efeitos semelhantes.

1.2.3 Enunciado de Súmula e Jurisprudência

À medida em que o conjunto de decisões sobre um determinado assunto amadurece, alinhando-se em um sentido, é possível perceber com maior nitidez a norma que dali pode ser extraída. Essa visualização pode ser feita de duas formas: concreta e pontual ou abstrata e geral.

A forma concreta e pontual se liga ao momento de construção de uma decisão para uma causa específica, utilizando-se da jurisprudência como uma fonte normativa ligada ao passado e à reiteração das decisões. Não há um procedimento previamente estabelecido para tanto, mas sim um exercício isolado de comparação e depuração do conjunto de decisões que forma a jurisprudência. Aqui, o objetivo é extrair a norma geral para aplica-la à resolução de uma causa específica e, por isso, identificado como uma forma de extração normativa concreta e pontual.

Existe também a possibilidade da norma geral da jurisprudência ser extraída por meio de um procedimento específico, voltado para criar um enunciado normativo, sem que se resolva uma causa específica, por isso chamado de abstrato, mas que servirá de

---

[84] ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional,* Curitiba: Juruá, 2012, p. 95-96.

repositório normativo para casos futuros, tendo, pois, um caráter geral. É por meio desse procedimento que surge o enunciado de súmula que pode ser definido como a condensação enunciativa da jurisprudência sobre um tema. Como não se liga a norma que será criada a um caso específico, ocorre uma "redução substancial do precedente"[85].

Não sendo decisões, nem fazendo referência necessária com os fatos que estão na base da questão jurídica julgada, ainda que possam ter eficácia vinculante, os enunciados de súmula não podem ser tidos como precedente judicial, mas sim como um indicativo da tendência interpretativa feita pelos tribunais em torno de normas gerais e abstratas[86].

Visto, porém, por outro aspecto, o enunciado de súmula também serve de fonte para a extração de uma norma geral que pode ser tomada como base para construções normativas futuras, mas essa característica não pode levar ao entendimento de que seriam espécies de precedentes judiciais, visto que não são decisões judiciais.

Quanto à norma geral que pode ser extraída de um enunciado de súmula, cabe frisar que essa norma não se confunde com a que faz parte do precedente judicial, sequer quando analisado como precedente-norma, visto que não é encontrada em uma decisão judicial, nem construída para a solução de uma causa específica e determinada.

Por fim, os enunciados de súmula não são fruto de uma atividade jurisdicional em que se garanta a observância do contraditório efetivo. Esta característica os afastam ainda mais dos precedentes judiciais, já que esses, para serem eficazes, passam pela exigência do contraditório.

Desta forma, fica claro que não se podem confundir os enunciados de súmula com os precedentes judiciais, especialmente, ainda que não só por esse motivo, por não serem os enunciados de súmula espécie de decisão judicial.

O certo é que com a edição de um enunciado de súmula, chega-se ao fim do ciclo de interpretação e enunciação normativa, que se inicia na interpretação de uma disposição normativa, que é o texto de lei, para se chegar a uma nova disposição normativa que é o enunciado de súmula de um tribunal[87]. Completa-se o curso de interpretação que se inicia

---

[85] TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e- jurisprudencia/>. Data de acesso. 25 de outubro de 2016, p. 4.

[86] TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e- jurisprudencia/>. Data de acesso. 25 de outubro de 2016, p. 4.

[87] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedente Obrigatório. 3ª ed.* São Paulo: RT, 2013, p.217-218; COSTA, Eduardo José da Fonseca. [Comentários ao art. 926]. In: CÂMARA, Helder Moroni, (Coordenador), Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1019; DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil. 11a.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 500-501.

em um texto (disposição normativa) e terminada em um novo texto (enunciado de súmula).

1.2.4 Coisa julgada e precedentes judiciais

Ainda que em torno dos precedentes judiciais exista uma ideia de estabilização, assim como ocorre com a coisa julgada, não se pode confundir os institutos.

A primeira diferença entre a coisa julgada e os precedentes judiciais é de categorização jurídica. O precedente é uma norma jurídica, ao passo que a coisa julgada é uma situação jurídica que recai sobre uma norma jurídica individualizada[88].

Conforme visto em item anterior, duas são as normas construídas em uma decisão judicial, uma de caráter geral, ligada à enunciação do entendimento normativo sobre uma disposição normativa e outra, individualizada, destinada à solução do caso. Tais normas podem ser atingidas por diferentes tipos de estabilidade. A geral será acobertada pela eficácia estabilizadora do precedente, ao passo que sobre a segunda recai a coisa julgada.

Apesar de produzirem efeitos de estabilização, não se pode confundir a coisa julgada com a eficácia do precedente, eis algumas diferenças:

a) quanto à forma de desconstituição da estabilidade, os precedentes judiciais exigem o procedimento de superação, ao passo que a coisa julgada demanda a interposição de ação rescisória, *querela nulitates* ou desconstituição por meio de impugnação ao cumprimento de sentença[89].

b) o prazo para que se desconstitua o precedente não é certo, ao passo que o da coisa julgada tem como marco o prazo relativo à possibilidade de interposição de ação rescisória.

c) no que diz respeito aos limites subjetivos, também temos regulamentações distintas. A eficácia obrigatória dos precedentes, ainda que ocorra em hipóteses restritas, possui incidência *erga omnes*.

Por sua vez a estabilidade advinda da coisa julgada, ainda que seja comum às decisões judiciais produzidas com cognição exauriente, possui raio de incidência menor,

---

[88] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. Revista dos Tribunais. São Paulo: jun/1970, p. 11-15.
[89] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil. 10a.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 472.

vinculando as partes[90], sem embargo de poder beneficiar terceiros, conforme a norma presente no art. 506, CPC/2015, que indica que a decisão "faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros".

Não se diga, porém, que a coisa julgada não possa prejudicar terceiros, visto que existem decisões que podem gerar coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, atingindo a quem não foi parte no processo. Essa possibilidade decorre da própria natureza transindividual do direito debatido no processo, já que se relacionar com a resolução de caso ligado a direitos difusos[91].

Para que isso seja possível, saindo da regra geral de impedir prejuízos advindos da coisa julgada a terceiros, existe todo um regramento normativo próprio e diferenciado para a coisa julgada formada no sistema de tutela coletiva de direitos e interesses.

É interessante notar que para o precedente ter eficácia *erga omnes*, não se faz um regramento específico de acordo com o tipo de direito debatido, se coletivo ou individual, pois, ainda que se trate de um direito subjetivo individual, a norma jurídica geral desenhada na decisão pode, reunidas certas condições, ter eficácia erga omnes.

Assim, não se pode enxergar a eficácia do precedente judicial como se coisa julgada fosse, mesmo que ambas levem a configuração de situações de estabilidade normativa.

Feitas as definições necessárias em torno do precedente judicial, o próximo capítulo será destinado a tratar sobre o método de decidir que leva em conta os precedentes judiciais como parâmetros normativos.

---

[90] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil. 10a.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 472.

[91] DIDIER JR, Fredie [Comentários ao art. 1º]. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coordenadores) Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 779.

2 O PAPEL DO PRECEDENTE NA CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O capítulo anterior foi destinado à realização de uma investigação sobre o precedente judicial, visando a preparação da análise do seu papel na tomada de decisões. Além da delimitação de um conceito de precedente judicial, bem como de sua diferenciação quanto a outras definições que comumente lhe são relacionadas, premissas importantes foram erigidas.

Como visto, os textos e normas jurídicas, ainda que se relacionem, não se confundem, tendo a interpretação um papel fundamental na atividade de extração de normas de textos. Existe, inclusive, um consenso, seja em uma percepção hermenêutica, seja em uma visualização argumentativa, que texto e norma são objetos distintos, sendo válido afirmar que as normas não são pressupostos, mas sim decorrência da interpretação que é um processo que envolve as etapas de análise do texto, decisão sobre o significado e a argumentação[92], sempre tendo a subjetividade como marca característica. Conclui-se que a atividade do intérprete se caracteriza pela reconstrução de significados, dando ao texto um novo sentido que é a norma.

Em correlação com essa primeira premissa, especialmente pela subjetividade presente no processo interpretativo, surge a segunda e que se consubstancia na constatação de que é possível a ocorrência de diversidade interpretativa de um determinado enunciado, explicando por que interpretes diversos podem visualizar normas distintas diante de um mesmo dispositivo normativo.

Como resultado parcial dessas duas premissas iniciais, temos: as normas jurídicas decorrem da interpretação de um texto normativo e, dada a subjetividade da atividade interpretativa, admite-se a possibilidade de variação de visualização normativa quando a análise é feita por intérpretes diferentes.

O terceiro ponto que vale ser assinalado é a consagração do entendimento de que em uma decisão judicial, como fruto da atividade jurisdicional, não ocorre apenas a declaração da vontade concreta da lei, mas sim um processo de reconstrução interpretativa do sentido das proposições jurídicas. Não se pode esquecer que na construção de uma decisão judicial, o órgão jurisdicional se vale de duas normas jurídicas, sendo uma voltada para delimitar o entendimento que se tem sobre uma determinada disposição normativa e a outra voltada para a resolução da causa que motivou a

---

[92] GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 32.

provocação do judiciário.

A decisão judicial, então, localiza-se dentro do panorama interpretativo, trazendo consigo todos os problemas relativos à possibilidade de diversidade interpretativa, especialmente quando tal atividade é feita por órgãos jurisdicionais diversos.

É essa possibilidade que embasa a necessidade de construção de mecanismos, teóricos ou normativos, voltados à obtenção de uniformização do entendimento jurídico sobre o um determinado dispositivo legal. Fosse a interpretação normativa sempre em sentido único, não existira o risco de decisões judiciais contraditórias.

É nesse ambiente, aparentemente caótico, em que se admite a possibilidade de diversidade interpretativa e no qual as decisões judiciais ganham especial relevo na reconstrução normativa, que o precedente judicial deve ser analisado.

No presente capítulo, a dissertação se volta para definir qual o papel do precedente judicial na reconstrução normativa feita pelos magistrados em suas decisões judiciais.

Essa parte da investigação foi feita em três etapas: a primeira tem como objetivo analisar a preocupação em balizar a possibilidade de escolhas interpretativas e de criação normativa por meio de decisões judiciais; a segunda será voltada a definir como o precedente judicial pode servir de base para um método racional de tomada de decisões judiciais; por fim, na terceira parte, o objetivo foi mostrar que decidir com base em precedentes judiciais é uma decorrência da estruturação dos sistemas jurídicos.

2.1 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Ligada à premissa que admite a possibilidade de que dispositivos normativos tenham mais de uma interpretação, é natural que surja duas perguntas básicas: a primeira consiste em saber se uma interpretação deve prevalecer sobre as demais; a segunda, por sua vez, se existe algum método que permite chegar a interpretação mais adequada em um determinado contexto. Tais questionamentos assumem tamanha relevância que orientam as teorias da argumentação voltadas para a construção de decisões judiciais.

É possível, então, afirmar que a argumentação jurídica é uma ramificação da chamada argumentação prática, tendo como objetivo delinear mecanismos de avaliação, com base na racionalidade de ações que foram tomadas em um ambiente que seja possível a diversidade de escolhas.

Ligando a argumentação ao panorama da interpretação, já que interpretar é uma ação, a argumentação jurídica assume o papel de método para justificar o porquê de uma interpretação prevalecer em detrimento de outra.

Com relação ao questionamento sobre a necessidade de que uma decisão prevaleça, eis um ponto importante: em contextos onde não existe possibilidade de escolha, não há porque justificar uma ação tomada, visto que ela será sempre a única possível. Nesse panorama de determinismo, inexiste a necessidade de discursos baseados na argumentação.

Não se pense, porém, que apenas quando não haja escolhas possíveis que a justificação é desnecessária. Em um contexto não prescritivo, por exemplo, não há necessidade de que um determinado sentido de interpretação prevaleça sobre as demais. Um bom exemplo de um contexto não prescritivo é o campo da interpretação artística, no qual os entendimentos dissonantes sobre um verso poético, de elementos de uma narrativa histórica ou até mesmo de cenas de uma película podem tornar mais atraente a obra artística. O sorriso da *Mona Lisa* é mais belo, justamente por ser enigmático, assim como saber se o peão caiu ou não, ao final do filme *A Origem*, revigora a história ali contada a cada exibição. Nesse contexto de liberdade, não existe a necessidade de que uma determinada exegese prevaleça sobre as demais. Ainda que existam intérpretes que tenham a pretensão de que sua versão seja a definitiva, não existe exigência de que isso venha a ocorrer ou risco se não se efetivar. No campo da enunciação não prescritiva, o interpretar não é hierarquizável.

O contexto muda quando existe uma pretensão prescritiva para o texto que se interpreta. Diante do caráter prescritivo de certos enunciados, a possibilidade de divergência interpretativa e, principalmente, de ações que podem ser tomadas, representa um problema, pois a dúvida instaurada pode vir a comprometer a própria natureza prescritiva do que se interpreta. Neil MacCormick indica como o contexto de interpretação, dúvida e argumentação jurídica se relacionam:

> Sem qualquer elemento de dúvida ou tentativa de resolver essa dúvida, eu imediatamente apreendo o que é necessário. Essa apreensão imediata de sentido pode ser chamada de interpretação, mas apenas em sentido bastante amplo do termo. Uma concepção mais estreita da interpretação é mais útil e relevante ao estudo da argumentação jurídica. Esse é o sentido de acordo com o qual interpretamos apenas quando nos deparamos com alguma situação de dúvida quanto ao sentido, seguida pela resolução dessa dúvida por referência a alguma razão que dê apoio à preferência pelo sentido escolhido[93].

[93] MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito.* São Paulo: Elsevier, 2008, p. 161.

Ressalte-se que argumentar não é algo exclusivo do campo jurídico, mas a argumentação jurídica possui como diferencial a necessidade de se chegar a uma decisão justificada. Por exemplo, enquanto que na argumentação filosófica é possível não chegar a um consenso ao fim do processo argumentativo, na argumentação jurídica, por sua finalidade de solucionar controvérsias, é preciso que uma decisão exista ao final.

Na seara jurídica, não se interpreta por puro deleite, mas sim porque é necessário extrair normas que orientarão o comportamento humano. Interpreta-se para conseguir delimitar o caráter prescritivo do direito. Em última análise, interpreta-se para chegar a uma decisão sobre que comportamento deve ser tomado em determinada situação.

Não se imagine que a necessidade de chegar a uma decisão permita que esta seja construída com base em qualquer parâmetro. O primeiro passo para orientar qual interpretação deve prevalecer é delimitar o direito como parâmetro interpretativo, pois não se pode interpretar um texto jurídico com o repertório encontrado no senso comum, sob pena de desvirtuar conceitos técnicos e todo o processo de interpretação e argumentação.

É importante, então, assumir que, em um Estado Democrático de Direito, as decisões precisam ser justificadas e que é possível que ocorra essa justificação por meio da argumentação jurídica. Tal afirmação afasta as linhas de pensamento que não admitem a necessidade de justificação, bem como aquelas que indicam que a justificação das decisões judiciais decorre tão somente da vontade do magistrado.

A primeira linha de pensamento é característica do chamado determinismo metodológico em que as decisões judiciais não precisam de justificação porque se sustentam na autoridade outorgada para quem possui a incumbência decisória em determinado sistema[94]. As decisões, por serem atos de autoridade, não demandariam discursos de justificação ou teriam a justificação na própria autoridade. É um pensamento absolutamente autoritário e ultrapassado. Em geral, especialmente nos chamados Estados de Direito, não se admitem decisões que não sejam motivadas. Em um contexto de interpretação, é na motivação que se pode aferir que caminho se percorreu até a decisão. No que diz respeito à argumentação, é com a motivação que se deixa claro a racionalidade em torno da escolha de uma decisão, em detrimento de qualquer outra[95].

---

[94] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica.* São Paulo: Landy, 2003, p. 22.
[95] LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 81.

Seja para possibilitar o controle processual e social do uso do poder de decidir por um determinado órgão jurisdicional, seja para justificar a decisão a que se chegou, a necessidade de motivação é uma conquista contra o arbítrio e subjetivismo. Uma exceção em nosso sistema, que por si só é incapaz de desnaturar a afirmação inicial, é a decisão do tribunal do júri, em que os jurados não precisam justificar a decisão que tomaram.

A segunda alegação, de que não é possível ocorrer efetiva justificação das decisões judiciais ante à sua caracterização como um ato de vontade merece um pouco mais de atenção. Baseadas em uma preocupação de justificação das decisões, reúnem-se em um mesmo grupo as teorias que não reconhecem a razão como elemento definidor das decisões, posto que as escolhas decisórias não seriam construídas baseadas em uma operação lógica, mas sim na vontade de quem decide[96]. Esta premissa, adotada pelos realistas, indica que as decisões judiciais, sendo atos de vontade, desenvolvem-se de modo retrospectivo. Isso vale dizer que primeiro seria criada a conclusão, o que se daria a partir de impressões das mais variadas e subjetivas, para depois serem submetidas à racionalidade.

Esse pensamento, por privilegiar a vontade e não a racionalidade do ato decisório, se aproxima da chamada Jurisprudência dos Valores em que se rejeita a visão de sistemas jurídicos edificados sob a lógica dedutiva e na unidade formal.

São teorias que, em última análise, reforçam a ideia que o juiz, ao apontar qual o interesse que deve ser privilegiado valendo-se dos princípios extraídos da lei, dos valores ou da observação da realidade social[97], apenas sustenta uma decisão que já foi tomada. Neste contexto teórico, é a vontade do juiz que guia a busca por uma decisão para um problema normativo, abandonando-se a ideia de que as decisões seriam construídas com base apenas no raciocínio lógico-formal.

Pode-se dizer que essa linha teórica entende que o sistema jurídico não conteria internamente todas as variáveis necessárias para a solução de um caso concreto, cabendo ao juiz captar os elementos ali ausentes, complementando as lacunas do conjunto normativo de forma a privilegiar os interesses, valores e princípios da comunidade com a qual se relaciona o caso. É uma nítida rejeição aos procedimentos decisionais

---

[96] LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito.* v 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 165-168.
[97] LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito.* v 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 165-168.

formalistas, ressaltando a importância do papel do interprete na aplicação do direito e que ressalta o caráter voluntarista da metodologia jurídica[98].

Apontar que valores devem ser levados em conta na interpretação do sistema, especialmente quando não são passiveis de extração do direito positivado, é uma preocupação para instrumentalizar a aplicação do direito baseada na ideia de justiça[99]. Não se pode confundir, porém, a preocupação em adequar os valores à interpretação normativa com a busca de uma "justiça material"[100] ou do direito justo.

Para Claus-Wilhelm Canaris, trazer os valores para as interpretações jurídicas envolve analisar o legislado "em todas as suas consequências até o fim, transpô-lo para casos comparáveis, solucionar contradições com outros valores já legislados e evitar contradições do surgimento de outros valores"[101].

A tese serve para explicar a estrutura interna de um conjunto normativo, com a preocupação de lidar com o problema ligado à necessidade de o juiz decidir casos concretos que não seriam resolvidos pela lógica formal. É uma construção teórica que "serve sobretudo para aplicar o direito"[102], sendo nítida a sua proposta teleológica. Nesse sentido, trata-se de construção com intuito prático, mas que admite uma grande permeabilidade do sistema jurídico a valores subjetivos e externos.

Karl Larenz segue essa linha de pensamento, defendendo que interpretação da norma parte do quanto estabelecido pelo legislador, mas caso surja uma lacuna normativa, a solução deve ser encontrada, ainda no direito, mas nos valores existentes nos princípios jurídicos. Seguindo esse método, seria possível conseguir uma solução baseada na justiça. Para o autor, "um sistema conceptual formado apenas segundo critérios lógico-formais divorcia-se das relações valorativas que estão por detrás da forma"[103].

O valor, então, aparece como um elemento necessário para permitir a aproximação ideal entre o conjunto de enunciados normativos do sistema posto e o sistema obtido

---

[98] CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.10.

[99] "O Direito tem inerente, pelo seu próprio sentido, uma pretensão de rectidão, no sentido de Justiça, de tal modo que ele tem de se deixar medir por ela, para ver em que medida satisfaz essa pretensão". LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.138.

[100] CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.75

[101] CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.75

[102] LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no Direito.* v 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 314.

[103] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 240.

através da sua interpretação, sendo um elemento que deve ser levado em consideração na interpretação das possibilidades decisórias em um determinado sistema.

São todos pensamentos construídos em um ambiente pós-positivista e que não podem ser desprezados, mas não estão isentos de críticas.

É que, ao fixar o direito como parâmetro de justificação, não se defende o retorno ao positivismo clássico ou ao positivismo exclusivo. Ainda que se possa exigir que a decisão também esteja de acordo com a Moral, no campo da argumentação jurídica, inegavelmente, a consonância com o direito é o elemento base para a ideia de justificação.

Em verdade, o direito será o ponto de partida de tais empreitadas, permeadas com a possibilidade de interface com a Moral e outros parâmetros, desde que não o contrariem. Da mesma forma, definir o direito como parâmetro básico da interpretação e argumentação não leva à conclusão de que apenas exista certeza em torno dele, relegando a moral ao campo da incerteza. Não são raras as controvérsias em torno do significado, alcance e qualificação das normas jurídicas. Inclusive, reconhecer tais controvérsias em torno das normas jurídicas é pressuposto para que se admita o caráter argumentativo do direito.

A indicação do direito como parâmetro da argumentação jurídica afasta, ainda, dois problemas sérios, sendo um de ordem formal e outro ligado ao problema das fontes normativas. Neil MacCormick expõe tais problemas:

> É possível sustentar a visão de que os julgamentos morais são excessivamente particularistas, com cada decisão dependendo de seus próprios fatos e circunstâncias, e levando à ação a partir de um julgamento razoável das razões para a decisão presentes em cada contexto decisório. Essa visão é contestável (eu, por exemplo, não creio nela), mas ao menos nós podemos concordar com aqueles que a sustentam que não há nada como um código escrito de moralidade, e que não é possível encontrar a respeito dela bibliotecas inteiras, cheias de decisões capazes de servir como precedentes. Portanto, aquela parte do particularismo moral que afirma que os julgamentos morais se processam sem qualquer recurso a um conjunto estabelecido de regras e princípios pode ser aceita[104].

Assim, no que diz respeito à fundamentação formal, os parâmetros morais não podem ser utilizados como critérios únicos na argumentação jurídica pela inexistência de regras que conduzam o processo de argumentação moral[105]. O problema do acesso às fontes normativas é fruto da inexistência de compilação de parâmetros morais

---

[104] MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito.* São Paulo: Elsevier, 2008, p. 18.
[105] MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito.* São Paulo: Elsevier, 2008, p. 18.

normativos, o que não ocorre quando se utiliza o direito como parâmetro para guiar a interpretação e argumentação jurídica.

A partir do pressuposto que as decisões judiciais podem ser justificadas e que as suas razões devem ser encontradas no direito, ainda que possam conviver com aquelas que venham de outras fontes, as maiores questões das teorias da argumentação jurídica passam a girar em torno de como as decisões se justificam de fato e como elas deveriam se justificar. As decisões judiciais podem ser tidas como justificadas sob dois ângulos, sendo um formal e outro material.

Do ponto de vista formal, a argumentação leva à justificação quando não seja possível apontar vícios de lógica formal entre as proposições argumentativas e a conclusão tomada. Com base nesse critério único, não se leva em consideração o conteúdo axiológico das proposições postas, mas apenas se existe ou não incompatibilidade lógica entre elas.

A justificação material ocorre quando se pode ter como aceitável, em determinado sistema, uma argumentação levando em conta o conteúdo das proposições. Aqui se analisa o argumento frente aos princípio e valores de um determinado sistema jurídico.

Com base nessa divisão e diante da complexidade do fenômeno jurídico, especialmente de sua compreensão, a argumentação jurídica assume um papel fundamental para que se obtenha uma decisão que seja razoável, dentro do sistema em que se encontra, quando avaliada pelos dois ângulos possíveis de análise. Surge, então, a necessidade de que a decisão seja construída com base em uma argumentação que possua viabilidade sistêmica.

A ideia de viabilidade sistêmica da argumentação e, por conseguinte, da decisão judicial, é um ponto que merece destaque: em meio a possibilidade de diversas decisões, a busca deve ser por aquela que se encontre lastreada em argumentos que mantenham a integridade do sistema e que seja a melhor resposta possível levando em conta os elementos desse mesmo sistema. Caso não seja possível defender que uma decisão judicial deva ter como parâmetro os elementos de validade de um determinado sistema jurídico, não há esperança para que se defenda a viabilidade do próprio direito como elemento normativo.

Com essa constatação, a discussão em torno dos limites para a argumentação jurídica passa a ser um debate que tem como objeto os limites do sistema jurídico, admitindo-se como base argumentativa aquilo que possa ser enquadrado nesse contexto,

sendo admissível agregar argumentos com valores outros, desde que não se contraponham aos limites sistêmicos.

É preciso, ainda, dizer que em um método baseado na argumentação jurídica, a ideia de verdade, tão cara ao positivismo clássico, é posta em xeque, privilegiando-se mais a verossimilhança de argumentos racionalmente organizados, de forma que a persuasão passa a ser uma das medidas para que se tenha como justificada uma decisão.

Por fim, deve-se ressaltar que é possível, por meio de argumentação, que ocorra apenas a explicação da ação, mas não a sua justificação. No campo da explicação, o discurso é voltado para indicar o que ocorreu, sem preocupação em justificar porque uma ação deve prevalecer sobre a outra. Em um procedimento judicial, por exemplo, pode-se analisar a decisão tanto sob o ponto de vista da explicação quanto da justificação: a explicação ocorre quando se afirma que um juiz tomou uma decisão com base em suas convicções religiosas ou levando em conta aspectos econômicos; a justificação, por sua vez, se dá quando a afirmação é que a decisão foi embasada, por exemplo, no princípio do devido processo legal[106]. Com base em tais espécies diferentes de discurso, podem-se classificar as razões em explicativas ou justificativas.

> A teoria padrão da argumentação jurídica se situa precisamente nessa segunda perspectiva, isto é, no contexto de justificação dos argumentos, e em geral costuma ter pretensões tanto descritivas quanto prescritivas. Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, e nesse sentido se opõem tanto ao determinismo metodológico quanto ao decisionismo metodológico[107].

De tudo o quanto exposto, pode-se concluir que a aplicação do direito se dá por meio da argumentação jurídica, admitindo-se, por força do caráter subjetivo da interpretação e de construções normativas, a necessidade de, sempre que mais de uma ação possa ser tomada, justificar as decisões com base nos valores do sistema jurídico que se analisa.

No item seguinte, será mostrado como o precedente judicial pode ser um instrumento para dar racionalidade à tomada de decisões judiciais. A análise foi feita com base no conceito de precedente judicial definido no primeiro capítulo, situando-se no campo da argumentação jurídica.

---

[106] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica.* São Paulo: Landy, 2003, p. 17.
[107] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica.* São Paulo: Landy, 2003, p. 22

2.2 O MÉTODO DE DECIDIR COM BASE EM PRECEDENTES

Decidir é uma forma de agir, razão pela qual é possível, de forma ampla, referenciar os métodos de definição de ações como métodos de definição de decisões. Em um contexto mais estrito existem diferenças, vez que nem todo agir implica em decidir, assim, quando existirem particularidades que diferenciem agir e decidir, será feita a devida referência indicando em que sentido devem ser compreendidos os termos. Feita essa explicação, seguimos na análise do precedente e sua função no contexto decisório.

Conquanto seja possível esboçar um conceito puro de precedente judicial, pensamos que a exata compreensão do mesmo só se dará ao analisar a sua função na construção de decisões judiciais. É nesse contexto de funcionalidade que podemos descrever o panorama geral do decidir com base em precedentes.

A busca por modos que permitam orientar ações é comum na vida cotidiana, sendo impossível enumerar todas as formas que podem ser utilizadas para esse fim[108], dada a incomensurabilidade[109] de variáveis possíveis de serem levadas em conta no momento de agir.

Algumas dessas maneiras são bastante usuais e óbvias como, por exemplo, agir segundo a intuição ou por meio de razões pessoais. Seguindo tais critérios é possível decidir vestir uma roupa com base na superstição, ir para um determinado local com base em sentimento religioso ou deixar de praticar uma ação por sentir um pressentimento. Nada impede, ainda, que a opção seja, simplesmente, por não agir, confiando na solução que o acaso trará.

Neste contexto, marcado pela amplitude de opções de parâmetros de ação, existe

---

[108] Desta perspectiva, fica clara a existência de práticas metodológicas plurais. Tais práticas no desenvolvimento de uma pesquisa jurídica justificam-se, seja ante uma fragmentação temática bastante evidenciada, seja porque, ao tratar de um conjunto de problemas, cada classe desses problemas requer um método ou técnicas especiais, como ensina Mario Bouge. BOUGE, Mario. *La Investigación Científica.* Su estratégia y su filosofia. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1985. p.26-27

[109] Nos referimos à incomensurabilidade como expressão de multiversidade de variáveis possíveis. O termo incomensurabilidade, para Feyerabend, envolve a existência de uma diversidade de teorias científicas, em torno de um mesmo domínio, e que não admitem comparações diretas já que são baseadas em suposições incompatíveis. É, pois, um problema de compatibilidade lógica-teórica dada a existência de teorias construídas com paradigmas distintos. Para Khun, a incomensurabilidade consiste na incomensurabilidade dos paradigmas. Dado que uma revolução científica ocorre quando temos a comunidade científica aceitando um novo paradigma, diferente e incompatível com o anterior, teríamos uma verdadeira mudança de mundo para os cientistas com a modificação dos conceitos, das questões, pressupostos e métodos anteriormente aceitos. O paradigma é tão marcante que determina a forma do mundo dos cientistas que, ao aceitarem paradigmas diferentes, veem "mundos" distintos. FEYERABEND, Paul. *Contra o método.* Tradução de Octanny S. da Mota e Leonidas, p. 349-353; KHUN, Thomas S. *A estrutura das revoluções cientificas.* São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 227.

uma grande possibilidade que mais de uma ação seja considerada como correta, ante os critérios escolhidos, criando um verdadeiro labirinto decisório.

Também é possível criar um método que ajude a pautar ações do agir em geral. Toma-se aqui a noção de método como um conjunto de ações dirigidas para um determinado fim, método como um procedimento a ser seguido.

Uma dessas possíveis técnicas decisórias, sendo a que mais interessa ao presente estudo, envolve agir com base no que foi feito no passado, diante de uma situação semelhante[110], até porque "aplicar as razões do passado para resolver problemas do presente e do futuro é uma parte básica da razão prática"[111]. É esse método, que pauta ações presentes com base no que se fez no passado, que aqui se denomina de método de agir com base em precedentes ou, simplesmente, de decidir com base em precedentes.

Assim, é um erro ligar a utilização de precedentes como ferramentas auxiliares para o agir exclusivamente na atividade jurídica. Em verdade, é possível afirmar que o método de ação baseado em precedentes é usualmente utilizado em diversos campos da ação humana, pois assim procede quem leva em conta ações passadas para pautar uma ação presente[112]. O professor que decide um pedido de correção de prova, pautando-se em uma decisão pretérita, tomada ante a um pedido que tratava do mesmo assunto, está construindo sua decisão sobre um precedente e, em última análise, agindo com base em um precedente.

Seja com base em valores de igualdade, coerência, justiça[113] ou até mesmo de inércia[114], quando se age com base em precedentes, é nítido que a ação presente se pauta em um juízo valorativo pretérito, sendo uma ação com base retrospectiva. Nesse momento, a ação se pauta no seguinte raciocínio: em um momento passado como se agiu diante dessa mesma situação[115]?

---

[110] DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 1.

[111] "applying leasons of the past to solve problemens of presente and future is a basic part of pratical reason" MacCOMRICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting precedentes: a comparative study*. England: Ashgate, 1997, p. 1. Tradução nossa.

[112] SCHAUER, Frederick. Precedente. Em Precedentes. Coleção grandes temas do novo CPC. DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; BURIL, Lucas (coord). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 50.

[113] Aqui se utiliza o conceito de justiça formal de Peralman. PERELMAN, Chäim. Etica e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

[114] A ideia aqui é que é possível agir com base em precedente simplesmente para não ter que enfrentar o problema novamente.

[115] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do precedente judicial. A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. XII.

Eis, então, um ponto importante: em um método de decisão com base em precedente, existe a exigência que a ação passada seja levada em conta no presente. Ainda que possa ser afastada, ante a constatação da sua impropriedade para servir de parâmetro, a valoração da ação anterior será uma etapa necessária desse método singular de pautar ações.

Desta forma, a conexão entre passado e futuro, que é a marca do decidir com base em precedente, surge por meio de uma análise de ordem relacional, na qual se leva em conta a situação passada, por escolha metodológica, para com isso pautar a ação presente. Inexistindo esse compromisso com o passado, não se age com base em precedente.

Visto por esse ângulo metodológico, pautar uma decisão com base em precedente consiste em conectar presente e passado, sendo o precedente um instrumento para esse método e pode ser definido, simplesmente, como uma ação passada. Cabe ressaltar que o que se exige é que o agente dialogue com o passado, mas não necessariamente que siga o mesmo sentido da ação passada. Não desnatura o método de agir com base em precedentes a possibilidade de que o agente despreze a ação passada, desde que dialogue com a mesma no presente. O que descaracterizaria o método de ação com base em precedentes seria a inexistência de compromisso que o agente levasse em conta na ação passada. A indiferença com o passado é que desnatura essa forma de ação. Assim, saber se esse evento passado deve ou não influenciar o presente, bem como em que medida isso ocorre, é uma questão ligada ao método e não da essência do instrumento.

Por isso, afirmar que "o precedente é um evento passado que serve de guia para o presente" [116] é uma afirmação que só pode ser aceita se pautada em uma visão de utilidade do objeto precedente, sob pena de configurar uma confusão entre o instrumento (precedente) e o método (agir com base em precedente).

Ainda que a grande característica do decidir com base em precedentes seja a conexão com o passado, nem tudo que é vivido no passado servirá como precedente cabendo aqui algumas distinções.

A primeira delas consiste em separar a ação com base em precedente da ação que tem como fundamento a experiência. Quando se leva em conta uma experiência passada para tomar uma decisão presente, avalia-se o que se apreendeu naquele momento

---

[116] "A precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action". DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 1. Tradução nossa.

aplicando-o ao momento presente[117]. Nesse caso, é até possível que a experiência leve à tomada de uma decisão atual que seja o oposto da anterior, justamente porque se aprendeu que não se deve repetir a ação passada. Por exemplo: deixar de tocar em algo incandescente, pois em um momento anterior a experiência levou a uma sensação de dor extrema. Neste caso, a ação passada não será tomada como parâmetro, mas sim a dor que se vivenciou naquele momento.

Ainda se distinguem o precedente e a experiência quanto ao aspecto valorativo da ação passada, sendo essa a principal diferença entre agir com base no primeiro ou nesta outra. Ao se utilizar da experiência o agente se baseia na probabilidade que a situação presente será como a passada e isso já esgota a importância daquela na ação presente[118]. Nada impede, inclusive, que a experiência seja desprezada no presente, sem qualquer motivo e não deixará qualquer vestígio na ação. Já quando o método de tomar uma decisão se pauta em um precedente, o valor dado ao passado leva à necessária análise do quanto feito e da sua relação com a ação presente, pois decidir com base naquele exige, ante situações semelhantes, levar em conta o comportamento anterior.

De igual forma, o fato de alguém decidir estudar em determinado horário, por exemplo, pode formar um padrão, mas visto de maneira isolada, caso esse agir não tenha que ser necessariamente avaliado como um parâmetro futuro, não poderá ser tomada como uma ação tomada com base em precedente[119]. A situação muda, porém, se o agente assumir que é necessário levar em conta o padrão estabelecido para a tomada de futuras decisões, aderindo ao método de agir com base em precedentes.

É a presença do compromisso com o passado que distingue as diversas formas de lidar com atitudes passadas, todas as diferenciações aqui apresentadas são feitas levando em conta esse dado e apenas reafirma esta característica: o decidir com base em precedentes judiciais exige o compromisso com o passado.

Em suma, a ação só pode ser tida como baseada em um precedente, vista do ponto de vista metodológico, quando envolve a identificação do que foi, avaliando sua compatibilidade com o que é, para forçar um diálogo entre o presente e o passado.

---

[117] DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 3; SCHAUER, Frederick. *Precedente.* Em *Precedentes. Coleção grandes temas do novo CPC.* DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; BURIL, Lucas (coord). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 54;

[118] SCHAUER, Frederick. *Precedente.* Em *Precedentes. Coleção grandes temas do novo CPC.* DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; BURIL, Lucas (coord). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 54.

[119] DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 4.

Está claro que decidir com base em precedentes, tem clara função de racionalização da escolha de decisões possíveis, tendo como elemento de justificação o que já foi feito no passado diante de uma situação fática semelhante. O passado é o parâmetro necessário desse modo de agir.

Exposto o que significa agir e decidir com base em precedentes, é necessário indicar se, em sistemas jurídicos, a adoção desse método é uma escolha do intérprete ou se existe alguma característica sistêmica que determina que se assuma o compromisso de dialogar com o passado, que é a grande marca dessa metodologia decisória, sendo esse o objeto do item seguinte.

2.3 SISTEMAS JURÍDICOS E O MÉTODO DE DECIDIR COM BASE EM PRECEDENTES

Como corolário dos itens anteriores, unindo as conclusões decorrentes do entendimento de ser a argumentação jurídica fundamental para a aplicação do direito, em um contexto de interpretação jurídica, em que um método de decidir com base em precedentes se caracteriza pela existência de um compromisso com o passado, é possível afirmar que decidir exige adotar a premissa que as proposições de um discurso argumentativo, necessário para a justificação das decisões judiciais, deve levar em conta as construções normativas erigidas em um momento anterior.

Resta saber se a fundamentação desse compromisso com o passado é apenas subjetiva e discricionária, o que leva à conclusão de que é uma simples escolha metodológica de quem decide ou se existe algum elemento decorrente da organização sistêmica do direito, que torna obrigatório assumir esse comportamento.

O problema é que, ainda que seja comum afirmar que existem sistemas jurídicos, existe uma dispersão de abordagens sobre o que determina a sua existência, quais os critérios que permitem identificar se uma determinada norma pertence ou não a um, ou ainda qual a sua estrutura e conteúdo[120]. Essa dispersão investigativa é um dos motivos que leva a uma variação conceitual em torno do que seja um sistema jurídico.

Além disso, a expressão sistema jurídico, por não ser precisa, acaba sendo utilizada como sinônimo de uma construção baseada em uma organização harmônica de objetos,

---

[120] Tais questão são apontadas, por Joseph Raz, como comuns e fundamentais nas investigações analíticas sobre sistemas jurídicos. RAZ, Josehp. *O conceito de sistema jurídico. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos.* Martins Fontes: São Paulo, 2012, p. 2

ou como o próprio objeto que será estudado, o que leva a sérios problemas de interpretação sobre o tema.

Apesar da existência dessa dispersão conceitual, é possível afirmar que sistemas são grupos integrados por elementos que possuem alguma afinidade com um aglutinador sistêmico. Por exemplo: em um grupo que visa reunir peixes, o elemento aglutinador será aquele que permite distinguir o que é um peixe dos não-peixes. Desta forma, só pode pertencer ao grupo sistêmico o elemento que não se contraponha àquilo que foi utilizado como marco delimitador dessa organização. O aglutinador sistêmico, então, a um só tempo, delimita as fronteiras do sistema e mantém a coesão do grupo.

Partindo dessa premissa, o item a seguir investiga se é possível, diante dos conceitos de sistemas jurídicos mais consagrados, indicar elementos que podem ser tidos como aglutinadores sistêmicos, ligando tais conclusões à necessidade de utilização do método de decidir com base em precedentes judiciais em um âmbito argumentativo.

2.3.1 Sistemas jurídicos

A busca pela sistematização do conhecimento não é exclusiva dos teóricos do direito. Em verdade, a constatação de que é útil sistematizar o estudo sobre determinado objeto surge primeiro no campo das ciências naturais e só depois sendo utilizada na ciência do direito, trazendo consigo os problemas inerentes à imprecisão conceitual do que é um sistema.

O primeiro grande desafio é fazer a distinção entre o que significa a ação de sistematizar um determinado objeto e o que é um sistema.

Immanuel Kant afirma que a sistematização do conhecimento, atividade que define como arquitetônica, é tão importante "que converte o conhecimento vulgar em ciência", já que "sob o domínio da razão não devem os nossos conhecimentos em geral formar uma rapsódia, mas um sistema e somente deste modo podem apoiar e fomentar os fins essenciais da razão" [121]. É importante frisar que, para Immanuel Kant, a unidade que define o sistema não advém da simples reunião empírica e acidental dos objetos, mas sim de uma ideia centrada na razão como elemento supremo e interno, tornando possível a construção do todo[122].

---

[121] KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura.* 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 669.
[122] KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura.* 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 670.

Ressaltando a importância do ato de sistematizar para a compreensão do objeto, Ludwig Von Bertalanffy afirma que as características de um determinado sistema não são percebidas da simples análise isolada dos seus elementos, mas sempre partindo de uma visão conjunta do todo, dando sentido à expressão "mística de que o todo é maior que a soma de suas partes"[123].

Surge, então, a primeira característica do ato de sistematização que é reunir conhecimentos por meio de referenciais escolhidos pelo observador. Nesse contexto, sistematizar é ação dirigida à identificação de um fio para conduzir a "primeira orientação na grande massa de conhecimento"[124]. Essa característica, em um primeiro momento, foi o núcleo para a compreensão da palavra sistema, sendo a mesma utilizada para referenciar um conjunto de objetos como resultado de uma organização proposta por um observador[125].

O sistema, em tal ponto de vista, é um produto do ato de sistematizar, não tendo um sentido próprio, mas dependente da ação que o cria.

Na busca de definir o termo sistema de forma mais própria, Mário Losano indica outros dois sentidos, sendo eles mais diretamente ligados à compreensão do que seja um sistema e que por isso podem ser indicadas como acepções técnicas.

A primeira das possíveis acepções técnicas é abrangente, podendo ser aplicável a qualquer ramo da ciência, indicando que sistema é um conjunto ordenado, coeso e harmônico de objetos[126].

O segundo sentido sobre sistema é mais técnico e ligado ao campo jurídico, em que a expressão sistema referencia, sobretudo, a existência de um conjunto de normas que se aglutinam em torno de um ou mais elementos específicos que justificam a organização de forma harmônica e não aleatória. É uma visão do sistema como estrutura de um determinado objeto estudado[127], sendo apropriada para a sua descrição interna.

É necessário indicar que tais formas de perceber o sistema variaram no tempo. Em um primeiro momento, como visto, caberia ao observador eleger o elemento aglutinador

---

[123] BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria General de los Sistemas.* 7.ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1989, p. 55

[124] LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura no direito – das origens à escola histórica. vol. 1*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. XXVI.

[125] LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura no direito – das origens à escola histórica. vol. 1*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 11.

[126] LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura no direito – das origens à escola histórica. vol. 1*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.XIX.

[127] LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura no direito – das origens à escola histórica. vol. 1*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.XIX.

e que serve como constante de validade sistêmica. No campo da ciência jurídica, obter uma "construção científica realizada pelo jurista"[128] recheada de subjetividade valorativa e erigida a partir de um ponto de vista externo que é o do observador, é caraterística dessa forma de sistematização. Nesse contexto, o sistema é o resultado de uma construção intelectual, surgindo de uma iniciativa e parametrização feita do observador, razão pela qual pode-se dizer que é resultado de uma ação externa.

Em um momento posterior, a busca pela unidade sistêmica passa a ser realizada partindo do objeto e de suas caraterísticas internas. Aplicado ao pensamento jurídico o diferencial desse tipo de sistematização é que se pressupõe que existe um conjunto de normas jurídicas antes da observação e que deve ser analisado sempre como um todo. Identificado o grupo, os objetivos da sistematização são propiciar a explicação do porquê do conjunto de normas se apresentarem reunidas e se esse grupo pode ser tido como um sistema. O trabalho de sistematização envolve a identificação do elemento aglutinador, partindo da análise interna do objeto e não como uma construção artificial que parte do conhecimento que o observador tem e seria aplicado ao objeto[129].

Essas perspectivas privilegiam ângulos diversos de análise (um externo que é do observador e outro interno que é das características do conjunto normativo observado) e que servem a propósitos distintos do estudo sistêmico normativo. Optar por identificar os elementos sistêmicos partindo do ponto de vista externo do observador é útil para descrever o objeto e para propiciar melhores condições de seu estudo e aprendizagem. Construções sistêmicas que partem da análise interna do conjunto normativo buscando identificar os seus elementos caracterizadores são mais úteis para propiciar uma uniformidade e segurança na aplicação do direito[130].

No campo da investigação sobre os sistemas jurídicos, Hans Kelsen identifica que os agrupamentos normativos podem assumir, segundo a validade das normas integrantes de um mesmo grupo, duas formas diferentes de sistema, sendo um estático e o outro dinâmico[131]. O diferencial entre as duas construções está na forma de validação das normas que serão reunidas em um mesmo grupo.

---

[128] LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura no direito – das origens à escola histórica. vol. 1*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.221.
[129] LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura no direito – das origens à escola histórica. vol. 1*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.224.
[130] LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997p. 195
[131] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 215-220.

No sistema estático, as normas jurídicas ligam-se uma às outras por meio de raciocínios indutivos, sendo que uma é fruto da dedução feita a partir de uma outra anterior, existindo uma relação na qual se parte da de caráter geral para as mais específicas e particulares. Aqui temos um modelo sistêmico no qual as normas, desde aquela considerada como fundamental, ligam-se partindo de uma série de raciocínios de indução e dedução. Temos aqui uma preocupação de união de objetos baseado na lógica formal. Caso seja possível manter a lógica com as demais, uma norma pode ser integrada ao sistema, caso ela entre em contradição com as demais, deve ser retirada do sistema.

O sistema chamado de dinâmico, por sua vez, caracteriza-se por outra forma de ligação entre as normas. Nesse caso, as normas não se validam por meio de dedução e indução decorrentes de um raciocínio lógico formal, mas sim porque é criada por um mecanismo determinado "em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta"[132]. Em um sistema dinâmico, não se leva em consideração o conteúdo das normas para validar uma norma como pertencente ao sistema, recaindo a análise na autoridade formal de quem a criou. Tal como no sistema estático, existe uma validação em cadeia, mas aqui uma norma inferior é validada pela autoridade normativa superior até chegar a uma autoridade primária: "ela é o ponto de partida de um processo: do processo de criação do Direito positivo"[133].

Distinguindo as duas formas de interação normativa que marca tais sistemas, depreende-se que a ligação entre as normas do sistema estático se origina da lógica formal do conteúdo normativo, enquanto que a relação dos componentes do ordenamento normativo dinâmico é de ordem formal, reunindo-se em um mesmo sistema as normas que se sustentem na mesma autoridade primordial. No que diz respeito aos elementos integrativos, temos a lógica formal nos sistemas estáticos e a autoridade nos sistemas dinâmicos.

Com base nesses critérios, Hans Kelsen aponta que os ordenamentos jurídicos são sistemas dinâmicos, enquanto que os ordenamentos morais seriam exemplos de sistemas estáticos[134]. Essa diferenciação é completamente coerente com a preocupação do autor em edificar uma Teoria Pura do Direito e não deve ser entendida como um beneplácito para uma desvalorização da axiologia dos sistemas jurídicos, mas tão somente como uma preocupação em explicar o que edifica os ordenamentos jurídicos.

---

[132] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 221.
[133] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 222.
[134] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 222

Em que pese toda utilidade da obra de Hans Kelsen, pois define a autoridade normativa como elemento aglutinador e de validade interna do sistema jurídico, não há nela uma descrição precisa do que seja sistema, mas sim da forma de interação entre as normas que compõe um determinado sistema. É uma teoria que analisa as formas de interação entre os componentes de um sistema, descreve a estrutura interna de um sistema jurídico, mas não conceitua precisamente o que é um sistema. Ainda assim é possível compreender que o sistema jurídico, para Hans Kelsen, é um conjunto normativo marcado pela sustentação formal entre as normas componentes. De um ponto de vista mais amplo, é possível afirmar que Kelsen coloca a coerência formal como elemento aglutinador dos sistemas jurídicos, já que uma norma que não tenha sustentação na norma primária não guardaria relação com aquele sistema.

Reconhecendo a dificuldade de definir e estabelecer qual o significado do termo sistema jurídico, Norberto Bobbio salienta que "o termo pertence ao grupo daqueles que possuem muitos significados, utilizados por cada um segundo a sua conveniência"[135] e identifica três sentidos comumente empregados na filosofia do direito e jurisprudência.

O primeiro sentido possível identifica um sistema jurídico como um sistema dedutivo, nesta acepção "diz-se que um dado ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais, considerados da mesma maneira que os postulados de um sistema científico"[136]. Nesse parâmetro de análise, a validade interna de um sistema está condicionada ao conteúdo das normas, só se admitindo como válidas as afirmações que uma determinada norma pertence a um sistema específico, mediante a comprovação que a norma possui conteúdo compatível com os princípios gerais do sistema.

O segundo significado de sistema é utilizado como um meio de afirmação do caráter científico do direito. É uma acepção que decorre do movimento do racionalismo e do cientificismo do período compreendido entre os séculos XVIII a XIX, em que o uso do termo sistema serve para demostrar que um ordenamento da matéria foi realizado de forma científica[137], através de um processo indutivo, partindo do conteúdo das normas para se obter conceitos gerais, permitindo agrupamento de matéria inteira.

---

[135] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: Editora UnB, 1995, p.75.
[136] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: Editora UnB, 1995, p.77.
[137] "parece quase se querer dizer que a jurisprudência não merece o nome de ciência enquanto não chega a sistema, mas que é somente arte hermenêutica, técnica, comentário a textos legislativos". BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: Editora UnB, 1995, p.78.

Sistema, nesses termos, caracteriza o agrupamento normativo que tem como "função não o início de um processo de dedução, mas permitir um melhor ordenamento da matéria"[138]. É um sentido que se pauta na possibilidade de, partindo da observação e da indução, construção de um esquema único de todos os fenômenos jurídicos[139]. Aqui, sistema é sinônimo de organização científica de normas.

Por fim, o terceiro significado de sistema jurídico traz a ideia de ser o ordenamento jurídico um sistema caracterizado pela unidade e coerência como elementos aglutinadores e que o distingue de outros grupamentos normativos, como a moral. Nesse contexto, "um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem existir normas incompatíveis. Sistema equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas"[140].

A exigência da compatibilidade deve ser compreendida de forma panorâmica e não apenas pontual. Isto porque normas podem ser tidas como compatíveis com o sistema, ainda que não se encaixem perfeitamente umas nas outras[141], de forma que não é correto afirmar que um dado sistema é incoerente quando apenas algumas de suas partes simples o são entre si, desde que, em uma visão maior, exista sustentação para todas as normas que compõem o sistema.

É interessante apontar a visão de Niklas Luhmann sobre sistemas. Em linhas gerais, o autor defende que o direito é um subsistema social que está inserido em um sistema maior, que é denominado de sistema social. Tal visão de delimitação do direito como um subsistema é especialmente útil por facilitar a visualização dos limites dos ordenamentos jurídicos e consequentemente do direito, frente aos demais subsistemas sociais, como a Moral por exemplo[142].

Com esse ponto de partida, Niklas Luhmann referencia que os subsistemas necessitam de mecanismos de controle de admissão de elementos externos para o seu interior, sob pena de se configurar uma complexidade interna que tornaria impossível identificar o que une os elementos, paralisando a operação de admissão sistêmica. Em

---

[138] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: Editora UnB, 1995, p.78.
[139] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: Editora UnB, 1995, p.79.
[140] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: Editora UnB, 1995, p.81.
[141] "Nesse terceiro sentido de sistema, o sistema jurídico não é um sistema dedutivo, como no primeiro sentido: é um sistema num sentido menos incisivo, se se quiser, num sentido negativo, isto é, uma ordem que exclui a incompatibilidade das suas partes simples. Duas proposições como 'O quadro negro é negro' e o 'café é amargo' são compatíveis, mas não se encaixam uma na outra. Portanto, não é exato falar, como frequentemente, de coerência do ordenamento jurídico, no seu conjunto; pode-se falar de exigência de coerência somente entre suas partes simples." BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: Editora UnB, 1995, p.81.
[142] LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade.* São Paulo: Martins Fontes, 2016, pp. 434-448.

outras palavras: inexistindo limites para a admissão de elementos que são exteriores a um subsistema, conviveriam no mesmo grupo elementos que nenhuma relação guarda entre si, desnaturando a própria noção de grupo que é inerente aos sistemas e subsistemas[143].

Admitindo que os subsistemas podem admitir ou não elementos exteriores a eles, surge a noção de que existe abertura em tais partições do sistema social, bem como da possibilidade de comunicação entre elas. Em uma correlação com a linha de pensamento aqui defendida, é possível identificar que, para a teoria de Luhmann, o direito se organiza de forma sistêmica, admitindo em seu interior elementos externos, desde que eles apresentem uma relação de coerência com o direito.

É importante indicar como Niklas Luhmann posiciona os tribunais dentro do subsistema jurídico. Nas suas palavras:

> Os tribunais reconstroem o passado no formato do caso que se faz presente. Só se levará em conta o que for necessário para a decisão do caso, e nada mais. Para a delimitação da necessidade de informação vem em socorro o direito vigente. Esse direito é pressuposto como dado; portanto, como produto do passado. De fato, os tribunais veem-se obrigados a projetar o futuro. Isso ocorre no esboço das regras de decisão às quais o tribunal se aterá em casos futuros do mesmo tipo. Essas regras de decisão podem ser regras de interpretação das leis, ou, como se tem sobretudo no Common Law, regras que se adquirem diretamente com base na abstração do caso. Trata-se sempre de inventar delimitações que deverão ser vinculantes no futuro. Isso significa: o sistema se fecha temporalmente ao construir o presente como passado de um futuro presente[144].

Os tribunais são as estruturas responsáveis pela operacionalização de delimitação sistêmica, vez que são obrigados a definir o que é ou não lícito, sendo esse o critério de admissão do subsistema jurídico.

Independentemente do ponto de vista de análise, as visões de sistema, até aqui apresentadas, apontam para a existência de elementos aglutinadores que reúnem as normas jurídicas em um grupo. O que varia é o modo como se identifica tal elemento: sendo uma construção do observador, nos sistemas identificados como externos ou uma característica do objeto naqueles sistemas classificados como internos. Essa dualidade de posicionamentos marcou toda a trajetória sobre a concepção dos sistemas jurídicos.

Pautado em tais características, Mario Losano agrupa as teorias sobre os sistemas em dois grandes grupos denominados de sistemas oitocentistas clássicos e sistemas

---

[143] LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade.* São Paulo: Martins Fontes, 2016, pp. 434-448.
[144] LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade.* São Paulo: Martins Fontes, 2016, pp. 434-448.

novecentistas[145], sendo que a diferença entre os grupos reside na finalidade de cada um. O modelo oitocentista é marcado pela análise externa e busca implementar o conhecimento, organização e ensino do direito, enquanto que o modelo novecentista tem como característica a análise interna com a finalidade de melhor aplicar o direito[146].

Em que pese partam de referenciais distintos, são abordagens que se complementam. Não é desejável um purismo científico tamanho que não se leve em conta as particularidades do objeto estudado, mas também não se pode consagrar a busca de características de um conjunto de normas sem lembrar que ele é fruto de criação humana, sofrendo, então, influências sociais, históricas, antropológicas, morais e até religiosas[147], sob pena de apenas consagrar um estudo de teoria pura. Assim, existe uma conexão íntima entre estes dois ângulos de vista do que seja um sistema, resultando na afirmação de que o sistema externo deverá ser o mais fiel possível ao sistema interno para evitar que "a elaboração científica de um objeto não desvirtue este, falseando, com isso, a sua finalidade"[148].

Para a presente dissertação, é importante perceber essa dualidade e complementação de formas de investigação sobre os sistemas, visto que ao mesmo tempo servem para fundamentar a construção externa de um sistema com base em precedentes, permitindo, em segundo momento, indicar como os precedentes judiciais podem ser usados para analisar a justificação de decisões judiciais, especialmente quando estejam ligados aos elementos aglutinadores dos sistemas jurídicos. Sistema, então, é um todo, um conjunto de objetos que se une por uma determinada ordem e que só se configura como tal quando os entes que o constituem não estejam em contradição, não apenas entre si, mas com o todo[149], respeitando o seu elemento aglutinador sistêmico.

2.3.2 Coerência como elemento aglutinador geral dos sistemas jurídicos

De tudo o quanto exposto no item anterior, fica claro que a coerência é a base de existência de um sistema jurídico, especialmente em ordenamentos complexos que são

---

[145] LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito.* v 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XXX.
[146] LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura no direito – das origens à escola histórica. vol. 1.* São Paulo: Martins Fontes, 2008, XXVI
[147] LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura no direito – das origens à escola histórica. vol. 1.* São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.421.
[148] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
[149] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: Editora UnB, 1995, p.71.

caracterizados pela multiplicidade de fontes normativas[150]. Em agrupamentos com essas características, é necessário que ocorra a sustentação formal somada à coerência entre as normas que integram o sistema para que se mantenha a unidade sistêmica[151]. Resta, então, analisar qual deve ser a acepção técnica dada ao termo coerência.

Ainda que o pensamento de Neil MacCormick tenha variado ao longo do tempo (especialmente entre a edição da obra *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito* e de *Retórica e Estado de Direito*), é possível utilizar a sua ideia sobre coerência como referencial para a acepção técnica da palavra. Para Neil MacCormick, em termos de argumentação jurídica, coerência deve ser entendida no "sentido de que as numerosas normas de um determinado sistema jurídico desenvolvido deveriam fazer sentido quando consideradas em conjunto" [152]. O conceito de coerência é muito utilizado na argumentação jurídica, dirigindo-se à análise e justificação de decisões judiciais, mas nada impede que se utilize o mesmo na definição do que é a coerência como aglutinador de sistemas jurídicos, já que, em última análise, avaliar a justificação de decisões judiciais, importa em avaliar a sua compatibilidade com o sistema de normas jurídicas.

> Seja qual possa ser o conteúdo efetivo de um sistema jurídico, tais considerações indicam ser preferível que a aplicação e interpretação do sistema se guiem pela suposição de que suas disposições mais detalhadas sejam tratadas como derivações de alguns princípios gerais. (Ou seja, tratadas como disposições sustentáveis em conjunto à luz de tais princípios, e permanecendo unidas em virtudes dessa relação de apoio comum). Deve-se supor também que os próprios princípios, no seu conjunto, admitindo prioridades e diferentes níveis justificatórios, são capazes de ser pensados como coerentes no sentido de propiciar um padrão satisfatório de vida. Coerência pode, então, ser ao menos parcialmente satisfeita por um sistema que se refere racionalmente ao que os responsáveis por determinar seu conteúdo consideram como valores[153] .

---

[150] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: Editora UnB, 1995, p.38

[151] "Por outro lado, confrontado com um sistema dedutivo, o sistema jurídico é alguma coisa de menos; confrontado com o sistema dinâmico, do qual falamos no parágrafo anterior, é algo de mais: de fato, se se admitir o princípio da compatibilidade, para se considerar o enquadramento de uma norma no sistema não bastará mostrar sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será necessário mostrar que ela não é incompatível com outras normas. Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras" BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: Editora UnB, 1995, p.81.

[152] MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 197.

[153] MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 264.

Assim, ao ser definida como aglutinador sistêmico, a coerência pode ser também utilizada como razão justificativa de decisões, servindo de parâmetro de exclusão das normas que sejam incoerentes com os valores de determinado sistema jurídico.

Da ideia de unidade sistêmica, é possível sustentar a existência de uma outra característica importante dos sistemas jurídicos, qual seja a consistência, que não se confunde com a coerência. Essa diferenciação é importante para fundamentar a afirmação que, em sistemas jurídicos, as decisões devem ser tomadas levando em conta o passado como decorrência da coerência sistêmica.

A consistência decorre da inexistência de contradição. "Um grupo de proposições é mutuamente consistente se cada uma puder ser, sem contradição, afirmada em conjunto com cada uma das outras e com a conjunção de todas as outras"[154]. Nessa acepção, a consistência ocorre quando um conjunto de normas não apresenta contradição lógica entre elas. Um grupo normativo é consistente quando apresenta compatibilidade lógica[155].

Ainda que também demande uma análise conjunta e relacional, a coerência não se configura apenas com a inexistência de contradições entre as normas integrantes de um sistema. Para que a coerência se apresente, é necessária a configuração de compatibilidade axiológica entre as normas.

Como principal distinção entre consistência e coerência, temos os requisitos de compatibilidade entre os objetos analisados: aquela tem como parâmetro a compatibilidade lógica, enquanto esta outra é aferida a partir da compatibilidade axiológica.

Definidas as bases dos agrupamentos sistêmicos, resta aferir como o método de decidir com base em precedentes se relaciona com a coerência e consistência.

2.3.3 Coerência e consistência sistêmica como fundamentos para o compromisso com o passado

Transportando esses conceitos para o campo da análise da construção das decisões judiciais, ocorrerá a inconsistência decisória quando decisões diversas derem interpretação variada a um mesmo dispositivo legal.

É possível afirmar que, em certa medida, um sistema admite, sem perder sua característica sistêmica, decisões que sejam inconsistentes quando comparadas umas as

---

[154] MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 248.
[155] MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 301.

outras. Um exemplo de tolerância com a inconsistência é o enunciado de súmula 343, do Supremo Tribunal Federal, que não admite rescisão da coisa julgada quando a decisão tenha como fundamento dispositivo de lei com interpretação controvertida à época de sua prolação.

Esse fenômeno usualmente é causado pelo enfrentamento de questões novas, em torno das quais ainda não exista precedente judicial ou em face da existência de um grande número de órgãos jurisdicionais incumbidos de decidir em um determinado sistema ou, ainda, da não adoção de obrigatoriedade de observância de decisões judicias anteriores sobre o tema.

Aliado a esses fatores, encontra-se o problema da possibilidade de multiplicidade interpretativa de um mesmo dispositivo normativo. Seja pela diversidade de técnicas de hermenêutica, pela indeterminação da linguagem jurídica ou até mesmo por simples escolha do órgão jurisdicional, diversos sentidos podem ser extraídos dos textos jurídicos.

Assim, a inconsistência de decisões judiciais é um fato esperado em organizações que se caracterizam pela existência de diversos órgãos de interpretação normativa.

Admitir que a inconsistência é normal, dada a ampla possibilidade interpretativa, não significa desconsiderar que ela produz efeitos danosos aos sistemas jurídicos. Um exemplo do problema da inconsistência de decisões judiciais é o fenômeno da chamada jurisprudência lotérica[156] que ocorre quando uma questão normativa recebe resposta diversa do sistema. Neste quadro, não se consegue vislumbrar com clareza qual a linha de interpretação que será adotada, pois a álea passa a ser decisiva para o deslinde de questões e de causas. Desta forma, se a parte "tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional, caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado[157]".

Ainda que o magistrado possua certo campo de movimentação livre ao interpretar um texto jurídico, especialmente ao preencher o sentido de termos indeterminados, não se pode dizer que o mesmo possui total independência interpretativa. O juiz deve levar em conta o que já foi decidido sobre o tema, por outros órgãos jurisdicionais, para a partir desse ponto tomar sua decisão.

---

[156] CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 786. p. 108 – 126. Abril de 2001.
[157] CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 786. Abril de 2001, p. 112.

Mesmo que seja anacrônico defender a aplicação automática de precedentes judiciais, não se pode negar que, em organizações judiciárias complexas, sendo essas as que se caracterizam pela existência de diversas esferas de decisões, surge a necessidade de que o método decisório conte com mecanismos que permitam reconhecer a unidade do entendimento jurisdicional sobre uma determinada questão normativa[158].

É dentro desse contexto que ganha importância o reconhecimento de que os precedentes judiciais devem ser levados em conta na construção de decisões futuras, tomadas à luz de circunstâncias fáticas semelhantes.

Assim, quando se sinaliza a necessidade de decidir levando em conta decisões pretéritas, não se está afirmando que decisões futuras devem, necessariamente, seguir os entendimentos passados, como se a construção da decisão tivesse que seguir um método de mera repetição.

O que não se pode admitir, porém, é que essa inconsistência se avolume de tal forma e se transforme em incoerência sistêmica, pois "admitir que o judiciário profira, de forma ilimitada e descontrolada, decisões contraditórias contraria a necessidade da existência de um sistema racional de distribuição da justiça, transformando-se em um organismo doente"[159]. Uma vez que as decisões judiciais também são fontes para extração de normas jurídicas, a sua criação deve levar em conta o que já foi decidido no passado em situações semelhantes, sob pena de se instaurar um conflito de incompatibilidade axiológica entre normas jurídicas.

O raciocínio é simples: dado que as decisões judiciais criam normas jurídicas, essas devem se relacionar de forma coerente com as demais que integram um determinado sistema, sob pena de serem excluídas deste ou da quebra da unidade do mesmo.

Conclui-se que se um sistema jurídico é uma totalidade ordenada, marcada pela unidade formal, que possui a coerência como elemento aglutinador[160], as decisões judiciais devem ser tomadas levando em conta o passado, sob pena de quebra da compatibilidade axiológica entre as normas que formam o sistema.

Um sistema sem coerência entre seus elementos deixa de ser sistema, sendo por isso necessária a adoção, dentro do panorama da argumentação jurídica e

---

[158] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 126.
[159] CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 786. Abril de 2001, p. 109.
[160] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: Editora UnB, 1995, pp.78-81.

operacionalidade prática da justificação de decisões, do sistema de decisão com base em precedentes judiciais.

Definido o papel do precedente judicial na argumentação jurídica e da coerência como elemento basilar dos sistemas jurídicos, no próximo capítulo apresenta-se a análise do precedente judicial frente à teoria do fato jurídico e de seu papel no procedimento judicial.

3 O PRECEDENTE JUDICIAL NA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Analisar qualquer parcela do plano da eficácia jurídica pressupõe admitir a existência de um fato jurídico. Nesse momento, não se investiga mais se o fato jurídico existe, preocupação essa que deve dar o tom à análise do plano da existência, mas sim quais os efeitos que são definidos normativamente e ligados à incidência de uma norma sobre um determinado fato. No que diz respeito ao precedente judicial, essa observação ganha ainda mais importância ante o papel que lhe é reservado em nosso procedimento, sendo indicado como elemento de suporte fático de diversas normas.

É necessário, desde logo, deixar claro que o estudo da eficácia dos precedentes judiciais, como será melhor desenvolvido em momento futuro, não se resume à identificação, nas disposições normativas sobre o tema, que esse ou aquele efeito será produzido por este ou aquele fato, mas envolve também a visualização da juridicização de um fato que possui o precedente em seu suporte normativo.

A percepção, então, deve ser a de que os efeitos ligados a um fato são previstos e delimitados no dispositivo normativo, mas só se emanam com a qualificação desse fato como jurídico. Essa visualização da dinâmica da emanação de eficácia da norma jurídica é importante porque deixa claro que existem dois momentos apartados e que ocorrem de forma progressiva: o momento da previsão enunciativa dos efeitos e o momento de sua emanação. O primeiro se dá com a edição do enunciado normativo e o segundo com a juridicização. Dispor, por exemplo, que a tutela provisória de evidência pode ser deferida ante a existência de precedente judicial, apenas dá potência à produção de efeitos, sendo que esses só serão produzidos quando ocorra a juridicização do fato previsto no suporte fático. A importância de separar estes dois momentos é, sobretudo, prática: somente com essa visualização é que será possível compreender a eficácia temporal dos precedentes por exemplo.

Some-se a tudo isso uma das conclusões dos capítulos anteriores em que se defende que a análise do conceito de precedente deve ser feita a partir de seus elementos e não dos seus efeitos, o que demonstra a importância de visualizar, em etapas distintas, o fato jurídico precedente judicial e os efeitos que podem ser produzidos a partir dele.

Com base no panorama acima exposto, nesta etapa da dissertação, o objetivo principal é definir como ocorre a previsão e produção de efeitos atribuídos aos precedentes judiciais. A pergunta a ser enfrentada agora não é mais o que é o precedente judicial, nem quais seus elementos ou seu papel argumentativo na construção de decisões

judiciais, mas sim o que é passível de produção no mundo jurídico, do ponto de vista da eficácia jurídica, a partir de um precedente judicial.

A investigação proposta foi feita em etapas distintas: o primeiro passo foi a definição do que significa defender que o precedente judicial pode ser visualizado como um fato jurídico; a segunda etapa se liga a descrição do mecanismo que permite aos precedentes judiciais produzir efeitos na ordem jurídica. O objetivo principal foi definir o que vem a ser o plano da eficácia dos precedentes judiciais, bem como qual a sua fonte.

São passos importantes para o capitulo posterior, onde serão delimitas as dimensões da eficácia, presente nas normas do CPC/2015, dos precedentes judiciais.

Feita essa ressalva, surge a necessidade de entender que o estudo do plano da eficácia dos precedentes judiciais implica na necessária visualização do precedente judicial como um fato jurídico, sendo esse o objeto do item seguinte.

3.1 O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FATO JURÍDICO

Ainda que pareça ser intuitivo que, por produzir efeitos jurídicos, o precedente judicial seja, em sentido amplo, um fato jurídico, não existe consenso doutrinário em torno dessa premissa.

Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira, seguindo a linha de caracterização do precedente como um fato jurídico, aduzem que:

> O precedente, embora esteja encartado na fundamentação de uma decisão judicial (que é um ato jurídico), é tratado como um fato pelo legislador. Assim, os efeitos de um precedente produzem-se independentemente da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu. São efeitos ex lege. São, pois, efeitos anexos da decisão judicial[161].

Para os referidos autores, o que é levado em consideração para classificar o precedente como um fato jurídico é a forma como o legislador liga o precedente aos seus efeitos. Tal afirmação é construída partindo da interação entre fatos e situações jurídicas perceptível em um processo judicial quando este é considerado como um conjunto de situações jurídicas. Assim, não é estranho que, ao edificar a estrutura procedimental, o legislador se utilize de atos jurídicos como fatos jurídicos dos quais emanarão situações jurídicas.

---

[161] DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil, v.2, 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 466.

Os autores, nesse particular, parecem seguir a mesma linha de pensamento que construíram para a caracterização da decisão judicial como um ato jurídico ou um ato-fato. Essa variação de visualização depende do parâmetro dos efeitos que são produzidos pela decisão: será tida como ato jurídico na caracterização dos seus efeitos principais (que se ligam diretamente ao conteúdo das decisões), e será tratada como ato-fato quando se relacione com seus efeitos anexos (que são aqueles ligados à decisão por força de norma jurídica que leve tão somente em conta a existência da decisão)[162].

Seguindo a mesma linha de raciocínio, como os efeitos de um precedente judicial lhes são agregados por normas jurídicas que levam em conta tão somente a sua existência, o precedente é tratado como se fato fosse[163].

Lucas Buril de Macêdo apresenta classificação diferente, negando a possibilidade de indicar o precedente judicial como um fato jurídico. Eis o pensamento do autor:

> Na verdade, não há um fato jurídico autônomo "precedente", independente e distinto da decisão judicial, não se fazendo lídimo tratar-se, portanto, de duas categorias de fatos jurídicos díspares. Precedente é conceito que pode muito bem ser expresso da seguinte forma: "decisão judicial que pode servir como base de normas jurídicas". A criação do precedente, portanto, é efeito anexo da própria decisão. Todavia, para que essa norma jurídica possua eficácia, e aí já não se trata de elemento útil para classificar o precedente dentre as espécies de fato jurídico (existência), é preciso que a decisão possua estabilidade e seja devidamente publicada. Assim, cambiante apenas a perspectiva, inequivocamente, trata-se do mesmo fato jurídico, e cediço que a decisão judicial é espécie de ato jurídico. Precedente, nesse sentido, pode ser classificado como ato jurídico, é decisão que pode ter por eficácia a geração de normas, em outras palavras, é fonte de direito[164].

Essa linha de pensamento considera que a base objetiva do precedente (a decisão judicial), não pode ser vista de mais de um ponto de vista no que diz respeito à sua natureza jurídica, sendo sempre um ato jurídico. Essa visualização única leva o precedente judicial a ter a mesma coloração do seu elemento objetivo, sendo, pois, um ato-jurídico do qual podem ser extraídas normas jurídicas.

---

[162] DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil,* v.2, 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 435.

[163] Seguindo essa mesma linha de pensamento: MITIDIERO, Daniel. "Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 206, p. 69; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. "A posição dos tribunais superiores e a eficácia dos precedentes nas causas. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2013, n. 119, p. 104; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p. 202.

[164] MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil.* Salvador: Juspodivm, 2015, p.97-99.

Com respeito a todos os entendimentos aqui elencados, a presente discussão não guarda relação com a natureza jurídica do precedente judicial, mas sim com a forma de sua utilização no sistema processual.

Independentemente de categorizar o precedente judicial como fato jurídico ou como ato jurídico, dada a dinâmica de interação entre fatos, atos e situações jurídicas na estruturação do procedimento, o tratamento normativo dado ao precedente judicial é efetivamente de fato jurídico, mesmo que analisado isoladamente seja classificado como um ato jurídico.

Como visto, o precedente judicial é uma norma jurídica geral contida em uma decisão judicial[165]. Diante de tal definição, pode-se aduzir que o precedente judicial é um dos produtos da atividade jurisdicional que estará presente "em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional"[166].

Desde que se vislumbre, como já foi exposto anteriormente, que a eficácia dos precedentes judiciais não deve ser tida como um elemento de um conceito de precedente judicial, a definição do precedente como uma decisão judicial ou como uma fonte normativa perde importância ante a constatação de que o precedente é tido pelo legislador como um fato jurídico, sendo assim referenciado em diversos antecedentes normativos de normas de nosso sistema procedimental.

> Interessante observar que o ato-fato processual veiculado na sentença tem existência autônoma em relação ao fato jurídico nela veiculado. É perfeitamente possível extrair da sentença ou da decisão judicial mais de um fato jurídico (em sentido amplo), todos autônomos entre si.
> A eventual invalidação da sentença enquanto ato jurídico não afetará o ato-fato jurídico processual dele extraído, que corresponda ao precedente. Assim, não interessa se o tribunal eventualmente tenha acórdão do qual se extrai o precedente obrigatório. O fato em si da decisão já havia gerado o efeito de permitir o uso do precedente e essa situação jurídica não se altera quando o ato jurídico veiculado na decisão (juntamente como ato-fato) venha a ser decretado inválido; os atos-fatos jurídicos não passam pelo plano da validade.[167]

Em outras palavras: o precedente é tido pelo legislador como um fato, mais propriamente um ato-fato que possui em seu elemento nuclear a existência de uma decisão judicial.

---

[165] Ver item 1.1.3

[166] DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v.2, 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 466.

[167] NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p. 204.

Definir o precedente judicial como sendo um fato jurídico é útil para entender as dimensões do seu plano de eficácia, inclusive por levar à conclusão de que a análise do precedente judicial, dentro do contexto da fenomenologia, não passa pelo plano da validade jurídica, posto que os efeitos de um precedente não se condicionam a manifestação da vontade do órgão que produziu a decisão que o contém, mas tão somente à existência de um ato decisório[168].

Importante dizer: o precedente não nasce como precedente judicial, mas sim em um contexto de construção de uma decisão voltada a dirimir uma determinada causa[169]. Há, então, que se ressaltar a importância do elemento objetivo do precedente judicial, pois é a partir da existência de decisão que contém o precedente judicial que será feita a análise da ocorrência do fato jurídico precedente.

Eis, então, uma conclusão importante, o fato jurídico precedente judicial só ocorre quando existe uma decisão judicial válida.

Condicionar a existência do precedente à configuração de uma decisão válida é importante por dois motivos: primeiro porque resolve eventuais problemas relacionados à eficácia temporal dos precedentes judiciais, já que é possível aferir com relativa segurança os marcadores processuais que atestam a existência de uma decisão judicial que seja fonte do precedente; além disso, condicionar a incidência da norma ligada ao precedente à decisão que o contém, desloca a análise de eventuais invalidades do precedente para a decisão judicial. Será, então, a decisão que contém o precedente que estará sujeita ao preenchimento de todos os pressupostos de existência, requisitos de validade e condições de eficácia processual, mas, para o precedente judicial, não se levará em conta tais fatores, posto que é, nas disposições normativas, manejado como se fato fosse.

Identificado, descrito e definido como o precedente judicial pode ser considerado como um fato jurídico e o que isso implica no plano prático, resta analisar, no próximo item, como as categorias relacionadas ao plano da eficácia, construídas pela Teoria do Fato Jurídico, se relacionam com o precedente judicial.

---

[168] DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil, v.2, 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 467.

[169] SALAZAR, Rodrigo. *Microssistema de regulamentação da eficácia obrigatória dos precedentes judiciais.* Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Disponível em:<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/tz0g06z1/81x0sgFs8pW85SzE.pdf>Acesso:08/01/2018, p. 276.

3.2 PLANO DA EFICÁCIA DOS FATOS JURÍDICOS

Preparando o estudo da eficácia jurídica dos precedentes judiciais, objeto do próximo capítulo, destinam-se os itens seguintes a discutir, em um panorama geral, o que se deve entender por eficácia jurídica, distinguindo-a de ideias próximas, qual a sua fonte, como é classificado, tomando como base a Teoria do Fato Jurídico, o conteúdo eficacial e quais os seus limites.

3.2.1 Distinções entre eficácia normativa, eficácia jurídica e eficácia do direito

É importante ressaltar, para evitar interpretações equivocadas, que eficácia normativa, eficácia jurídica e efetividade da norma jurídica não se confundem.

A eficácia normativa, também referenciada como incidência da norma jurídica, é o momento primeiro da fenomenologia jurídica, sendo crucial para que ocorra a chamada juridicização de um fato da vida, o qual, a partir de então, passa a ser tido como um fato jurídico. O produto, então, da eficácia normativa é a criação de um fato jurídico[170].

Diferentemente, a eficácia jurídica "designa o conjunto das consequências imputadas pelas normas jurídicas ao fato jurídico"[171]. Em uma acepção técnica, a eficácia jurídica se relaciona com os efeitos jurídicos que podem ser produzidos após a incidência de uma norma jurídica sobre um fato simples. Assim, como o momento que necessariamente lhe antecede, a eficácia jurídica configura-se no plano normativo do direito, pouco importando, para o estudo de tais espécies de eficácia, se ocorre ou não a aceitação social da norma e de seus efeitos.

Vale a observação: afirmar que a norma jurídica incide sobre fatos simples para criar um fato jurídico não é o mesmo que defender a desnecessidade de interpretação do dispositivo normativo para que se tenha a norma jurídica. A interpretação é atividade inafastável, porque ínsita às atividades de cognição e reconstrução normativa, sendo necessárias para a definição do fato jurídico. Desta forma, o ato de interpretar é anterior ao da incidência da norma jurídica.

---

[170] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.
[171] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2.

Por sua vez, a efetividade da norma jurídica liga-se à análise dos seus impactos sobre o substrato social. Das três formas de analisar a norma jurídica e seus efeitos, esta se liga com a aceitação da norma pela sociedade e da sua capacidade para gerar transformações concretas, sendo uma "dimensão sociológica do direito, não em sua dimensão dogmática"[172].

Deve ficar claro que a eficácia da norma jurídica é construção que não se liga com o campo da sociologia, ensejando uma investigação dentro do sistema jurídico, refutando-se investigações que utilizam como parâmetro a realidade social. Dentro dos limites desta dissertação, não será objeto de análise a efetividade jurídica dos precedentes judiciais, mas sim a sua eficácia no sistema jurídico processual civil brasileiro.

Essas definições terminológicas são importantes para mensurar como ocorre a produção dos efeitos jurídicos a partir de um precedente judicial, bem como se há algo que a diferencie da produção de efeitos pelos outros fatos jurídicos.

A definição destes termos é importante para analisar, em um plano geral, como ocorre a eficácia jurídica e depois, de forma mais específica e em capítulo próprio, a eficácia jurídica dos precedentes judiciais.

3.2.2 Fonte da eficácia jurídica

Só se pode visualizar efeitos jurídicos a partir da existência de um fato jurídico, não é exigível, porém, que a produção de efeitos decorra, necessariamente, da validade desse fato. Vale dizer, dos planos relacionados ao fato jurídico, apenas o da existência aparece como condicionador dos planos da validade e eficácia[173]. Um não-fato não pode ser tido como válido ou inválido, nem possui condições de produzir qualquer efeito jurídico.

Existindo o fato jurídico, é no seu plano da eficácia que se encontram as situações jurídicas em sentido estrito e as relações jurídicas que nada mais são que decorrências normativas advindas da configuração do fato previsto no dispositivo normativo.

---

[172] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 25.

[173] "Na vida do fato jurídico é possível que: (a) exista, seja válido e eficaz (exemplo: casamento de homem e mulher capazes, sem impedimento dirimente, realizados perante autoridade competente, havendo registro); (b) exista, seja nulo e ineficaz (exemplo: testamento feito por pessoa capaz, com observância das formalidade legais, enquanto vivo o testador); (c) exista, seja nulo e ineficaz (exemplo: doação feita por pessoa absolutamente incapaz); (d) exista, seja nulo e eficaz (exemplo: casamento putativo); (e) exista e seja eficaz (exemplo: nascimento com vida); e (f) excepcionalmente, exista, seja ineficaz". MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte.* São Paulo: Saraiva, 2003, p.3.

Resta saber, para evitar confusões entre incidência e previsão normativa de efeitos, qual a fonte da eficácia jurídica.

Dentre os entendimentos doutrinários sobre a fonte da eficácia jurídica, Orlando Gomes, de forma peremptória, indica que apenas a lei poderia ser tida como fonte de eficácia jurídica[174]. Ainda nesse campo de investigação, Miguel Reale admite, além da lei, também as manifestações de vontade como fontes de eficácia jurídica, definindo que para os fatos jurídicos que não dependem de vontade das partes (fatos jurídicos em sentido estrito e atos-fato), a lei é a fonte da eficácia jurídica, ao passo que para os atos jurídicos, a eficácia decorre da vontade das partes[175].

Não se nega que os efeitos decorrentes de fatos jurídicos são previstos em normas jurídicas[176], sejam essas advindas de dispositivos contidos em textos legais, sejam definidas por meio de atos praticados pelas partes, como ocorre nos negócios jurídicos, mas não se pode confundir, como já indicado antes, a enumeração dos efeitos com a fonte de eficácia jurídica. Em outras palavras, identificar a fonte da eficácia jurídica envolve investigação sobre o que origina os efeitos de um fato jurídico, o que é diferente de saber onde podem ser enumerados tais efeitos.

Marcos Bernardes de Mello indica qual a impropriedade técnica dos entendimentos doutrinários que apontam a lei ou atos jurídicos como fontes da eficácia jurídica. Para o autor, indicar que a eficácia jurídica decorre da lei ou da vontade das partes não analisa completamente o problema da fonte de eficácia jurídica, vez que deixa de lado o importante fator que é a incidência da norma sobre o fato. Em suas palavras:

> Portanto, a vontade sem lei que a tenha como suporte fático e a juridicize pela incidência é mero fato do mundo dos fatos e, assim, não pode engendrar qualquer consequência jurídica. Do mesmo modo, a lei por si só não cria efeito jurídico algum; define-os, é verdade, mas para atribuí-los a fatos (volitivos ou não) quando ocorrem; se os fatos a que os imputa não se materializarem, efeitos jurídicos não haverá[177].

---

[174] "A obrigação é uma relação jurídica. Como tal, sua fonte há de ser, necessariamente, a lei. Em última análise, é o Direito que empresta significância jurídica a relações de caráter pessoal e patrimonial que os homens travam na sua vida social. Se, portanto, a locução fontes das obrigações fosse empregada nesse sentido, a solução do problema não apresentaria qualquer dificuldade. Dever-se-ia usá-la no singular, pois se reduziria à lei, mas a questão perderia o interesse, uma vez que todas as relações jurídicas obrigacionais ou não, têm, no Direito, por definição, sua causa eficiente". GOMES, Orlando. Obrigações. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 33 e seg.

[175] REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 24.a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.213.

[176] É preciso abandonar a idéia de que apenas a lei teria condições de especificar efeitos provenientes da incidência da norma jurídica.

[177] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1a parte.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 30.

É, então, fundamental perceber que a eficácia jurídica é consequência direta da eficácia normativa. Os dispositivos normativos que elencam os efeitos da incidência de um fato jurídico, inclusive quando tenha o precedente judicial em seu suporte fático, servem tão somente como delimitadores do plano da eficácia[178], mas não são os responsáveis pela emanação da eficácia jurídica. O papel de fonte da eficácia jurídica é reservado à incidência e somente a ela.

Conclui-se, então, que a fonte da eficácia jurídica é o fenômeno da juridicização.

Dada a sua importância e relação direta com a eficácia jurídica, é preciso descrever, mais detidamente, o fenômeno da incidência.

3.2.3 Incidência da norma jurídica

Um resumo descritivo do caminho que leva à eficácia dos fatos jurídicos apresentará, como momento base, a incidência da norma sobre os fatos previstos no seu suporte. Pontes de Miranda apresenta a divisão, fundamental para a teoria do fato jurídico, entre fatos jurídicos e fatos da vida e que serve de base para discriminar o chamado mundo jurídico do mundo dos fatos. Para o autor:

> o fato jurídico provém do mundo fático, porém, nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico. À entrada no mundo do direito, selecionam-se os fatos que entram. É o mesmo dizer-se que à soma dos elementos do mundo que, no mundo fático, teríamos como fato, ou como complexo de fatos, nem sempre corresponde suporte fático de regra jurídica: no dizer o que é que cabe no suporte fático da regra jurídica, ou, melhor, no que recebe a sua impressão, a sua incidência, a regra jurídica discrimina o que há de entrar e, pois, por omissão, o que não pode entrar[179].

A narrativa acima transcrita deixa claro que é apenas com a incidência da norma sobre o fato que se pode visualizar o que é ou não parte integrante do mundo jurídico. Pertencerá ao mundo jurídico apenas o que foi colorido como fato jurídico pela incidência, não sendo importante, para o mundo jurídico, os fatos que não sofreram a incidência da norma[180].

---

[178] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 101.
[179] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Campinas: Bookseller, 2000, tomo II, p. 222.
[180] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo I, p. 11.

A incidência, que nada mais é que "o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fáctico que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico"[181], possui um papel fundamental na teoria do fato jurídico, desenvolvendo-se no mundo dos pensamentos, guardando uma íntima relação de independência com o mundo sensível. É que, sendo uma criação humana, o direito atinge apenas parcela dos fatos que ocorrem na vida, sendo por meio da incidência das normas que teremos a certeza de qual fato passa a pertencer ao mundo jurídico. Essa qualificação dos fatos, operada no plano do pensamento, ocorre independentemente da aceitação pelos integrantes de um determinado substrato social, razão pela qual tida como infalível e automática por Pontes de Miranda[182].

Esta condição de independência quanto ao mundo sensível empresta à incidência uma característica própria que é a sua infalibilidade ou incondicionalidade[183], vale dizer:

> Por isso, concretizando-se no mundo dos fatos o suporte fáctico de uma norma jurídica, ocorre necessariamente a sua incidência e, portanto, o surgimento do fato jurídico correspondente. A eficácia normativa (=incidência), que se traduz na juridicização do suporte fático, não é tão só uma possibilidade, mas se dá infalivelmente em se materializando seu suporte fáctico: a incidência é insuscetível de ocorrer e, ocorrendo, de não criar o fato jurídico correspondente. Havendo infalibilidade, fica caracterizado que existe uma relação de determinação unívoca e constante, por condição externa, portando de causalidade em que a incidência da norma jurídica constitui a causa e o fato jurídico o efeito[184].

Desta forma, ocorrido o fato descrito no suporte fático de um dispositivo, a norma incidirá dando-lhe a marca de fato jurídico, independentemente de qualquer modificação no mundo sensível.

Além do papel de definidor do que seja ou não um fato jurídico, como já exposto, ressalta-se a importância da incidência, pois é a partir dela que se opera a eficácia jurídica, fazendo surgir as chamadas situações jurídicas em sentido amplo[185] e que são o conteúdo

---

[181] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da existência.* 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71.
[182] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo I, p. 16.
[183] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da existência.* 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 72.
[184] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1a parte.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 23.
[185] "Somente depois de gerado o fato jurídico, por força da incidência, é que se poderá falar de situações jurídicas e todas as demais categorias de efeitos jurídicos (eficácia jurídica). É preciso, portanto, considerar que há a eficácia da norma jurídica (denominada eficácia legal por Pontes de Miranda), de que resulta o fato jurídico, e a eficácia jurídica que decorre do fato jurídico já existente. Não é possível, dessarte, falar de eficácia jurídica (relação jurídica, direitos, deveres e demais categorias eficaciais) antes de ocorrida a

do plano da eficácia. A incidência, então, ao mesmo tempo define o mundo jurídico e é condição necessária para a eficácia jurídica.

O plano da eficácia, por sua vez, é duplamente condicionado pela incidência: depende de sua ocorrência para que se emanem os efeitos jurídicos de um fato e, não menos importante, depende da norma para que seja possível visualizar qual a sua extensão objetiva e subjetiva. Em um primeiro momento, eficácia jurídica e incidência se relacionam no mecanismo de atribuição de juridicidade a um fato da vida para, em um segundo momento, determinar quais as situações jurídicas que podem surgir com a sua ocorrência.

Assim, a eficácia normativa (incidência) terá o importante papel de delimitar as fronteiras do mundo jurídico, estando o plano da eficácia jurídica inevitavelmente contido dentro desse universo.

É importantíssimo frisar que aceitar a importância da incidência para a ocorrência do fenômeno jurídico não deve levar à conclusão de que esse processo de juridicização ocorre de forma mecânica, dispensando a interpretação dos dispositivos legais. Com as crescentes utilizações, nas fontes do direito, de conceitos legais abertos e com mais de um sentido, inclusive quando se referem aos fatos que serão tidos como jurídicos, a ideia de que a incidência é sempre infalível deve ser adaptada, mas não necessariamente abandonada.

Efetivamente os conceitos abertos e plurissignificativos demandam uma interpretação para que se chegue a ter a noção de que fatos compõe o suporte da norma jurídica, da própria amplitude da norma e, por fim, de sua incidência. Nesses casos, a grande questão, não é só identificar se o fato ocorreu, mas sim identificar se houve a correta decodificação da linguagem que descreve o suporte fático de uma norma, vez que essa definição será sempre feita por aquele que aplica o comando normativo[186].

Seguindo essa linha de pensamento, e com base no reconhecimento da linguagem como elemento básico da compreensão do mundo, o fato não seria exatamente o que ocorreu, mas sim uma descrição "construída dentro de um contexto próprio de

---

eficácia normativa (incidência)". MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da existência.* 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71.

[186] CATÃO, Adrualdo de Lima. *Uma Visão Pragmática da Noção de Fato no Direito: o caráter interpretativo do fato jurídico.* In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (coord.). Revisitando a Teoria do Fato Jurídico – Homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 2

significações, e, neste sentido, qualquer descrição é valorada, normatizada, donde o fato é sempre construído pelo homem e carrega consigo a marca da subjetividade humana"[187].

Com base nesse raciocínio, é imprópria a noção de que a incidência ocorre de forma automática, visto que não existiriam fatos da vida que independam de interpretação humana para que adentrem ao mundo jurídico. Essa construção teórica, em verdade, defende a impossibilidade de separar o mundo jurídico do mundo dos fatos, já que não se poderia admitir a existência de fatos puros, situados em local anterior ao processo hermenêutico, como se fossem objetos pré-linguísticos.

Sobre a impossibilidade de cisão entre os mundos dos fatos e do direito, Adrualdo de Lima Catão afirma que:

> O problema é quando a postura formalista se transforma numa visão pragmática sobre o fato, deixando de levar em consideração o aspecto interpretativo do fato jurídico. O problema é quando se passa a pensar num fato puro, pré-linguístico, fora do jogo de linguagem. É esta noção que dá ensejo à distinção factual-normativo, como se existisse um fato natural, puro; e um fato valorado, que já seria o fato jurídico[188].

Da premissa descrita decorre a conclusão de que qualquer fato está impregnando de subjetividade, sendo imprecisa a separação entre os chamados fatos da vida e os fatos jurídicos, conceitos tão caros à teoria do fato jurídico, posto que mesmo os fatos simples seriam resultado de uma valoração prévia.

Em que pesem os argumentos colocados, especialmente os que se ligam às premissas do chamado giro linguístico, entendemos que as críticas possuem mais cunho teórico do que prático, não interferindo profundamente na passagem do plano da existência para o da eficácia de um fato jurídico.

Em primeiro lugar, a necessidade de interpretação da regra jurídica não passou despercebida por Pontes de Miranda, que reconhecia a importância dessa operação para a perfeição do momento de incidência:

> Para que se saiba qual a regra jurídica que incidiu, que incide, ou que incidirá, é preciso que se saiba o que é que se diz nela. Tal determinação do conteúdo da regra jurídica é função do interprete, isto é, do juiz ou de alguém, jurista ou não, a que interesse a regra jurídica. O jurista é apenas, nesse plano, o especialista em conhecimentos das regras jurídicas e da interpretação delas, se bem que, para chegar a essa

---

[187] KRELL, Andreas J. *A Relevância da Teoria do Fato Jurídico no Âmbito do Moderno Direito Constitucional e Administrativo*. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (coord.). Revisitando a Teoria do Fato Jurídico – Homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153-155

[188] CATÃO, Adrualdo de Lima. *Uma Pragmática da Noção de Fato no Direito: o caráter interpretativo do fato jurídico*. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (coord.). Revisitando a Teoria do Fato Jurídico – Homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18-20.

> especialização e ser fecunda, leal, exata, a sua função, precise de conhecer o passado do sistema jurídico e, pois, de cada regra jurídica, e o sistema jurídico do seu tempo, no momento em que pensa, ou pensa e fala ou escreve[189].

Mesmo com relação aos fatos da vida, Pontes de Miranda indica que pode existir dúvida sobre o entendimento e categorização dos que sejam previstos como suporte de uma norma jurídica:

> É fácil compreender-se qual a importância que tem a exatidão e a precisão dos conceitos, a boa escolha e a nitidez deles, bem como o rigor na concepção e formulação das regras jurídicas e no raciocinar com elas. Se como for, há sempre dúvida, que exsurgem, a respeito dos fatos, que se tem, ou não, de meter nas categorias e da categoria em que, no caso afirmativo, se haveriam de colocar[190].

Desta forma, reconhecer que a interpretação é condição para a compreensão de um fato não altera a localização do local de aperfeiçoamento do plano da incidência, o qual permanece, como defendido pela teoria do fato jurídico, sendo processado no mundo ideal[191].

Fosse, a necessidade de interpretação para que se considere um fato como existente, uma novidade que reverberasse na teoria do fato jurídico de forma decisiva, a modificação seria de acrescer mais uma etapa, a qual consistiria em identificar o fato para que depois ocorra a incidência, no caminho percorrido da juridicização do fato. Essa modificação, por acréscimo, ainda que pareça importante para alinhar a teoria do fato jurídico ao reconhecimento da linguagem como fator preponderante da compreensão, não tem o condão de alterar a conclusão de que é a incidência à fonte da eficácia jurídica.

O que ocorre, em suma, é apenas o reconhecimento de que a compreensão correta da incidência depende da interpretação também dos fatos, mas não modifica o seu mecanismo, nem sua importância para a visualização do chamado mundo jurídico. Caberá, assim, ao intérprete, compreender os elementos da norma, inclusive os descritos no suporte fático, para a correta visualização do fato jurídico, bem como de seus efeitos, o que nunca foi objeto de negativa pela teoria do fato jurídico. Em verdade, a necessária

---

[189] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo I, p. IX.
[190] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo I, p. XII.
[191]PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo I, p. 6; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7.

interpretação do fato se situa mais no plano de aplicação da norma do que em sua incidência.

Além do quanto exposto, ainda que seja a interpretação uma etapa necessária para o processo de compreensão por um observador, não se pode negar que antes da compreensão fática ocorreram eventos, sendo estes o objeto da interpretação.

Por mais que seja importante reconhecer que a compreensão do mundo se dá com a interpretação desse mesmo mundo, essa operação exige que algo exista no mundo para ser interpretado. Aliás, até mesmo o nada pode ser tido como objeto passível de ser interpretado, sendo correto afirmar que algo ocorre antes da interpretação e não só após. É muito perspicaz a observação feita por Eduardo Rabenhorst, ao afirmar que os construtivistas não negam a existência de essências permanentes que serão fruto de interpretação e adentrarão ao mundo pela linguagem:

> Os construtivistas, ao contrário, estimam que nós não percebemos a realidade tal como ela é, mas nós a construímos, na maioria das vezes de forma inconsciente. Em primeiro lugar porque selecionamos as informações, filtrando um dado recebido ou favorecendo um canal de informação em detrimento de outro (a visão mais do que a audição, por exemplo). Em seguida porque nossa memória também é falha, seja porque ela "apaga" determinados dados, seja porque ela simplesmente "incorpora" novos dados por vezes absolutamente inexistentes.
> O construtivismo não nega, portanto, a possibilidade de que exista um mundo composto por essências fixas e permanentes. O que ele nega é a possibilidade de que este mundo possa ser descrito em um sistema acabado e definitivo. Obviamente, isto não significa que o construtivismo conteste a existência de um mundo comum e as limitações reais que este mundo exerce sobre as interpretações que dele podemos fazer[192].

Assim, ainda que boa parte da compreensão sobre um fato seja fruto de interpretação, e isso não se pode negar, é forçoso reconhecer que deve existir um objeto sobre o qual a atividade interpretativa recairá, sendo este núcleo o que se pode chamar de fato puro. São tais fatos que integram o que se denomina de mundo dos fatos e que servirão de base para o chamado mundo jurídico.

Seguindo essas linhas de pensamento, é possível realizar a devida adaptação do sentido que se deve dar à expressão fato e que deve ser levada em consideração no momento da incidência, reafirmando-se a necessidade de se considerar a eficácia normativa como a fonte da eficácia jurídica.

---

[192] RABENHORST, Eduardo Ramalho. *A interpretação dos fatos no direito*. Prim@facie. Ano 2, n. 2. Disponível em: <www.primafacie.br> Acesso em: 08/01/2018, p. 12.

Antes de analisar mais de perto o plano da eficácia dos precedentes judiciais, tomando como base o nosso sistema processual, que é o objetivo principal dessa pesquisa, o próximo item se destina a classificar quais os efeitos que podem se relacionar com os fatos jurídicos.

Em uma delimitação mais precisa, o item seguinte se dirige à análise das chamadas situações e relações jurídicas, fincando as bases necessárias para a delimitação do plano da eficácia dos precedentes judiciais.

3.2.4 Conteúdo eficacial: as situações jurídicas e relações jurídicas

Esta dissertação objetiva delinear normativamente a eficácia obrigatória dos precedentes judiciais, o que torna útil indicar, no domínio da teoria do fato jurídico, um panorama geral dos efeitos que podem ser produzidos pelos fatos jurídicos.

Realizada a juridicização, os efeitos possíveis dos fatos jurídicos se irradiam, sendo estes efeitos classificados como situações e relações jurídicas. Tais efeitos, que pertencem a diferentes categorias jurídicas, seja do ponto de vista estrutural ou do viés funcional, podem ser tidos como espécies do gênero situações jurídicas em sentido amplo. Não é importante saber, nesse momento, se tais situações são definidas pelos integrantes de um ato jurídico ou se a definição parte do texto legal, o que se deve ressaltar é que dada a juridicização, a sua repercussão no mundo jurídico ocorrerá no plano das ideias, consubstanciando-se em uma situação ou uma relação jurídica.

Vale esclarecer que situação jurídica é expressão que admite basicamente dois sentidos, sendo um amplo e o outro estrito. O sentido amplo se relaciona com toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, "englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos às mais complexas das relações jurídicas"[193]. Neste parâmetro de visualização, situação jurídica é sinônimo do conjunto de efeitos que podem ser produzidos a partir da incidência. Em um sentido estrito, a expressão "nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma relação jurídica"[194] ou quando os direitos subjetivos advindos de uma

---

[193] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.
[194] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

relação jurídica ficam ligados à apenas uma esfera jurídica, não gerando ônus ou sujeição na posição passiva.

Sob esse prisma da visualização estrita, as situações jurídicas podem ser divididas em: a) situações jurídicas simples quando envolvem apenas uma esfera jurídica[195], atribuindo a um sujeito de direito uma qualidade, qualificação, que deve ser observada por todos, dada a sua impositividade[196], sendo um exemplo, a capacidade de ser parte; b) situações jurídicas complexas, as quais se caracterizam pela intersubjetividade, pois do fato jurídico se dá o envolvimento de uma pluralidade de sujeitos e esferas jurídicas.

As situações jurídicas complexas, por sua vez, podem ser subdividas em situações jurídicas complexas unilaterais e em relações jurídicas. Uma situação jurídica é tida como complexa unilateral quando, apesar da intersubjetividade e de envolver mais de uma esfera jurídica, a eficácia apenas se estende a uma dessas esferas[197], como ocorre com a possibilidade de renúncia ao recurso. A relação jurídica, segunda espécie das situações jurídicas complexas, se caracteriza pela intersubjetividade, acompanhada de efeitos que se irradiam para mais de uma esfera jurídica, configurando um feixe de direitos e deveres correlatos[198], sendo um exemplo o acordo das partes sobre a distribuição do ônus da prova.

Apesar de serem passíveis de descrição individualizadas, não é raro que as situações jurídicas, advindas da incidência de uma norma venham a se relacionar com outras normas, seja quando previstas como condições para a configuração de novas situações jurídicas ou até mesmo vindo a integrar o suporte fático de disposições normativas que serão objeto de incidência por outras normas. Este contexto relacional entre as situações jurídicas se dá pela dinâmica do fenômeno jurídico, onde o efeito de um fato jurídico, normalmente, conduz a um novo fato jurídico ou influencia no seu plano de eficácia. O

[195195] "Os bens da vida que tocam a determinado sujeito de direito, consubstanciados no conjunto das situações jurídicas (lato sensu) em que esteja inserido, portanto a totalidade dos direitos, pretensões, ações e exceções, os deveres e obrigações, que, especificamente, lhe dizem respeito, inclusive certos direitos públicos que não se subjetivam, tenham ou não mensuração econômica, e as qualificações individuais relativas aos status das pessoas, constituem sua esfera jurídica". MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74.

[196] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81.

[197] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88.

[198] "Tudo o que se passa no mundo jurídico, sem exceções, é consequência (eficácia) de fato jurídico. Nele nada ocorre sem que haja um fato jurídico em sua origem. Partindo dessa premissa, tem-se à evidência que relação jurídica é, exclusivamente, efeito de fato jurídico, sendo conceito pertinente ao plano de eficácia. Relação intersubjetiva que não constitua, ela própria, fato jurídico ou que não decorra de fato jurídico não é relação jurídica, mesmo que seja relação inter-humana". MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 169.

que é incomum é o exemplo de fatos jurídicos que tenham seus efeitos encapsulados e isolados de forma precisa.

Analisando essa dinamicidade dos fatos jurídicos, bem como a comunicação usual entre os planos de eficácia dos fatos jurídicos, é fácil perceber que os atos jurídicos, em geral, possuem como pressuposto básico a capacidade de direito do agente, que nada mais é que uma situação jurídica simples.

Assim, para praticar um ato jurídico se exige a configuração prévia de uma situação jurídica simples (a aptidão para titularizar direitos e deveres) que é, por sua vez, efeito de um outro fato jurídico[199] (o nascimento com vida, por exemplo). O ciclo não se encerra nesse ponto, vez que a validade do ato exigirá que aquele que praticou o ato jurídico reúna uma outra qualificação jurídica, que nada mais é do que uma outra situação jurídica, como a capacidade de exercício do direito (o que responde se o agente pode praticar o ato de maneira isolada, se o deve fazer por meio de um representante ou assistido).

Não é exagero afirmar que tais situações jurídicas simples se relacionam com a imensa maioria de atos jurídicos: a capacidade de direito localizando-se no plano da existência e capacidade de exercício como requisito a ser observado para a perfeição do ato e de sua validade.

A dinamicidade aqui descrita não escapa ao contexto processual e serve de base para entender o processo como um conjunto de situações jurídicas. Analisando-se o processo mais de perto, fica claro que a sua estrutura não é composta de um bloco único e estanque de feixes jurídicos que unem os sujeitos do processo. Em verdade, com uma visão mais atenta, fica claro que sua composição é complexa e dinâmica, caracterizada pela existência de diversas situações jurídicas.

Para que seja possível compreender a complexidade e dinamicidade da estrutura processual, deve-se aceitar o pressuposto que, com a incidência, a norma jurídica estabelece uma posição subjetiva que se pode assumir diante de determinado comando

---

[199] "Cabe observar, apenas a jeito de complemento, que também as relações jurídicas podem ser elementos de previsão legal. Elemento da previsão pode ser, por exemplo, a circunstância de que alguém é proprietário de uma determinada coisa, representante legal de outrem, com capacidade negocial ou com capacidade negocial limitada, presidente ou membro de um órgão de uma pessoa coletiva [...] Decerto que a existência de uma relação jurídica determinada num determinado período não é um facto da natureza, que, como tal, fosse acessível em princípio à percepção, mas, antes, um facto dentro do mundo do juridicamente vigente aqui e agora. Por isso, o que é de si uma consequência jurídica, decorrente da aplicação de normas jurídicas a certo evento da vida, pode por sua vez actuar como elemento da previsão de uma outra proposição jurídica". LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 401.

normativo. Assim, antes que um sujeito pratique um ato jurídico, evidencia-se a posição jurídica desse agente, a qual pode ser uma faculdade, um dever ou um direito[200].

A partir do parâmetro normativo, surgem, então, as posições subjetivas primárias que são a faculdade, o poder e o dever, as quais asseguram ao sujeito uma posição de vantagem frente a um bem, submetendo aos demais sujeitos interessados nesse mesmo bem. Essa posição de vantagem é o que se denomina por direito subjetivo, que é uma posição subjetiva secundária[201] e que faz surgir, para os demais sujeitos, um dever que pode ser, por exemplo, o de uma prestação que corresponderia a um direito de crédito ou, ainda, o de se abster frente ao direito de propriedade.

Essa característica da norma como parâmetro de conduta e, principalmente, de definidora de posições jurídicas é fundamental para entender a estrutura do procedimento como exemplo de relação dinâmica entre fatos e situações jurídicas em sentido amplo, como será demostrado a seguir.

Para Elio Fazzalari, o procedimento se caracteriza pelo sequenciamento normativo, no qual uma norma valora uma conduta que, por sua vez, é o pressuposto fático de outra norma. Temos, então, uma norma antecedente que qualifica o comportamento previsto em uma norma seguinte. Em outras palavras, a estrutura do procedimento se obtém quando se está diante de uma série de normas, cada uma das quais regulando uma conduta, mas que enuncia como pressuposto de sua aplicação o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série[202].

É fácil perceber que a característica do sequenciamento normativo é comum a todo tipo de atividade normativamente organizada. Assim, o procedimento será um grande gênero, dentre o qual teríamos diversos exemplos de atividade, sendo a jurisdicional apenas uma delas.

O procedimento, então, pode ser definido como uma série ou sequência de normas, atos e posições subjetivas que se conectam e inter-relacionam em um complexo normativo, constituindo a fase preparatória de um provimento, visto como ato final de caráter imperativo[203].

---

[200] FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual.* Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.82.
[201] FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual.* Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.83.
[202] FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual.* Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.114.
[203] FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual.* Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 114.

Sendo uma espécie de procedimento, o processo se distingue pelo tratamento dispensado aos partícipes que sofrerão os efeitos do ato final, que devem participar do procedimento em posição de simétrica paridade, ou seja, em contraditório[204]. Entender o processo como procedimento em contraditório exige que se visualize que os interessados – os sujeitos do processo que suportarão o resultado favorável ou desfavorável do provimento – participam em simétrica paridade durante o percurso procedimental que é exigido para a formação do provimento jurisdicional do qual pode ser extraído um precedente segundo o conceito adotado e utilizado nesta dissertação.

> É fundamental pontuar que é a estrutura do contraditório que qualifica o processo como tal, não é a simples participação das partes, mas, de todos os sujeitos do processo, como o juiz, os seus auxiliares, o Ministério Público, os peritos e também os autores e os réus. Nesse aspecto, todos são partes do contraditório, todos são os contraditores[205].

Para definir quais os integrantes desse grupo de participação processual, definido como contraditores, ou seja, quem participará do processo em contraditório, é preciso a verificação de quais sujeitos serão afetados pelo ato final, pelo provimento construído no procedimento[206]. São esses que suportarão os resultados favoráveis ou desfavoráveis do provimento que serão os participantes em contraditório e que possuem legitimidade para agir. É uma visualização mais ampla e dinâmica do papel dos participantes do processo, quebrando com a típica visualização do processo como uma relação jurídica processual, na qual o papel dos seus integrantes depende diretamente da posição estática que assumem nessa relação.

Somada à noção de posições subjetivas decorrentes das normas processuais, a visualização de processo como um conjunto dinâmico de situações jurídicas difere muito da estaticidade decorrente do conceito de processo como relação jurídica.

Na verdade, a definição do processo como procedimento em contraditório não é compatível com a visualização de processo como relação jurídica única. Para sustentar a afirmação é necessário analisar as definições de processo apresentadas por Giuseppe Chiovenda e Enrico Tulio Liebman.

Chiovenda, para chegar ao conceito de processo, primeiro enuncia o que entende como direito subjetivo. Para o autor, o direito subjetivo é "a expectativa de um bem da

---

[204] FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual.* Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.119.
[205] FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual.* Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.124.
[206] FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual.* Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.124.

vida garantida pela vontade da lei"[207]. Cabe, então, em caso de não ter uma pretensão atendida, ao detentor do direito subjetivo reclamar a atuação concreta da lei, sendo a substituição da vontade das partes, pela vontade da lei, o objeto do processo[208]. O processo, para Chiovenda, "é o complexo dos atos ordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por eles), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária"[209].

Em uma visualização mais aproximada sobre o processo, Chiovenda afirma existir uma relação jurídica processual, classificada como sendo de direito público, autônoma e complexa, distinta da relação jurídica material que envolve as partes no contexto extraprocessual[210].

Analisando mais de perto os caracteres da relação jurídico-processual, a mesma é considerada como de direito público, dado que o processo se presta à realização de uma função pública. A sua autonomia, para com o direito material, decorre da independência da instauração da relação jurídica processual para com a pertinência do pedido formulado pelo autor, suposto detentor do direito subjetivo[211]. A complexidade, por sua vez, reside na soma de diversos atos em torno de um objetivo comum e que dá unidade à relação jurídica.

Chiovenda liga tais características ao conceito de direito subjetivo, como atuação concreta da lei, da seguinte forma:

> Se alguém pretende um bem da vida aduzindo como fundamento uma vontade concreta da lei que, em realidade, não subsiste, forma-se, então, uma vontade concreta da lei em virtude da qual essa pretensão deve receber-se, declarar-se e tratar-se como destituída de fundamento, o que equivale a dizer que se forma uma vontade concreta negativa da lei.
> Ora, o processo civil, que se encaminha por demanda de uma parte (autor) em frente a outra parte (réu), serve justamente, [...] não mais a tornar concreta a vontade da lei, pois essa vontade já se formou como vontade concreta anteriormente ao processo, mas a certificar qual seja a vontade concreta da lei e efetivá-la, quer dizer, traduzi-la em ato: ou a vontade da lei afirmada pelo autor, a qual, se existente, é efetivada com o recebimento da demanda, ou em caso contrário a vontade negativa da lei, efetivada pela recusa[212].

---

[207] "Fundando-se, com efeito, na vontade da lei, o sujeito jurídico pode aspirar à consecução ou à conservação daqueles bens, inclusive por via de coação. Constitui tal aspiração o denominado – direito subjetivo, que se pode, portanto, assim definir: a expectativa de um bem da vida garantida pela vontade da lei. (...) a idéia do direito subjetivo, verificamos que se resolve numa vontade concreta da lei". CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, v 1, 1965, p.3
[208] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, v 1, 1965, p.50.
[209] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, v 1, 1965, p.37.
[210] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, v 1, 1965, p.37
[211] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, v 1, 1965, p.57.
[212] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, v 1, 1965, p.35.

Conclui-se que, para Chiovenda, o direito subjetivo é preexistente ao processo, mas será declarado no processo, através da adoção ou rejeição da demanda, o que leva à conclusão de que o resultado útil do processo depende da constatação da existência da vontade concreta da lei em favor do autor que se diz detentor do direito subjetivo.

Liebman, por sua vez, define processo da seguinte forma:

> A atividade mediante a qual se desempenha em concreto a função jurisdicional chama-se processo. Essa função não se cumpre, em verdade, a um só tempo e com um só ato, mas através de uma série coordenada de atos que se sucedem no tempo e que tendem à formação de um ato final[213].

Já o procedimento, na visão de Liebman, é definido como um conjunto de atos que se sucedem no processo e que se dispõem como uma unidade formal[214], sendo o processo uma entidade complexa, integrada pela relação jurídica e pelo procedimento.

Importante ressaltar que, na visão de Liebman, o aspecto interno do processo se mostra como um conjunto de diversas posições subjetivas que podem ser definidas como autoridade, direitos subjetivos, sujeições e ônus. Desta forma "as posições subjetivas formam uma unidade, que é a relação jurídica processual, que se distingue da relação jurídica litigiosa, que é o conteúdo do processo"[215].

Liebman deixa bem claro ao fundamentar que, durante o processo, a pendência da lide "determina a existência de toda uma série de posições e de relações recíprocas entre os seus sujeitos, as quais são reguladas juridicamente e forma, no seu conjunto, uma relação jurídica, a relação jurídica processual"[216].

É, pois, a visualização do processo como baseado em uma relação jurídica processual, distinta da de direito material, que une o pensamento de Liebman e Chiovenda ao definir o conceito de processo.

Essa noção do processo como relação jurídica ganhou espaço na Teoria Geral do Processo no século XIX, sendo poucos os autores que formularam novas proposições para afastar essa construção teórica. Em síntese, pode-se afirmar que essa tese se apoia no conceito clássico de relação jurídica, trazendo a reboque o conceito de direito subjetivo, que é definido como a possibilidade do titular da pretensão exigir do sujeito obrigado a realização de uma prestação.

---

[213] LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 1985, P.33.
[214] LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 1985, P.39.
[215] LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 1985, P.41.
[216] LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 1985, p.40.

A relação jurídica processual, base do processo, seria formada envolvendo autor, juiz e réu, sendo o vértice ocupado pelo juiz, enquanto autor e réu ocupariam, cada um, uma das extremidades da figura que se assemelharia a um ângulo. É possível também visualizar a relação jurídica como uma figura triangular, estando no vértice o juiz e nos ângulos opostos, as partes. Apesar de se distinguir pela possibilidade de relação direta entre autor e réu, a base do conceito era o mesmo, o processo se daria com base em uma relação jurídica.

Sendo variantes de uma mesma ideia, a qual parte da existência de um enlace entre os sujeitos processuais e de um direito subjetivo, com as respectivas esferas de pretensões e prestações, todas essas teorias que entendem o processo como relação jurídica padecem do mesmo problema: são teorias que não resistem ao teste prático e não explicam como seria possível aplicar ao processo a ideia de direito subjetivo, visto que não há vinculo de sujeição entre autor e réu, nem das partes para com o réu, muito menos isso se desenvolve de forma estática durante o processo.

Nesse aspecto, a tese defendida por Fazzalari indica ser necessário deixar de lado o conceito de direito subjetivo, como inerente à categoria relação jurídica, passando a adotar a noção de direito subjetivo como resultado da existência de uma posição de vantagem em relação a um determinado bem jurídico. Essa noção é a base de sua concepção de processo como um conjunto de situações jurídicas e não como uma relação jurídica.

A teoria do processo como situação jurídica deve muito do seu desenvolvimento a James Goldschmidt, que fundamenta sua critica à teoria do processo como relação jurídica pela impossibilidade de explicação de quais seriam os possíveis feixes de direitos subjetivos processuais. Em suma:

> Por conseguinte, com respeito a seus pressupostos, o conceito de relação jurídica processual não tem nenhuma transcendência. Tampouco com respeito a seu conteúdo. Claro que incumbe ao juiz a obrigação de conhecer a demanda, mas para fundar esta obrigação não se precisa de uma relação jurídica processual. Tal obrigação se baseia no Direito público, que impõe ao Estado o dever de administrar justiça mediante o juiz, cujo cargo, a sua vez, lhe impõe, ao mesmo tempo, obrigações frente ao Estado e ao cidadão.[217]

Essas construções seriam, diante da estaticidade e inexistência de imperativos entre os sujeitos do processo, inaplicáveis ao processo judicial que é marcado pela

---

[217] GOLDSCHMIDT, James. *Teoria Geral do Processo.* Trad. Leandro Farina, Campinas: Minelli, 2003, p. 17.

dinamicidade do procedimento, pois "não existem relações jurídicas – entre juiz e as partes (teoria angular), ou entre juiz, demandante e demandado (teoria triangular), ou entre demandante e demandado exclusivamente (teoria linear)"[218], mas sim, situações jurídicas, compreendidas como expectativas, possibilidades e ônus, o que deixa muito claro como as situações jurídicas se relacionam de forma a estruturar o processo judicial.

Goldschmidt chama a atenção para a artificialidade da ideia de relação jurídica processual:

> É certo que a sentença e, mais exatamente, seu efeito, a coisa julgada, é o fim do processo; é igualmente certo que, segundo algumas teorias, a sentença tem a eficácia de um negocio jurídico material e, dizer, a de alterar as relações jurídicas materiais, mas ainda que essa teoria tivesse fundamento, em rigor caberia atribuir aos atos processuais a qualidade de negócios jurídicos, mas não a de uma relação jurídico. O ato jurídico que produz uma relação jurídico não é, por essa só circunstância, uma relação jurídica nem sequer latente. Claro que o processo não há de considerar-se como uma série de atos isolados. Mas um complexo de atos encaminhados a um mesmo fim, entretanto quando haja vários sujeitos, não chega a ser, por isso, uma relação jurídica, a não ser que esse termo adquira uma acepção totalmente nova. Um rebanho não constitui uma relação porque seja um complexo jurídico de coisas semoventes.[219]

O ponto alto da teoria de Goldschmidt consiste em propor a superação do conceito de processo como relação jurídica, substituindo-a pela visualização da estrutura do processo construída a partir dos conceitos de situação jurídica processual e suas expectativas, possibilidades e ônus.

> A expectativa de uma vantagem processual, e, em termos definitivos, de uma sentença favorável, a dispensa de uma carga processual e a possibilidade de chagar a tal situação pela realização de um ato processual, constituem os direitos no sentido processual da palavra. Em realidade não se trata de direitos propriamente ditos, senão de situações que poderiam denominar-se com a palavra francesa: chances. As três classes de direitos processuais que se estabelece correspondem às três espécies de direitos materiais. As expectativas de uma vantagem processual podem comparar-se com os direitos relativos, porque há por parte do juiz vinculação de satisfaze-la; as dispensas de cargas processuais se parecem aos direitos absolutos em que se põe a salvo a liberdade da parte interessada contra qualquer prejuízo; por último, as possibilidades de atuar como êxito no processo se correspondem totalmente com os direitos potestativos ou constitutivos.[220]

---

[218] GOLDSCHMIDT, James. *Teoria Geral do Processo.* Trad. Leandro Farina, Campinas: Minelli, 2003, p. 21.
[219] GOLDSCHMIDT, James. *Teoria Geral do Processo.* Trad. Leandro Farina, Campinas: Minelli, 2003, p. 21.
[220] GOLDSCHMIDT, James. *Teoria Geral do Processo.* Trad. Leandro Farina, Campinas: Minelli, 2003, p. 49.

Muito das propostas de Goldschmidt, em especial a estruturação processual baseada em situações jurídica e posições subjetivas foram adotadas por Fazzalari, sendo relevantes para entender os conceitos de situação legitimante e os papeis dos contraditores no processo, conforme já exposto.

É uma premissa importante para as nossas conclusões, porque o precedente judicial e seus efeitos integram esse complexo de situações jurídicas que se identifica como processo. Inclusive, na cadeia procedimental, o precedente tanto pode ser visto como um fato jurídico, como um efeito das decisões judiciais, sem que isso implique em falha de visualização investigativa ou contradição, mas sendo um reflexo da dinamicidade e complexidade que caracteriza o procedimento processual.

Entendido o que compõe o plano de eficácia dos fatos jurídicos, no item seguinte, enunciaremos quais os limites dessa eficácia.

3.2.5 Limites pessoais, temporais e espacial da eficácia jurídica

O estudo dos limites da eficácia jurídica visa responder às seguintes questões: a) quem é atingido pelos efeitos jurídicos; b) por quanto tempo os efeitos perduram; e c) qual o seu alcance territorial.

No que diz respeito à primeira questão, em regra, a eficácia jurídica cinge-se à esfera jurídica dos sujeitos referidos na norma que a define. Inexistindo autorização normativa expressa, os efeitos de um fato jurídico não atingem a terceiros.

Um exemplo processual de fato jurídico que possui eficácia limitada às partes, mas que excepcionalmente pode beneficiar terceiros é o trânsito em julgado que produz, como um de seus efeitos anexos, a coisa julgada. Em regra, a estabilidade decorrente da coisa julgada está direcionada às partes do processo, mas pode beneficiar terceiros, visto que a norma jurídica que delimita os efeitos do fato trânsito em julgado apenas limita a eficácia subjetiva no sentido de evitar produção de prejuízos a quem não foi parte no processo[221].

Outra hipótese que relativiza a regra da limitação subjetiva da coisa julgada às partes do processo ocorre no panorama do processo coletivo em que as decisões têm aptidão para produzir coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, chegando a atingir quem não tenha sido parte no processo. Essa possibilidade de eficácia que vai além dos limites

---

[221] Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

subjetivos do processo é uma decorrência da natureza transindividual do interesse que compõe o objeto do processo, relacionando-se a demandas que envolvam direitos difusos[222].

Com relação à eficácia no tempo e no espaço dos fatos jurídicos, certas circunstâncias podem influir em seu surgimento, duração e amplitude. Desta forma, um fato jurídico pode ter eficácia "plena ou apenas limitada; imediata ou protraída para o futuro; de modo definitivo ou provisória; limitada a determinado espaço territorial; havendo, também, a possibilidade de que nunca venha a gerar seus efeitos próprios"[223]. Tais impactos sobre o plano da eficácia jurídica podem ter como causas: a natureza do ato jurídico, a vontade dos sujeitos, expressa disposição de lei e a valência dada aos efeitos pelo sistema jurídico.

No que diz respeito à influencia da natureza jurídica do ato sobre o plano da eficácia, há de se ressaltar que não é incomum que a eficácia de um fato jurídico seja condicionada a fatos futuros, como ocorre com os atos jurídicos cuja eficácia depende de elemento integrativo.

> Nos negócios jurídicos, exclusivamente, enquanto os elementos nucleares (cerne e completante) dizem respeito à sua existência e os complementares, à sua validade ou eficácia, há espécies em que são necessários atos jurídicos praticados por terceiros, em geral autoridade pública, que o integram, mas, no plano da eficácia. Esses atos integrativos, como os denominamos, não compõe o suporte fático do negócio jurídico e, portanto, não interferem quanto à sua existência, validade ou eficácia própria, mas atuam no sentido de que se irradie certos efeitos que se adiciona à eficácia normal do negócio jurídico.[224]

O negócio jurídico processual é exemplo da possibilidade de que a vontade das partes influencia o plano da eficácia, visto que permite que partes plenamente capazes estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, assim como convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo[225].

Por fim, há de se ter que, em regra, os efeitos jurídicos se limitam ao sistema jurídico a que se relaciona. "É certo que cada sistema jurídico tem um âmbito espacial próprio de valência que corresponde, em regra, ao território em relação ao qual a

---

[222] DIDIER JR, Fredie [Comentários ao art. 1º]. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coordenadores) Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 779.
[223] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte.* São Paulo: Saraiva, 2003, p.33.
[224] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 53.
[225] Art. 190, CPC

respectiva comunidade jurídica exerce o seu poder político”[226]. Ainda que exista a possibilidade de normas jurídicas terem eficácia em outro sistema, essa possibilidade dependerá de expressa autorização normativa do sistema receptor.

Nosso sistema processual, por exemplo, admite a eficácia de sentenças estrangeiras, ainda que para isso exija homologação do Superior Tribunal de Justiça.

Todas as delimitações aqui realizadas, com as adaptações que serão feitas no momento próprio, devem ser tomadas em consideração para a análise da eficácia dos precedentes judiciais a ser desenvolvida no próximo capítulo.

---

[226] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte.* São Paulo: Saraiva, 2003, p.37.

4 A OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

A importância dos precedentes judiciais, especialmente do seu impacto na tomada de decisões judiciais, justifica a necessidade de fixação de parâmetros dogmáticos para a compressão do que significa a sua necessária observação, demandando a indicação de limites para a atividade de reconstrução normativa dos juízes, evitando o decisionismo e o autoritarismo[227], sendo esse um dos objetivos do presente estudo.

Além disso, é necessária a compreensão de como operar o método de decidir com base em precedentes, de forma que seja possível extrair das disposições normativas, normas que indiquem, com segurança e previsibilidade, uma prática judiciária racional e razoável.

Some-se a essas justificativas a intenção de afastar resistências injustificadas para o reconhecimento da importância em se adotar os precedentes judiciais como base para a fundamentação das decisões judiciais, propiciando segurança jurídica, igualdade de tratamento aos jurisdicionados, estabilidade, integridade e coerência das normas que integram o sistema jurídico.

Para atingir tais objetivos, até aqui, a dissertação se organizou em etapas distintas, cada uma correspondendo a um capítulo: a) definição do que é um precedente judicial; b) o papel do precedente judicial na reconstrução normativa feita pelo judiciário; e c) análise do precedente judicial no complexo de situações jurídico processuais.

A definição de precedente judicial foi feita com base na revisão das principais construções teóricas sobre o tema, com o objetivo de definir o que é o precedente judicial, com a devida separação dos seus planos da existência e eficácia, bem como distinguir o precedente de outros conceitos que comumente se relacionam com o tema como a jurisprudência, enunciados de súmula, disposições normativas e coisa julgada.

Definido qual o conceito adotado para o precedente judicial, o foco deslocou-se para identificar o papel do precedente na reconstrução normativa presente nas decisões judiciais. A análise, com um viés normativo, levou em conta o peso do precedente em um panorama da interpretação voltada para a decisão de um caso.

Com a passagem das duas primeiras etapas, já com as bases erigidas sobre o que é o precedente judicial, bem como do seu papel na argumentação para tomada de decisões

---

[227] MACÊDO, Lucas Buril de. *O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo código de processo civil*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n. 237, p. 371;

judiciais, a investigação foi direcionada para analisar como o precedente se adequa dentro da teoria do fato jurídico e do procedimento judicial. O objetivo foi entender como o precedente judicial pode ser manejado nas disposições normativas.

Tendo fixado que os planos da existência e da eficácia dos precedentes judiciais não se confundem, que o precedente, ainda que seja uma norma jurídica geral, adentra ao mundo jurídico em uma decisão judicial, resta analisar como a sua observância obrigatória é normatizada, qual é o seu impacto como parâmetro nas construções jurídico-normativas dentro de nosso sistema jurídico e quem será atingido por tal eficácia.

Cada uma dessas questões ligadas a observância obrigatória dos precedentes judiciais será tratada de forma específica nos itens seguintes.

4.1 O MÉTODO DE DECIDIR COM BASE EM PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Uma premissa desta dissertação é que os precedentes judiciais são, do ponto de vista da metodologia das decisões judiciais, um instrumento de diálogo com o passado[228]. Foi definido que, analisadas por esse viés, as decisões podem ser pautadas, dentre outros critérios, com base em precedente judiciais, sendo a grande marca desse método a necessária conexão do presente com o passado.

Ressaltou-se, ainda, que em tal método o que se exige é que, ao construir a decisão, exista o diálogo com o passado, sendo possível afastar o precedente em casos de superação ou de distinção. Desta forma, não desnatura o método de decidir com base em precedentes a possibilidade de que se decida em outro sentido que o da decisão passada, desde que isso ocorra dentro das hipóteses normativas e sistêmicas que admitem essa possibilidade. O que descaracteriza esse tipo de método é a inexistência de compromisso com decisões pretéritas: só essa indiferença com o passado é que indica que um determinado sistema não leva em conta a base de precedentes existentes para a tomada de decisões[229].

Essa linha de pensamento reforça, ainda, a conclusão de que a eficácia do evento passado em uma decisão presente é uma característica do método e não do instrumento precedente judicial: sendo o precedente um produto natural da atividade jurisdicional, posto que é uma das normas reconstruídas em uma decisão, é impossível negar sua

[228] Ver item 2.2
[229] Ver item 2.2

existência, admitindo-se, porém, que um sistema trate da eficácia que lhe é atribuída, levando em conta as caraterísticas que marcam o método de decidir com base em precedentes.

Resta, agora, indicar quais as bases normativas que comprovam que nosso sistema adota o método de decidir com base em precedentes, consagrando o compromisso com o passado na construção nas decisões judiciais.

4.1.1 A igualdade como base normativa para o compromisso com o passado

Ainda que já seja aceita a noção de igualdade no contexto processual, comumente a mesma é abordada levando em conta a necessidade de se garantir tratamento igualitário dos sujeitos processuais e de oportunizar iguais condições de influência na construção da decisão judicial, sendo um valor inerente ao Estado Democrático de Direito[230].

Dentro da mesma perspectiva de consenso doutrinário, não existe discussão sobre a necessidade de que a igualdade seja analisada em duas dimensões do processo: uma dimensão externa, que garante a igualdade de acesso à jurisdição e outra interna, que garante a igualdade no processo.

A dimensão externa da igualdade processual se concretiza por meio da garantia de acesso uniforme à jurisdição, "vale dizer: a ordem jurídica deve fornecer os meios necessários para que as partes possam chegar ao processo em posição equilibrada"[231]. Nessa perspectiva, o acesso ao Judiciário surge como uma decorrência da igualdade material em que todos devem ser tratados de maneira uniforme, na medida das desigualdades, perante e na lei.

Nesse panorama, o principal destinatário de eventuais deveres ligados à igualdade de acesso ao Judiciário é o Estado: seja em sua feição legislativa, seja a jurisdicional, ao cidadão deve ser garantido pelo Estado o acesso à jurisdição, nem que para isso sejam necessárias medidas que outorguem tratamento diferenciado aos jurisdicionados.

A temática do acesso à justiça foi o centro de parte significativa dos estudos processuais produzidos nas décadas de setenta e oitenta do século passado, quando se constatou que era necessário compreender a garantia do acesso à justiça sob duplo

---

[230] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedente obrigatório*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 111.

[231] ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 153.

enfoque, um formal e outro substancial. Vale, porém, frisar que a análise isolada de um ou outro enfoque não nos permite o real entendimento da garantia de acesso à justiça, o que só ocorre quando se somam as conclusões obtidas por esse duplo viés investigativo.

A acepção formal a define como a necessidade de o Estado garantir procedimentos jurisdicionais, a fim de que os jurisdicionados possam atuar em juízo. É uma preocupação estatal que se traduziria em disponibilizar, a todos e de forma igualitária, um aparato jurisdicional para tão somente garantir o "direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação"[232].

Foi entendimento que marcou o que seria acesso à justiça no Estado Liberal, notadamente nos séculos XVIII e XIX, em que a igualdade era um valor a formatar as preocupações estatais, não se admitindo diferenciações que não fossem baseadas em "razões de ordem biológicas"[233]. Nada mais natural do que pensar assim, diante da forma com que se entendiam os direitos nos Estados Liberais burgueses àquela época.

Nesse contexto histórico, os direitos eram analisados de um ponto de vista eminentemente individualista, de modo que deveriam ser tutelados com base nos esforços empreendidos pelos interessados, mas com a mínima intervenção estatal[234]. Influenciado por esse pensamento é que temos o reconhecimento do acesso à justiça como um direito natural, mas que "não necessitava de uma ação do Estado para sua proteção"[235], razão pela qual caberia aos interessados a sua efetivação.

Com a passagem do Estado Liberal para o Democrático, a concretização dos direitos, de forma paulatina, passa a ser um vetor a ser perseguido pelo Estado e não só pelos interessados. Essa mudança de orientação permite que se abandone a ideia de igualdade formal e de intervenção mínima estatal para que se adote a concepção de igualdade substancial, entendida essa como "igualdade de oportunidades e, no nosso caso, igualdade de oportunidades de acesso à justiça"[236].

Isso porque a crença que o Estado Jurídico Liberal lograria devolver ao homem a condição de liberdade que o mesmo tivera na sociedade "pré-estatal ou ainda dar a essa

---

[232] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 8
[233] MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil.* São Paulo, Malheiros, 1999, p.26.
[234] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1998, p.4
[235] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social.* 11a Ed. São Paulo, Malheiros, 2013, p.45
[236] MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil, São Paulo, Malheiros, 1999, p.26.

liberdade função preponderante"[237], tornando o Estado um mero servo do indivíduo não foi suficiente para responder aos novos anseios sociais.

Em um novo contexto histórico e social, com o Estado Democrático de Direito, a temática do acesso à justiça ganhou novos contornos. Isso porque, sem a devida proteção do Estado, como ocorria no Estado Liberal, a consagração de direitos, muitas vezes até os expressamente consagrados constitucionalmente, se comprovou inócua[238].

Em verdade, essas acepções, longe de serem conflitantes, são complementares e somadas, permitem entender o que é atualmente o núcleo da garantia do acesso à justiça. Desta forma, sob a égide do Estado Democrático, a garantia do acesso à justiça obriga o Estado a propiciar mecanismos que não só garantam a apresentação de demandas, mas que, sobretudo, permitam condições de se concretizar efetivamente os direitos quando levados à juízo[239].

Sob a perspectiva da igualdade interna, todos devem receber tratamento uniforme no processo, garantindo-se aos litigantes o que se denomina de igualdade de armas. Nessa dimensão, a preocupação é dar tratamento racional e eficiente à distribuição de oportunidades de exercício de contraditórios aos sujeitos processuais, pois, ainda que o contraditório não ocorra em uma perfeita simetria, a sua efetiva carga nos casos concretos deve ser equitativa, evitando que ocorra um desequilíbrio de oportunidades em desfavor de uma das partes.

É um viés de análise que leva em conta a dinâmica de posições e situações jurídicas titularizadas pelos sujeitos processuais, de forma a que se constate o equilíbrio de suas posições e, por consequência, da carga de contraditório. Desde que se garanta uma situação de harmonia quanto às oportunidades de contraditório, é possível que se dê um tratamento desigual aos sujeitos, sem que isso ofenda a igualdade no processo, confirmando-se, nitidamente, uma preocupação substancial de efetivação à garantia do acesso à justiça.

Não é inútil afirmar que a igualdade no processo também vincula o legislador, impondo-se ao mesmo um dever de previsão de técnicas processuais que sejam idôneas a garantir o equilíbrio processual durante o decurso do processo, "por isso se faz

---

[237] MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil, São Paulo, Malheiros, 1999, p.22.

[238] SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à sociologia da administração da Justiça. In* Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 37, 1985, p.125.

[239] Nesse sentido: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1998, p.4; MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil, São Paulo: Malheiros, 1999, p.25; NALINI, José Renato. O Juiz e o Acesso à Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 44; SOUZA, Wilson Alves. Acesso à Justiça, Salvador, Dois de Julho, 2011, p. 26.

necessária a previsão de regras processuais adequadas (e mesmo adequáveis) às particularidades de cada sujeito do processo"[240].

Unindo-se os dois aspectos da igualdade no processo, surge a necessidade de respeito a um padrão de tratamento harmônico dos sujeitos do processo, tanto no que diz respeito à previsão legislativa de um procedimento como na atividade do juiz e das partes, que garanta um equilíbrio processual.

Desta forma, a missão de buscar e garantir o equilíbrio processual é uma tarefa complexa, envolvendo, de forma complementar, a atividade do legislador e do julgador no iter processual[241].

Ao lado de tais dimensões da igualdade processual, é necessário reconhecer a existência de uma terceira em que a igualdade é avaliada perante as decisões judiciais, ligando-se diretamente com a coerência sistêmica.

Aurélio Viana e Dierle Nunes indicam que são atributos de um sistema de precedentes a consagração da coerência dos enunciados legais, a estrutura organizacional de emissão de pronunciamentos e a autoridade exercida pela estrutura organizacional dentro do sistema[242]. Esses autores, nesse particular, apresentam noção muito próxima a que é utilizada nessa dissertação, que conclui que em sistemas normativos, caracterizados pela organização interna complexa, a coerência serve de aferidor sistêmico de validade das normas construídas nas decisões judiciais[243].

A adoção da coerência, como elemento aglutinador sistêmico, tem como consequência lógica que as decisões devem dar respostas coerentes para questões normativas semelhantes, reforçando a necessidade de que sejam construídas levando em conta os entendimentos normativos passados. O respeito à coerência, desta forma, implica no reconhecimento de que a igualdade é um valor que deve ser observado também na reconstrução normativa presente nas decisões judiciais.

É preciso esclarecer que adotamos o entendimento de que é a coerência que fundamenta a igualdade e não o contrário. Desta forma, mesmo que inexistisse a possibilidade de se extrair um princípio da igualdade em uma dimensão frente às decisões judiciais, ainda assim, baseado na coerência sistêmica, as respostas às questões

---

[240] ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 193.
[241] ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 193.
[242] VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes – A mutação no ônus argumentativo.* Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 200-202.
[243] Ver item 2.3.2

normativas dadas pelos tribunais devem tomar como parâmetro o que já foi decidido anteriormente sobre o tema.

Feito esse esclarecimento, pode-se observar que decidir com base em precedentes, em um contexto de coerência, exige que os órgãos jurisdicionais competentes dialoguem com as construções normativas anteriores, baseado na ideia do *treat like cases alike*, sempre que o contorno fático do caso presente guarde relação de semelhança com aquele em que se originou o precedente. É uma dimensão da igualdade, fundamentada na necessidade de coerência sistêmica, que garante a todos os jurisdicionados um tratamento uniforme na aplicação do direito, fazendo com que a prática da igualdade pelo juiz também envolva o julgamento das questões.

Partindo dessa premissa é possível indicar que a igualdade, como princípio jurídico, só se efetiva em sua carga máxima quando os jurisdicionados são tratados de forma igualitária frente às decisões judiciais.

A igualdade perante as decisões judiciais pode ser alcançada basicamente por três formas distintas e complementares: previsão de técnicas de gestão e reunião de questões iguais para que sejam dirimidas em um único julgamento; implementação de ritos que permitam a formação de uma tese jurídica que pode ser replicada em processos futuros[244] e o reconhecimento de que as decisões judiciais devem ser construídas com base em precedentes por respeito à coerência sistêmica.

Boa parte das críticas ao papel dos precedentes, no sistema jurídico brasileiro, são feitas sem levar em conta a necessidade de um tratamento igualitário dos jurisdicionados, frente às decisões judiciais, como uma decorrência da coerência e da organização do direito como um sistema.

Conclui-se que desprestigiar a coerência sistêmica como o elemento que reúne e mantém unidas as normas jurídicas em um sistema, especialmente ao se defender a liberdade decisória ampla e a inexistência de um compromisso com o passado na construção de decisões judiciais, significa contribuir para a inefetividade da garantia ao princípio da igualdade em todas as suas dimensões, insuflando, ainda mais, o decisionismo lotérico.

Além do quanto exposto, existem mais normas que comprovam a ligação do nosso sistema com o método de decidir com base em precedente, conforme será demostrado no item seguinte.

---

[244] ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 217-218.

4.1.2 Os desdobramentos do artigo 926 do CPC/2015 e o compromisso com o passado

Nosso sistema expressamente consigna aos tribunais os deveres de manter sua jurisprudência estável, integra e coerente (art. 926, CPC/2015), os quais, em conjunto, estabelecem diretriz que molda a construção de decisões judiciais com base em precedentes judiciais.

É interessante notar que a forma de construção do dispositivo normativo, ao fazer referência ao termo jurisprudência, ressalta a importância de que os tribunais não decidam apenas levando em conta uma demanda específica, mas também todo o conjunto de decisões existentes sobre o tema. Com essa técnica, há uma nítida recomendação de que seja utilizado o material normativo existente sobre a questão em discussão, trazendo a ideia de que, ao construir decisões judiciais, os tribunais assumam um compromisso com o passado.

Dada importância de tais deveres para nossas conclusões, especialmente no que diz respeito à existência do ponto de vista normativo de um compromisso com o passado, os itens seguintes se destinarão à análise mais detida dos deveres de promover a uniformização, estabilidade e coerência da jurisprudência.

4.1.2.1 Dever de promover a uniformização da jurisprudência

O dever de uniformização deve ser entendido partindo da premissa de que, organicamente, o tribunal constitui uma unidade, ainda que seja constituído por diversos órgãos. Assim, visando garantir a segurança jurídica e a igualdade, é necessário que as decisões, relacionadas a uma mesma questão jurídica, tenham pertinência, levando em conta o que já foi estabelecido sobre o tema.

A uniformização, como dever normativo, resulta, em breve síntese, na "inadmissibilidade de qualquer tribunal sustentar mais de uma orientação simultaneamente"[245]. Thomas da Rosa Bustamante ressalta a importância, dentro da estrutura orgânica do sistema jurisdicional, dos tribunais na uniformização da jurisprudência:

---

[245] MACEDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil.* Salvador: Juspodivm, 2015, p.432.

> Ora, não parece seguro dizer que a função dos tribunais supremos seja apenas a de decidir casos individuais. A própria existência de um tribunal superior, um tribunal federal, uma corte suprema ou uma corte de cassação justifica-se não no princípio do duplo grau de jurisdição ou da recorribilidade, mas na necessidade de uniformização do Direito e na criação de regras gerais – ainda que limitadamente – a serem observadas pelos demais órgãos competentes para a aplicação do Direito. Se a função primária do Judiciário é solucionar questões concretas de forma motivada, a função dos tribunais supremos, por outro lado, é estabelecer interpretações uniformes para que os demais órgãos do Judiciário possam exercer aquela função de modo imparcial, universal e igualitário. O que justifica a existência desses tribunais é justamente o poder-dever que eles detêm de desenvolver e concretizar o Direito[246].

Surge, então, o dever de que, com a adoção de um determinado entendimento em torno de uma questão, haja a sua repercussão sempre que órgãos fracionários tenham que utilizar a premissa estabelecida para decidir as causas que são de sua competência.

Ao mesmo tempo, a uniformização da jurisprudência garante a segurança jurídica, já que torna conhecido e previsível o posicionamento do judiciário sobre um tema, bem como a homogeneidade decisional e da interpretação normativa. A uniformidade se relaciona com a noção de consistência que os elementos de um sistema normativo devem guardar entre si[247], respondendo à necessidade de compatibilidade lógica que a organização sistêmica exige para existir.

Vale ressaltar, porém, que a uniformização da jurisprudência não é um fenômeno imediato, mas que surge progressivamente, admitindo-se, no início do processo de sua configuração, que ocorra uma certa dose de dissonância jurisprudencial, já que uma certa inconsistência entre os elementos de um sistema não compromete a sua estrutura, desde que não se avolume e traga a incoerência à organização.

É nesse contexto, em que se admite como natural a possibilidade de existência de interpretações dissonantes de um mesmo dispositivo normativo, que surge a importância do dever de uniformização, posto que com sua observância, a inconsistência tende a diminuir, potencializando-se a coerência sistêmica.

4.1.2.2 Dever de manter a jurisprudência estável

---

[246] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do precedente judicial. A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 460.
[247] Ver item 2.3.3

É preciso abraçar a premissa que a estabilidade é um valor inato aos sistemas normativos. Afirmação ganha corpo com a constatação de que a regulamentação de condutas humanas requer que as normas, ainda que não sejam imutáveis, contenham um certo grau de estabilidade, de forma a permitir que seja possível atingir a previsibilidade dos comportamentos objeto de normatização.

A atividade jurisdicional, que também é normativa, não foge à essa exigência. Nesse contexto, o dever de estabilidade se relaciona diretamente com a constância das orientações adotadas pelos tribunais, sendo deveres que, somados, funcionam como promotores de segurança jurídica.

Não se pode confundir, porém, os efeitos relativos à efetivação do dever de estabilidade com a imutabilidade da ordem jurídica. A evolução das normas jurídicas é algo natural, refletindo as mudanças do meio social com que se relacionam, não sendo desejável impedir esse movimento. O que, porém, se busca com o dever de estabilidade é que essa evolução não seja feita em saltos, mas sim de forma paulatina e constante, condicionando-se à ocorrência de fatores relevantes, hábeis, a indicar a necessidade de alteração da orientação existente.

É correto concluir que a estabilidade em torno do conjunto de decisões de um tribunal, então, visa evitar modificações injustificadas das posições adotadas pelos tribunais, trazendo, em si, a ideia da não surpresa na alteração da jurisprudência.

A estabilidade caminha, inegavelmente, de mãos dadas com o conteúdo do dever de uniformizar a jurisprudência: sendo determinado aos tribunais que uniformizem sua jurisprudência, é natural que ocorra a sua estabilização. A não estabilização impede a uniformização, da mesma forma que a não uniformização quebra o equilíbrio sistêmico que seria possível obter com a estabilidade da jurisprudência.

Vista pelo ponto da argumentação jurídica, o dever de estabilidade liga-se diretamente ao conteúdo normativo do chamado princípio da inércia argumentativa[248], o qual acarreta:

> Um forte ônus argumentativo àquele que litiga defendendo tese em sentido contrário a precedente, ou ao magistrado que se afasta da *ratio decidendi* de precedente, ao decidir caso posterior semelhante; bem como que mitiga o ônus argumentativo àquele que advoga tese em

[248] ATAIDE JUNIOR, Jaldemiro. *O princípio da Inércia argurmentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n. 229, p. 379 e 380; DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v.2, 11ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 488.

> consonância com precedente, ou ao magistrado que segue a ratio de precedente, ao decidir caso semelhante[249].

Desta forma, ao exigir que a mudança de orientação de entendimento seja acompanhada de um discurso com grande densidade, privilegia-se a estabilidade da jurisprudência e das decisões judiciais, bem como dos precedentes dali extraíveis, permitindo que se tenha a previsibilidade e aceitação racional dos posicionamentos dos tribunais, levando à restrição da margem de insegurança dos discursos práticos.

As determinações procedimentais presentes no art. 927, §§1º a 4º, do CPC/2015 visam operacionalizar a ideia da estabilidade e do reflexo do princípio da inércia argumentativa, já que formam um bloco normativo que denota clara mensagem de que alteração de um entendimento já adotado em precedente deve ser feito em um ambiente discursivo marcado pelo contraditório, de forma a permitir que se enfrentem todos os argumentos capazes de influenciar na tomada de uma nova direção jurisprudencial.

4.1.2.3 Dever de coerência e dever de integridade

A integridade e a coerência ligam-se diretamente à previsibilidade das construções normativas por meio de decisões judiciais que, por sua vez, é uma necessidade básica do Estado Democrático de Direito. Ainda que a compreensão de coerência e integridade demande uma análise conjunta, vez que são deveres complementares[250], é possível definir os sentidos desses termos de forma individualizada.

De acordo com Thomas da Rosa de Bustamante, a coerência leva ao tratamento igualitário de situações semelhantes, salvo quando se apresentem elementos específicos que justifiquem uma alteração excepcional de tratamento:

> O postulado da coerência exige que todas as situações que puderem ser universalmente formuladas e subsumidas nas mesmas normas gerais sejam tratadas da mesma forma, a não ser que, em um discurso da aplicação dessas normas, surjam elementos não considerados na hipótese normativa que justifiquem a formulação de uma exceção ou a não aplicação das consequências jurídicas ao caso concreto[251].

---

[249] ATAIDE JUNIOR, Jaldemiro. *O princípio da Inércia argurmentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n. 229, p. 379.

[250] DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v.2, 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 488

[251] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial. A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 274.

A coerência, de acordo com esse delineamento, surge como um elemento que assegura a igualdade de tratamento normativo.

Como já exposto, analisamos a coerência em perspectiva sistêmica, demostrando que o termo corresponde a um elemento indispensável dos conjuntos normativos e que leva em conta a compatibilidade axiológica entre seus elementos, sendo responsável por manter a integridade da organização, bem como pela manutenção da ordem sistêmica. É o verdadeiro elemento que aglutina os demais e leva a confirmação da existência de um sistema[252].

Com base nessa definição e utilizando o viés sistêmico, o dever de coerência só se cumpre quando os tribunais produzem um corpo jurisprudencial que possui um sentido no todo, ainda que partes dele, em razão da inconsistência[253], possam ter direcionamentos distintos.

Fredie Didier Jr, ao que parece utilizando uma análise distinta, indica que a soma dos postulados da coerência e da integridade resultam na consistência jurisprudencial, apontando dois exemplos que indicam o que se deve entender como inconsistência:

> Uma jurisprudência pode ser coerente, mas inconsistente: o tribunal interpreta o Direito de modo coerente (do ponto de vista lógico), mas a argumentação que sustenta a ratio decidendi é frágil e lacunosa.
> Uma jurisprudência pode ser íntegra, mas inconsistente: o tribunal decide com atenção à unidade do Direito, às peculiaridades de determinado microssistema ou à relação entre processo e o Direito material, mas o faz a partir de distinções inconsistentes, teorias absoletas ou sem o enfrentamento de todos os argumentos suscitados em torno da controvérsia[254].

Diante desses exemplos, é possível concluir que, para Didier Jr., o elemento de aferição da inconsistência é o grau de densidade argumentativa em torno de uma determinada questão. Seguindo esse parâmetro, a inconsistência se apresenta quando foi enfrentada a questão, houve a criação de uma norma geral sobre o tema, mas a argumentação utilizada não é hábil a enfrentar, com profundidade, as variáveis interpretativas. Visualizada o que seja a inconsistência, a contrario sensu, a consistência é um estado que se atinge com a solução qualificada, do ponto de vista argumentativo, da questão analisada.

---

[252] Item 2.3.2
[253] Ver item 2.3.2
[254] DIDIER, Fredie. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência*. Em Precedentes. Coleção grandes temas do novo CPC. DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; BURIL, Lucas (coord). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 388.

Defendemos, em item anterior que, do ponto de vista da organização sistêmica[255], a inconsistência se apresenta quando o conjunto de precedentes que formam a jurisprudência ainda não possui uma orientação precisa, existindo decisões que são logicamente incompatíveis, visto que assumem sentidos diversos. Naquele momento defendemos, ainda, que a consistência se difere da coerência, pois essa ocorre no plano axiológico, ao passo que aquela leva em conta o plano lógico. Com base em tais premissas, definimos que a inconsistência é um momento natural da formação da jurisprudência, sendo admitida desde que não se avolume de tal forma a levar à incompatibilidade axiológica entre as normas, caracterizando a incoerência e desnaturando o sistema.

Apesar de distintas, as definições expostas não são incompatíveis, visto que se valem de critérios diferentes para a conceituação do que seja consistência e coerência. Assim, a inconsistência pode ser aferida com base em dois critérios que se complementam: do ponto de vista sistêmico, em que se leva em conta a compatibilidade lógica das normas sobre um tema, e em um contexto de argumentação jurídica, quando se investiga a qualidade e profundidade dos argumentos utilizados para responder a uma questão. Em resumo: definimos a consistência como atributo sistêmico, ao passo que Fredie Didier Jr. trabalha com a noção de consistência argumentativa.

Diante dessa diversidade conceitual, a coerência da jurisprudência dependerá da consistência argumentativa a depender de como se define o termo jurisprudência. Caso o preenchimento conceitual seja em seu sentido específico, representando um conjunto de decisões, em ultima análise um conjunto de precedentes, a coerência não se liga à noção de consistência argumentativa, mas sim à visualização da compatibilidade dos precedentes em contraste com os valores de um determinado sistema. Sendo utilizado o termo jurisprudência, em um sentido geral, como sinônimo de decisão ou precedente sobre um tema, deve-se aferir a consistência dos argumentos utilizados para a construção da decisão, para com isso aferir se foi respeitada a coerência como defende Fredie Didier.

Resta analisar qual o conteúdo do dever de integridade. A definição do conteúdo do dever de integridade vem sendo analisada, com devidas adaptações, tomando como parâmetro a noção do Direito como Integridade feita por Ronald Dworkin. É uma construção que possui nítido viés hermenêutico, sendo direcionada para a interpretação

[255] Ver item 2.3.2

da norma, tendo a ideia de Direito como Integridade, desdobramentos práticos e influenciando na atividade normativa exercida no Legislativo e no Judiciário.

Essa dimensão prática leva à percepção da existência de dois princípios derivados da integridade[256]:

> O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerentes quanto aos princípios. O segundo é princípio da integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerentes nesse sentido. O segundo princípio explica como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante.

Ainda que sejam princípios que tenham âmbito de aplicação distintas, ambos delimitam uma importante dimensão do dever de integridade que é condicionar a atividade de criação normativa a um exercício comparativo, seja à coerência sistêmica ou à existência de decisões judiciais pretéritas sobre o mesmo tema.

Lênio Streck, com base no pensamento de Dworkin, defende que o dever de integridade define que o Direito, além de advir de uma ação interpretativa, deve ter a juridicidade como material base para as interpretações e busca, assim, delimitar ao material com que se decide, impedindo o decisionismo e o voluntarismo judicial[257].

Fredie Didier Jr., ainda que ressalte não aceitar a análise do dever de integridade apenas com base no pensamento de Ronald Dworkin, apresenta como consequências do dever de integridade: limitação das decisões ao contexto jurídico, impedindo o voluntarismo judicial e argumentações arbitrárias; decidir em respeito à Constituição Federal; necessária observância da natureza sistêmica da organizações normativa, impedindo que uma norma seja interpretada de forma isolada e fora de seu contexto; necessidade de observância das íntimas relações entre o Direito Processual e o Direito Material e, por fim, o necessário enfrentamento, na formação do precedente, de todos os argumentos capazes de influenciar no acolhimento ou afastamento da tese jurídica discutida[258].

---

[256] DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 203.
[257] STRECK, Lênio Luiz, [Comentários ao art. 926]. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro; (Organizadores) Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1186.
[258] DIDIER, Fredie. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.* Em Precedentes. Coleção

Com base nas concepções acima referenciadas, é possível identificar que o dever de integridade visa garantir que os tribunais criem e desenvolvam suas decisões dentro de uma linearidade. Nesse modelo de alienamento jurisprudencial, o dever de integridade obriga que os tribunais desenvolvam a sua jurisprudência no campo da juridicidade e que levem em conta as decisões que já trataram de um determinado tema, dialogando com essas, seja para permanecer dentro do que já foi decidido, seja para ultrapassar o que já foi estabelecido.

Analisados em conjunto, os deveres de coerência e integridade criam exigências que devem ser respeitadas, estabelecendo alguns passos que devem ser seguidos no método decisório: orientar-se de forma que o conjunto de decisões tenham um sentido quando analisadas em seu todo, dentro do contexto da juridicidade e levando em conta o que já foi decidido anteriormente sobre o tema.

Definidos os termos, pode-se chegar ao produto da somatória entre os deveres de dar uniformidade, de manutenção da estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência, que nada mais é que o dever de ter um compromisso com o passado, o que indica que nosso sistema adota o método de decidir com base em precedentes, como será comprovado no item seguinte.

4.1.3 O dever de fundamentação autorreferente e o compromisso com o passado no CPC/2015

Os deveres de dar uniformidade, manutenção da estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência possuem pontos comuns, sendo um deles o mais relevante para nossas conclusões: a necessidade de autorreferência nas decisões anteriores, na fundamentação da solução dada às questões normativas.

O objetivo de dar uniformidade à solução da questão normativa exige, até para que se consiga um verdadeiro denominador comum em torno do tema, que exista o diálogo com soluções anteriores, o que leva à conclusão de que esta meta só será realmente alcançada se os tribunais fizerem a referência aos próprios julgados existentes, indicando os motivos para adotar uma única orientação.

Seguindo o mesmo tom, a coerência só se efetiva se as decisões judiciais e precedentes que formam a jurisprudência adquirirem um sentido quando analisadas em

---

grandes temas do novo CPC. DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; BURIL, Lucas (coord). Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 395-396

seu conjunto, exigindo, do ponto de vista da decisão individual, que exista a consistência argumentativa na resolução da questão normativa. Desta forma, os tribunais devem observar a coerência no conjunto de suas próprias decisões, o que demanda a análise das decisões já existentes sobre o tema.

Da noção de integridade, em qualquer de suas dimensões, resta claro que é exigido que o exercício de elaboração normativa se dê através de uma comparação entre as normas que já são previstas em determinado sistema. Em certa medida, a integridade da jurisprudência demanda que os tribunais levem em conta como já decidiram sobre o tema em momentos anteriores e dialoguem com tais entendimentos, seja para concluir pela sua manutenção, seja para encaminhar uma revisão ou superação.

> Os tribunais devem respeitar e seguir a própria jurisprudência. Há aí um outro dever a ser observado: o de autorreferência. Quando julgar qualquer caso, o tribunal deve dialogar com outros precedentes que proferiu, a fim de segui-los ou de realizar uma distinção. Esse diálogo com decisões anteriores é fundamental, servindo para que se cumpram os deveres de integridade e coerência. Impõe-se, em um ordenamento jurídico que almeja a introdução da doutrina dos precedentes, a necessidade de autorreferência, no sentido de que é necessário o estabelecimento do diálogo. Esse tipo de postura do tribunal facilita a necessária previsibilidade, inerente em qualquer sistema baseado em precedentes[259].

Essa obrigatoriedade da autorreferência, comum a todas as dimensões dos deveres impostos aos tribunais, os quais possuem eficácia normativa, criam uma exigência específica no exercício do manejo normativo por meio da atividade jurisdicional, criando um dever de fundamentação autorreferente, cuja base normativa, esta dispersa no Código de Processo Civil, sendo a sua enumeração e delimitação o objeto dos itens seguintes.

4.1.3.1 O dever de fundamentação autorreferente e o modelo de fundamentação efetiva

O art. 489, do CPC/2015, desdobrando a norma constitucional que impõe o dever de fundamentação das decisões judiciais, por meio de técnica bastante interessante, estabelece um padrão de fundamentação que indica quando uma decisão pode ser considerada como não fundamentada, trazendo elementos para garantir a racionalidade do método decisório.

---

[259] DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil*, v.3, 13ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 255.

Dentre as exigências ali previstas, para a investigação sobre a base normativa do dever de fundamentação autorreferente, destacamos as normas que regulamentam a dinâmica do manejo dos precedentes e de normas encontradas nas decisões que compõe a jurisprudência, presentes no art. 489, §1º, V e VI, do CPC/2015.

Ao definir como não fundamentada a decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, §1º, V, CPC/2015), cria-se uma barreira para aplicação de precedente-norma[260] de forma abstrata, como se não existisse sua ligação com o contexto fático originário e o do caso concreto. O modelo de decisão fundamentada que lida com norma geral pré-existente sobre o tema é aquele que promove, de forma explícita, a aproximação do precedente em seu aspecto normativo, mas também com relação às circunstâncias fáticas que foram levadas em conta no momento da construção do precedente e aquelas que individualizam o caso concreto.

É norma que, em um primeiro momento, segundo Eduardo Cambi e Renê Francisco Hellman:

> visa combater a prática das pseudofundamentações, isto é, das decisões que, a pretexto de analisarem as razões que ensejaram a formação ou a aplicação dos precedentes, limitam-se a mencionar apenas ementas de julgados ou de enunciados de súmulas, sem fazer a correlação necessária e adequada entre o caso paradigma e as peculiaridades do caso concreto sob julgamento[261].

Nitidamente é norma que estabelece um modelo de aplicação do precedente com base argumentativa. Desta forma, é indispensável que sejam expostos os motivos que sustentem a escolha, dentre as possíveis, do entendimento indicado para um caso determinado. Pode-se dizer: é um dever do órgão jurisdicionado comprovar que a resolução do caso foi moldada levando em conta as peculiaridades do caso, mas também levando em conta, ao justificar sua aplicação, as construções normativas anteriores. "Sendo assim, a invocação de precedentes não poderá ser feita sem que esteja

---

[260] Ver item 1.1.2.5

[261] CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. *Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil.* In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros; FREIRE, Alexandre (Org). Novo CPC doutrina selecionada, v. 2: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 780.

acompanhada de um juízo analítico quanto à conformação da sua *ratio decidendi* ao caso concreto"[262], sob pena de invalidade da decisão por ausência de fundamentação.

É inegável que a norma em questão visa obrigar que se realize a correta aproximação dos casos: aquele em que surgiu o precedente-norma e o que se julga no presente, de forma a possibilitar a aplicação do precedente, ou até mesmo a distinção e, consequentemente, o afastamento de sua incidência. Consagra-se o compromisso com o passado e, por conseguinte, o dever de fundamentação autorreferente.

Em uma linha de complementação do exercício de aplicação do precedente, considera-se não fundamentada a decisão que deixa 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, CPC/2015). Invertendo-se o sentido da determinação, chega-se à conclusão de que para que a fundamentação seja válida, existindo precedente, norma geral extraível das decisões que compõe o entendimento jurisprudencial ou das que foram utilizadas para a construção de enunciado de súmula, é dever do órgão jurisdicional observar tais parâmetros, apenas podendo afastá-los se justificar com base na existência de distinção entre os casos ou superação da norma.

A interpretação conjunta destes dispositivos criam um empecilho para o manejo automático e desassociado do procedente, exigindo a demonstração da ligação entre a norma paradigma com as questões e causas analisadas no presente. É um conjunto normativo que, diretamente, regulamenta a dinâmica do precedente, referindo-se à aproximação do caso com o precedente analisado e estabelece normativamente o dever de fundamentação autorreferente.

Também fica clara a exigência de um ônus argumentativo qualificado para o afastamento do precedente, o que é um efeito do dever de conferir estabilidade à jurisprudência dos tribunais.

Conclui-se que o dever de fundamentação autorreferente tem a finalidade de afastar a utilização do precedente como um ponto final de construção argumentativa. Em um contexto argumentativo, ou mesmo hermenêutico, os precedentes não são o elemento final de uma cadeia, mas sempre um dos necessários para a justificativa de tomada de decisões.

---

[262] DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v.2, 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 347.

4.1.3.2 O dever de fundamentação autorreferente e os embargos de declaração

Os embargos de declaração surgem como um importante instrumento que "dispõe a parte prejudicada para obter, mediante integração, reforma ou invalidação do ato judicial, uma decisão que exponha de forma plena suas razões"[263], assumindo o papel, dentro de um sistema que usa o método de decidir com base em precedentes, de meio para a aferição do correto manejo dos precedentes na fundamentação do julgado.

Diretamente relacionada ao dever de fundamentação autorreferente, há norma, inserida na delimitação dos fundamentos, que podem ser utilizadas como causa de pedir recursal nos embargos de declaração (art. 1022, Parágrafo Único, I, CPC/2015), que considera omissa a decisão que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

É uma hipótese de omissão presumida, caracterizada pela ausência de diálogo com precedentes, o que confirma a existência de um dever de fundamentação autorreferente, sendo importante parâmetro normativo na avaliação da motivação efetiva das decisões.

> Os embargos de declaração constituem instrumento destinado a provocar o tribunal a exercer seu dever de autorreferência. Nos termos do inciso I do parágrafo único do art. 1.022 do CPC, considera-se omissa a decisão que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.
> Se o tribunal julga determinado caso, mas não dialoga com precedente firmado em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, seja para aplica-lo ao caso, seja para realizar a distinção, não terá cumprido o dever de autorreferência. Há, então, uma omissão, a ser suprida por embargos de declaração[264]

É importante consignar que o dever de fundamentação autorreferente deve ser respeitado sempre que existir precedente sobre a questão que será base para resolução da causa e não apenas nos casos ligados aos precedentes criados por meio de um mecanismo de formação concentrada de precedentes, como aparentemente poderia se concluir de uma interpretação literal do art. 1022, parágrafo único, I, do CPC/2015, sendo entendimento que se afasta com uma interpretação conjunta com a norma presente no art. 927, do CPC/2015, em que se determinam as fontes dos precedentes com observância obrigatória.

---

[263] SILVA, Ticiano Alves. *Os Embargos de Declaração no Novo Código de Processo Civil*. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros; FREIRE, Alexandre (Org). Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 662.
[264] DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil*, v.3, 13ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 253.

Desta forma, a menção do texto legal a ausência de manifestação sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento, não deve ser entendida como uma exigência de dever de fundamentação autorreferente apenas quando se utilizem dos precedentes formados pela via concentrada, mas sim como a consagração de uma presunção de omissão, o que permitiria, por exemplo, que fossem opostos embargos de declaração contra decisão que não observou esses precedentes, mesmo que a parte não tenha argumentado com base neles. O ônus argumentativo, nessa hipótese, é todo direcionado para o órgão decisório que só se desincumbe dele obedecendo o dever de fundamentação autorreferente.

É que a autorreferência é uma decorrência da coerência sistêmica, sendo, então, uma constante de validade que deve ser respeitada em toda reconstrução normativa que se opere em um sistema jurídico que adote o método de decisão com base em precedentes. O processo decisório envolve a reconstrução normativa, razão pela qual devem ser observadas as normas já existentes no grupamento sistêmico, evitando-se a inconsistência normativa por meio de um diálogo com o passado, o que garante a consistência sistêmica. Houve, nesse particular, o reconhecimento de que a não observância de precedente sobre o tema configura a chamada omissão ontológica.

> A omissão ontológica ocorrerá quando o ato judicial decisório deixar de abordar ponto(s) relevante(s); ou seja quanto o vazio decisório estiver na incompletude do corpo da motivação e do dispositivo pela não análise e deliberação de alguma(s) questão(ões) importante(s) [...] Em outros termos, na omissão ontológica, a atividade judicante não foi completa por existir material para se examinar e proferir comando[265].

A autorreferência é, então, um dos fatores necessários, no que diz respeito ao manejo de precedentes, para que normas sejam validadas do ponto de vista sistêmico e a sua observância será exigida sempre que haja reconstrução normativa baseada em precedentes, não se justificando uma exegese restritiva do texto legal.

4.1.4 Conclusões parciais

Diante de tudo o quanto exposto, pode-se afirmar que nosso sistema adota o método de decisão com base em precedentes, razão pela qual a tomada de decisões judiciais deve

---

[265] MAZZEI, Rodrigo. "Embargos de declaração". Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, n. 8 ao art. 1.022, p. 2274.

observar, obrigatoriamente, o dever de fundamentação autorreferente, promovendo um diálogo com os precedentes em torno do tema tido como pressuposto geral para a decisão de uma determinada causa.

O primeiro fundamento de nossa posição decorre da organização sistêmica das normas jurídicas. Admitindo-se que as normas jurídicas se organizam em sistemas, é consequência necessária que exista uma relação de coerência entre as normas. Indicamos anteriormente que os sistemas são grupos de objetos, em que existe um elemento que aglutina os componentes e mantém coeso o agrupamento, apontando que, em sistemas normativos, a coerência é o elemento de aglutinação sistêmico, sendo, por si só fundamento para o compromisso do passado que marca o método de decidir com base em precedentes. Sem o compromisso com o passado, surge a inconsistência que, avolumando-se, gera a incoerência e faz ruir a organização sistêmica[266].

Em outras palavras, onde exista um sistema normativo, a coerência sistêmica leva à necessidade de diálogo com normas pretéritas e, consequentemente, com os precedentes judiciais.

Também restou comprovado que, mesmo que não se considere que a coerência e a organização sistêmica sejam bases de sustentação suficiente para atestar a existência de um compromisso com o passado, é possível indicar um conjunto normativo que deixa claro que nosso sistema adota o método de decidir com base em precedentes judiciais.

O conjunto normativo que sustenta essa conclusão é formado pela soma da interpretação das disposições que reconhecem a igualdade dos jurisdicionados frente às decisões judiciais; o dever dos tribunais em promover a uniformização da jurisprudência; o dever de manter a jurisprudência estável; o dever de coerência argumentativa e de integridade e o dever de fundamentação autorreferente das decisões judiciais.

Por conseguinte, a necessidade de observância obrigatória dos precedentes é uma característica da organização sistêmica, sustentada normativamente, mas que pode ser regulamentada por escolhas legislativas próprias de cada ordenamento, cabendo ao legislador apontar quais os precedentes devem ser utilizados como parâmetros de aferição de coerência das normas que compõe o sistema.

Assumindo essa conclusão como premissa, nos próximos itens investigaremos, com base na teoria do fato jurídico, como é regulamentada essa influência dos precedentes no método decisório previsto no CPC/2015. O objetivo será delinear quais os precedentes

---

[266] Ver item 2.3.1

que devem ser obrigatoriamente observados e qual a extensão subjetiva dessa obrigatoriedade.

4.2 OS PRECEDENTES DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA NO CPC/2015

Afirmar que os precedentes judiciais devem ser observados, dada a adoção do método de decidir com base em precedentes, não esgota a proposta de construções de diretrizes dogmáticas sobre o tema, razão pela qual a investigação passa a ser sobre a existência de normas que indiquem quais precedentes devem ser levados em conta, ou se todos devem o ser. Para isso, os parâmetros passam a ser não apenas os da teoria do fato jurídico, fazendo uma análise do precedente judicial como um fato jurídico, mas também os que venham das disposições normativas sobre o tema.

Explicamos: ainda que seja decorrência da organização sistêmica, bem como das normas que regulamentam a igualdade, deveres dos tribunais em relação à sua jurisprudência e do dever de fundamentação autorreferente, a adoção do método de decisão com base em precedentes não afasta a possibilidade de que apenas a parte dos precedentes seja dado valor normativo, estabelecendo-se uma diferença da observância obrigatória entre os precedentes encontrados em um determinado sistema.

Assim, pode-se afirmar que a identificação dos efeitos atribuídos ao fato precedente judicial é sempre dependente das características do sistema jurídico que absorve o precedente como fato jurídico[267]. Inclusive, é possível identificar qual a caraterística de um sistema jurídico, tendo em conta as escolhas legislativas ligadas aos precedentes judiciais.

Existem, por exemplo, sistemas que adotam o *stare decisis*, atribuindo efeito vinculante e observância cogente aos precedentes judiciais, assim como pode-se apontar sistemas que não atribuem esse grau de eficácia aos precedentes judiciais, os quais passam a ter apenas eficácia argumentativa e não obrigatória[268]. Por fim, existem sistemas que

---

[267] "Realmente, todos os sistemas jurídicos, independentemente da tradição jurídica incutida em suas bases, possuem precedentes. Questão diversa é a autoridade ou eficácia que é atribuída aos precedentes judiciais em cada sistema: muito embora o precedente judicial esteja presente em todos os sistemas jurídicos, o valor que possui é variável de acordo com o sistema jurídico" BURIL, Lucas. *Precedentes Judiciais e o direito processual civil.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 100.

[268] "Há países que podem não dar qualquer relevância aos precedentes judiciais, outros podem atribuir-lhes a máxima relevância. Outros, como o Brasil, podem imputar-lhes uma séria de efeitos jurídicos, desde o efeito meramente persuasivo, comum a qualquer precedente, ao efeito vinculante, próprio de alguns precedentes, como aqueles que resultam na elaboração de uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal" DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v.2, 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 453.

atribuem mais de um efeito aos precedentes judiciais, criando um gradiente eficacial relacionado aos precedentes judiciais.

Pierluigi Chiassoni, em uma perspectiva analítica, ao abordar o grau de relevância argumentativa dada ao precedente judicial[269], elenca sete espécies de sistemas-tipo. Neste espectro, os sistemas-tipo vão desde aqueles em que é proibida a aplicação de um precedente, até aqueles em que a eficácia atribuída ao precedente judicial é máxima e que leva à obrigatória aplicação do precedente judicial.

O sistema com exclusão do precedente na argumentação[270] se caracteriza pela existência de normas jurídicas que vedam, direta ou indiretamente, a utilização de precedente judicial na argumentação jurídica. Em tais sistemas, também é proibido publicar revistas de jurisprudência, a anotação e o comentário dos julgamentos, a maximização dos julgamentos e, em geral, qualquer atividade que envolva a divulgação do modo como qualquer juízo foi decidido por qualquer juiz. Esta proibição teria como escopo garantir a aplicação mais literal possível do dispositivo normativo positivado ou culturalmente aceito.

No sistema com relevância argumentativa fraquíssima do precedente[271], recomenda-se aos juízes, como critérios para a prática judicial, que mencionem e sigam, ao motivar suas decisões judiciais, eventual precedente judicial que se ligue ao caso sob exame. A relevância do precedente judicial nesse sistema é tida como fraquíssima, pois a não utilização do precedente na ação de decidir não gera nenhuma nulidade nem importa em erro, afastando a possibilidade de utilizar recursos.

O terceiro sistema-tipo, chamado de sistema com relevância argumentativa fraca do precedente[272], difere-se do anterior na medida em que não existe apenas uma recomendação de que precedente seja utilizado na fundamentação da decisão, mas sim

---

[269] CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: tre escercizi di disincanto.* Disponível em http://docplayer.it/421839-0-considerazioni-introduttive-precedente-giudiziale-e-teoria-analitica-del-diritto.html Acesso em 12 de dezembro de 2017, p. 98-100.

[270] No original: "Sistemi con precedenti a rilevanza normativamente preclusa". CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: tre escercizi di disincanto.* Disponível em http://docplayer.it/421839-0-considerazioni-introduttive-precedente-giudiziale-e-teoria-analitica-del-diritto.html Acesso em 12 de dezembro de 2017, p. 97.

[271] No original: "*Sistemi con precedenti a rilevanza argomentativa debolissima*". CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: tre escercizi di disincanto.* Disponível em http://docplayer.it/421839-0-considerazioni-introduttive-precedente-giudiziale-e-teoria-analitica-del-diritto.html Acesso em 12 de dezembro de 2017, p. 98.

[272] No original: "*Sistemi con precedenti a rilevanza argomentativa debole* ". CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: tre escercizi di disincanto.* Disponível em http://docplayer.it/421839-0-considerazioni-introduttive-precedente-giudiziale-e-teoria-analitica-del-diritto.html Acesso em 12 de dezembro de 2017, p. 98-99.

uma exigência. A não observação dessa prática é tida como causa de invalidade da decisão por ausência de fundamentação e é tido como erro passível de fundamentar uma impugnação à decisão. A relevância do precedente judicial nesse sistema é tida como fraca, pois se admite, sem que isso importe em invalidade, que o juiz afaste o precedente por discordar do mesmo. Exige-se o diálogo com o passado, mas se admite a rejeição simples do precedente judicial.

No quarto sistema pertencente à classificação em análise, chamado de sistema com relevância argumentativa forte do precedente[273], os juízes são obrigados a encontrar, utilizar e seguir o sentido dado à resolução da causa pelo precedente judicial, sendo caso de invalidade da decisão a omissão de análise do precedente judicial. Não se tem, ainda, uma relevância vinculante porque se admite que o juiz afaste a incidência do precedente, a partir de razões tidas por ele como sérias. A relevância forte, referenciada na classificação, é nitidamente persuasiva e não vinculante.

O sistema com precedente relativamente vinculante[274] é marcado pela atribuição de uma eficácia vinculante relativa ao precedente, impondo-se ao juiz a obrigação de encontrar precedentes relevantes, mencioná-los no raciocínio da sentença, seguir o sentido decisório ditado por eles, sob pena de invalidade da decisão, salvo nos casos em que a lei, taxativamente, autoriza o juiz a afastá-los.

No sistema com precedente vinculante de forma absoluta[275], o juiz deve encontrar, utilizar e seguir o precedente na argumentação normativa, sendo obrigado a tal prática mesmo quando não concorde com ele, sendo a inobservância do precedente hipótese de violação da lei e invalidade da decisão.

Por fim, no sistema com precedente de relevância discricionária[276], os juízes estão autorizados a dar, no caso concreto, o valor que entendam cabível aos precedentes

---

[273] No original: "*Sistemi con precedenti dotati di rilevanza argomentativa in senso forte*.". CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: tre escercizi di disincanto*. Disponível em http://docplayer.it/421839-0-considerazioni-introduttive-precedente-giudiziale-e-teoria-analitica-del-diritto.html Acesso em 12 de dezembro de 2017, p. 99

[274] No original: "*Sistemi con precedenti relativamente vincolanti*.". CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: tre escercizi di disincanto*. Disponível em http://docplayer.it/421839-0-considerazioni-introduttive-precedente-giudiziale-e-teoria-analitica-del-diritto.html Acesso em 12 de dezembro de 2017, p. 99.

[275] No original: "*Sistemi con precedenti vincolanti in modo assoluto*.". CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: tre escercizi di disincanto*. Disponível em http://docplayer.it/421839-0-considerazioni-introduttive-precedente-giudiziale-e-teoria-analitica-del-diritto.html Acesso em 12 de dezembro de 2017, p. 99.

[276] No original: "*Sistemi con precedenti a rilevanza discrezionale*.". CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: tre escercizi di disincanto*. Disponível em http://docplayer.it/421839-0-considerazioni-introduttive-precedente-giudiziale-e-teoria-analitica-del-diritto.html Acesso em 12 de dezembro de 2017, p. 99.

judiciais. É legitima a escolha de não aplicar o precedente, aplicar como se vinculante fosse ou, ainda, afastar um precedente sem nenhuma carga de argumentação especial. Todas essas opções são possíveis, não cabendo nenhuma impugnação baseada neste ou naquela escolha.

Dentro do espectro proposto, dada a necessidade de diálogo com o passado, inclusive com a possibilidade de invalidação da decisão que não obedecer ao dever de fundamentação autorreferente, o sistema brasileiro é classificado como um sistema com precedente relativamente vinculante, já que nem todos os precedentes judiciais devem ser obrigatoriamente referendados.

A classificação indicada aponta espécies de sistemas que variam de acordo com o grau de eficácia obrigatória dos precedentes judiciais, trazendo à tona um dado importante: a modulação da observância dos precedentes judiciais depende das escolhas normativas de cada sistema.

Com base nessa constatação, resta identificar quais os vetores de regulamentação normativa da observância obrigatória dos precedentes judicias que são admitidos em nosso sistema. Cabe informar que denominamos de vetores de regulamentação normativa ou simplesmente vetores normativos, o conjunto de normas, quanto à origem do dispositivo que a comporta, que podem ser utilizadas para regulamentar determinado tema. Desta forma, indicamos a existência de três espécies de vetores normativos: o legal, o negocial e o judicial.

Feito esse esclarecimento, reforçamos que a proposta desta parte da dissertação ganha especial relevância pelo objetivo de indicar parâmetros dogmáticos para identificação dos precedentes de observância obrigatória que devem ser levados em conta na construção de decisões judiciais, contemplando, inclusive, a possibilidade de que as partes estabeleçam negócios jurídicos em torno de precedentes, sendo estes objetos dos itens seguintes.

4.2.1 Enumeração normativa dos precedentes de observância obrigatória

Admitindo-se que aos precedentes podem ser atribuídos efeitos distintos, é importante reforçar a diferença entre fonte dos efeitos dos fatos jurídicos e a enumeração dos efeitos relacionados a um fato jurídico.

A fonte dos efeitos é a própria incidência, sendo esse o momento fundamental para a fenomenologia jurídica. Importante característica da incidência é a sua infalibilidade, o

que leva à impossibilidade de que as partes possam, com sua vontade, interferir nesse momento. A enumeração dos efeitos, por sua vez, liga-se à identificação de que efeitos jurídicos, de acordo com um parâmetro normativo, serão produzidos com a incidência[277], admitindo a interferência das partes por meio de negócio jurídico por exemplo.

Mesmo que sejam conceitos distintos, existe uma ligação direta entre eles na dinâmica da fenomenologia jurídica. Isto porque a especificação normativa dos efeitos ocorre antes da incidência da norma sobre um fato simples, constituindo um importante marco de delimitação da eficácia jurídica. Enumeram-se os efeitos jurídicos que podem ser produzidos a partir da incidência, sendo essa especificação uma delimitação prévia dos seus contornos.

Deixando claro que a produção de efeitos jurídicos depende sempre de previsão normativa, é crucial perceber que não se atrela a enumeração dos efeitos ao paradigma legal, admitindo-se, conforme defendido em item anterior, a possibilidade de manejo dos efeitos por força de ato de vontade das partes[278]. Ainda que não exista nenhuma controvérsia sobre a possibilidade do legislador especificar quais os efeitos que podem ser produzidos pelos fatos jurídicos, sobre a admissibilidade da utilização do vetor negocial, especialmente no campo processual, ainda pairam dúvidas em parcela da doutrina, existindo, porém, forte tendência de admissão dessa possibilidade.

No que diz respeito à regulamentação da observância obrigatória dos precedentes judiciais, o conjunto normativo primário que se liga a esse tema surge da interpretação do art. 927, do CPC/2015. É dispositivo que possui vários problemas, dentre os quais ressaltamos a falta de clareza do texto sobre como deve ser entendido o termo *observarão*, não primando, ainda, pela melhor técnica, visto que trata, em um mesmo contexto (o da necessidade de observância), de diversas fontes das quais podem ser extraídas normas gerais, sejam aquelas classificadas como decisões, sejam aquelas tidas como enunciados da súmula de jurisprudência dominantes dos tribunais. Além disso, é dispositivo que não esgota todas as fontes de precedentes obrigatórios. Não se pode negar, porém, que é importante disposição legal e que deve ser bem interpretada para que se compreenda corretamente o vetor normativo legal de especificação da observância obrigatória de precedentes-norma.

---

[277] Ver item 3.2.2
[278] Ver item 3.2.5

Aqui cabe uma importante digressão: a obrigatoriedade de observação dos precedentes, conforme exposto[279], surge com a adoção do método de decidir com base em precedentes, sendo o art. 927 um rol que indica de que fontes podem ser extraídos precedentes-norma. Esta conclusão decorre da premissa dessa pesquisa de que a observância obrigatória dos precedentes é uma característica do método e não do instrumento precedente[280].

Assim, reafirmando que a necessidade de diálogo com o passado é a caraterística que marca a o método de decidir com base em precedentes, bem como que esse método é adotado em nosso sistema[281], para possibilitar a correta interpretação do art. 927, do CPC/2015, indicamos que o referido dispositivo elenca as fontes das quais podem ser extraídos precedentes-norma com observância obrigatória e não atribui eficácia obrigatória aos precedentes.

Vale reforçar que os precedentes, sendo encontrados em decisões judiciais, podem ter seus continentes formados nos mais diversos procedimentos. Aqui, então, o sentido dado ao termo precedente deve ser o de precedente-norma, visto que o que terá observância obrigatória será sempre a norma geral passível de extração de uma determinada decisão. No mesmo sentido de reforço argumentativo, no que diz respeito à observação, obrigatória reforce-se, de precedentes ligados à jurisprudência, a premissa, com base na diferenciação teórica dos precedentes e jurisprudência[282], é que a norma geral que será observada é a extraída das decisões que foram levadas em conta para a enunciação de entendimentos jurisprudenciais e não a do texto do enunciado de súmula.

Em resumo, da mesma forma que não é a decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, que será observada, mas sim a norma geral concreta que foi utilizada como base da fundamentação da decisão, também não será levada em conta apenas o texto de um enunciado de súmula dos tribunais, mas sim as decisões que foram levadas em conta para a formação do enunciado.

Também é necessário definir que o sentido da observação, que é a base do art. 927, CPC/2015, deve ser o de que existe uma obrigatoriedade de dialogar, não só com os precedentes-norma encontrados nas decisões judiciais indicadas, mas também com aqueles que formam o conjunto jurisprudencial sobre um determinado tema. Essa

---

[279] Ver itens 2. e 4.1
[280] Ver item 2.2
[281] Ver item 4.1
[282] Ver item 1.2

conclusão tem base na premissa de que a adoção de um método de decisão baseado em precedentes exige esse compromisso com o passado[283].

Não é, porém, entendimento pacífico. Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, Rogério Licastro Torres de Mello[284] e José Miguel Garcia Medina[285], por exemplo, entendem que, com relação aos enunciados jurisprudenciais previstos no art. 927, IV, bem como quanto aos pronunciamentos do art. 927, V, do CPC/2015, pela ausência de cabimento de reclamação para corrigir eventual desrespeito a tais fontes enunciativas, não se pode falar, nesses casos, de eficácia vinculante, mas tão somente de eficácia persuasiva.

> Há a obrigatoriedade que poderíamos chamar de forte – se não respeitada cabe, para correção da decisão que desrespeitou, um remédio especificamente concebido com esta finalidade. Infelizmente, no Brasil, parece ser este o único caso em que se considera realmente haver obrigatoriedade. Um bom exemplo é o cabimento da reclamação contra decisão que desrespeita acórdão do STJ ou do STF, em julgamento de recursos repetitivos[286].

É entendimento que termina por colocar os meios de controle para o não respeito à eficácia e a própria eficácia em um mesmo plano, razão pela qual não será seguido. Ademais, existindo um dever de autorreferência, a sua não consagração enseja a possibilidade de impugnação da decisão por recurso, o que permite o controle dos tribunais sobre a decisão omissa.

Um outro argumento contrário gravita em torno da inconstitucionalidade do referido dispositivo, que ocorreria caso a sua interpretação seja dirigida a estabelecer um rol de fontes de normas gerais e abstratas com observância obrigatória. É o que defende José Rogério Cruz e Tucci, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery.

Para José Rogério Cruz e Tucci, atribuir eficácia obrigatória aos precedentes que podem ser extraídos das fontes previstas no art. 927, do CPC/2015, salvo no que diz respeito à súmula vinculante e à decisão proferida em sede de controle direto de constitucionalidade, é entendimento que se contrapõe às normas constitucionais. Nas palavras do autor:

---

[283] Ver itens 2.2 e 4.1.4

[284] WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.315.

[285] MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno.* 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1232-1233.

[286] WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.315.

> Salta aos olhos o lamentável equívoco constante desse dispositivo, uma vez que impõe aos magistrados, de forma cogente – "os tribunais observarão"-, os mencionados precedentes, como se todos aqueles arrolados tivesse a mesma força vinculante vertical. Daí, em princípio, a inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo legal e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade[287]

A falta de autorização constitucional também é utilizada como argumento por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, que indicam, ainda, que a legislação infraconstitucional não pode dar atribuição legislativa para o judiciário.

> O objetivo almejado pelo 927, CPC, necessita ser autorizado pela CF. Não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar [...] portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem.
> Mudanças são necessárias, mas devem constar de reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para legislar nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia, quer lhe conceder[288].

A ausência de autorização constitucional, se bem interpretado o dispositivo, não é argumento bastante para sustentar a inconstitucionalidade alegada. Um dado necessário para afastar a alegação de inconstitucionalidade é que existem duas espécies de enunciados de súmula: os enunciados de súmula de observância obrigatória e vinculante, previstos no texto constitucional e os enunciados de súmula de observância obrigatória não vinculante.

Os enunciados de súmula vinculante possuem eficácia mais ampla que os enunciados que não são vinculantes, obrigando a todos, inclusive a administração pública, sendo essa vinculação mais ampla que torna necessária a autorização constitucional, vez que incide sobre a repartição de poderes, matéria que é tipicamente constitucional.

Assim, a menção à necessidade de observância obrigatória dos precedentes-norma, encontrados nos julgados que deram origem aos enunciados de súmula, desde que não leve ao entendimento que a administração pública também esta vinculada, não caracteriza inconstitucionalidade alguma.

Além disso, salvo os precedentes-norma encontrados nas decisões e mencionados nos incisos I e II (que possuem autorização constitucional para tanto), os demais obrigam

---

[287] CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente judicial no novo CPC.* Em: Precedentes, Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues e BURIL, Lucas (coord). Salvador: JusPodivm, p. 454.
[288] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.386

apenas o próprio judiciário, até porque a menção é de que os tribunais observarão e não que todos estão obrigados. É determinação que obriga o próprio poder que fixou um determinado entendimento normativo, o que afasta qualquer inconstitucionalidade.

O argumento de que a eficácia obrigatória seria uma autorização para que o judiciário legisle só seria plausível se a definição sobre o aspecto normativo do precedente indicasse que o precedente-norma se caracteriza como uma norma abstrata e não uma norma concreta, apesar de geral[289].

> É preciso saber: precedentes são normas gerais e concretas; leis são normas gerais e abstratas. Permitir aos juízes e tribunais estabelecer normas gerais e abstratas fere a separação de poderes e ao princípio da legalidade. O CPC/2015 expressamente vinculou os juízes e tribunais a partir de fundamentos determinantes (circunstâncias fáticas e solução jurídica) e exigiu que os próprios enunciados de súmulas fizessem referência às circunstâncias fáticas (art. 489, §1º, V e 926, §2º, do CPC/2015)[290].

Desta forma, a construção de precedentes não guarda relação com a atividade criativa abstrata que é marca distintiva do ato legislativo em sentido estrito, afastando a tese da inconstitucionalidade por invasão e usurpação pelo Judiciário de atribuição que seria do Poder Legislativo.

Devidamente fixado qual o sentido do termo *observarão*, não há inconstitucionalidade ou falta de eficácia vinculante aos precedentes que podem ser extraídos das fontes indicadas no art. 927, do CPC/2015.

Tomado o art. 927, do CPC/2015 como um dispositivo que enumera as fontes das quais podem ser extraídos precedentes-norma com observância obrigatória, é possível agrupar as normas ali presentes em dois grandes grupos.

No primeiro encontram-se as normas presentes nos incisos I, III e V, do art. 927, do CPC/2015, formando um grupo que indica que precedentes-norma, encontrados em decisões judiciais, devem ser obrigatoriamente observados.

Por sua vez, nos incisos II e IV, do art. 927, do CPC/2015, elenca-se a fonte de precedentes com eficácia obrigatória que se relacionam com os enunciados da súmula de jurisprudência dominante dos tribunais. Ao assim definir, fica afastado qualquer confusão

---

[289] Ver item 1.1.2.2

[290] ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes.* 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 368.

interpretativa no sentido de considerar como precedentes os enunciados de súmula[291], sendo ponto que será desdobrado mais adiante.

Como último apontamento, o rol do art. 927, do CPC/2015 não é taxativo, visto que outras normas enumeram outras fontes de precedentes com observância obrigatória como, por exemplo, "a decisão do Supremo sobre inexistência de repercussão geral que tem força vinculante para todos os recursos extraordinários com a mesma matéria, conforme o §8º do art. 1035 do NCPC"[292].

Feitos os ajustes prévios, resta analisar que precedentes-norma devem ser necessariamente observados, de acordo com o vetor normativo legal e negocial, na construção de decisões judiciais, bem como se existe espaço para vetores normativos jurisprudenciais.

4.2.1.1 Vetor normativo legal: os precedentes de observância obrigatória extraídos de decisões judiciais

O precedente judicial está sempre atrelado à uma decisão[293], da qual pode ser extraído[294] por um processo de depuração normativa[295]. As normas presentes no art. 927, I, III e V, do CPC/2015 especificam de que decisões, em um rol não taxativo, podem ser colhidos os precedentes que devem ter observância obrigatória em nosso sistema.

Dentro desse universo, é possível realizar uma divisão das normas em dois grupos menores e que se diferenciam pela existência ou não de um procedimento específico para a construção da decisão que servirá de fonte dos precedentes. Nesse sentido, quando a decisão continente for construída por um procedimento dirigido para a formação do precedente, teremos uma via de formação concentrada de decisões com precedentes que devem ser obrigatoriamente observados. Quando inexistir essa especialização procedimental, caracteriza-se a via difusa de formação de decisões que contém precedentes com observância obrigatória.

---

[291] MARINONI, Luiz Guilherme [Comentários ao art. 927]. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coordenadores) Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2077.
[292] CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais. Teoria e Dinâmica.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 192.
[293] Ver item 1.1.3
[294] Ver item 1.1.2.3
[295] Ver item 1.1.2.4

No que diz respeito à via concentrada, a doutrina, analisando as regras presentes nos procedimentos especializados, indica existir um microssistema de formação concentrada de precedentes judiciais obrigatórios.

> Há uma unidade e coerência sistêmicas entre o incidente de assunção de competência e o julgamento de casos repetitivos. Há, enfim, um microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, formando pelo procedimento de criação de súmula vinculante, pelo incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal, pelo incidente de assunção de competência e pelo julgamento de casos repetitivos. Para que se formem precedentes obrigatórios, devem ser aplicadas as normas que compõem esse microssistema[296]

Cabe, nesse momento, uma digressão sobre a ideia de microssistemas, bem como ocorre a sua formação. Sobre o tema, o primeiro ponto a ser indicado é que os sistemas jurídicos, apesar de serem uma unidade de normas, são formados pela união de diversos microssistemas, sendo cada um marcado por lógica e desenvolvimento próprios[297]. Apesar de se relacionarem, existe diferença de orientação entre o sistema continente e microssistema contido, pois se fosse uma a orientação dos seus elementos, razão de ser dos microssistemas deixaria de existir[298]. Quando não seja possível apontar diferença entre o microssistema e o sistema, sendo ambos regidos por mesmos valores e princípios, o que se caracteriza é apenas a parte de um sistema e não um microssistema em sua acepção clássica.

Nesse sentido, o microssistema surge quando apresenta características próprias, que impedem que o mesmo se caracterize com um sistema próprio, mas que o diferenciam de meras partes do sistema. Em outras palavras: o microssistema possui autonomia sufienciente para ter um vetor normativo específico, mas não para se apartar do sistema no que se encontra inserido.

O surgimento dos microssistemas ocorre com a interação entre leis que tratam de dar "consequências diversas a hipóteses próximas, quebrando com a ideia de organização lógica e geral, típica dos Códigos, mas que podem se relacionar, dada a existência de um elemento comum, introduzindo novos critérios de regulamentação"[299].

---

[296] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 606.
[297] IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione,* 4a ed. Milano: Giuffré, 1991, p. 71
[298] MELLO, Sebastian Borges Albuquerque. *Direito Penal – Sistemas, Códigos e Microssistemas.* São Paulo: Juruá, 2004, p. 88.
[299] SALAZAR, Rodrigo. *Microssistema de regulamentação da eficácia obrigatória dos precedentes judiciais.* Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Disponível

O ciclo de formação de um microssistema pode ser descrito da seguinte forma: normas gerais são relacionadas com a gestão de situações gerais, podendo ser representadas por um esquema em que ocorre a previsão de uma hipótese (A), a qual servirá de base para produzir uma consequência específica (B). Com o surgimento de uma hipótese nova (A+a), que se diferencia de (A), mas não tanto a ponto de sair do mesmo contexto (A), é necessária uma nova norma, mais específica do que a geral, que acarreta uma nova consequência (B+b)[300]. São normas especiais que se afastam do contexto geral inicial, levando à criação de mais normas específicas, as quais passam a se relacionar, pouco a pouco, ocasionando o surgimento de normas especiais dentro de um sistema. Nesses casos, as normas gerais e especiais, ainda que diferentes, permanecem num mesmo âmbito de comparação, pois, mesmo que os fatos (A) e (A+a) sejam diferentes, guardam identidade quanto a um de seus elementos (A)[301].

É possível, porém, que a relação entre norma geral e uma outra tenha consequências tão diversas que a especialidade deixa de existir para caracterizar o que se denomina como normas excepcionais. O que ocorre é que a hipótese relacionada a uma norma geral ou especial terá uma consequência em um plano completamente diferente das outras. Quando surge uma norma excepcional, os fatos (A+a) levam a consequências (c+d)[302].

A visualização de hipóteses e consequências de normas especiais, gerais e excepcionais, mostra a existência de um diferencial significativo nas relações entre essas espécies normativas, já que a relação entre normas gerais e especiais se adequa a um mesmo contexto lógico (se "a" será "b"; se "a+1" será b+1"), enquanto que as normas excepcionais trazem lógica e consequências completamente distintas (se "a+2" será "c+d")[303]. É essa lógica diferenciada que leva ao agrupamento de normas com características e princípios próprios, gerando os microssistemas normativos.

De tudo o quanto exposto, fica a constatação de que os microssistemas dependem do surgimento de uma nova consequência normativa que não se distancia do contexto geral do sistema em que se encontra inserido.

---

em:<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/tz0g06z1/81x0sgFs8pW85SzE.pdf>Acesso:08/01/2018, p. 276.

[300] IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione,* 4a ed. Milano: Giuffré, 1991, p. 55

[301] IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione,* 4a ed. Milano: Giuffré, 1991, p. 55

[302] IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione,* 4a ed. Milano: Giuffré, 1991, p. 57.

[303] IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione,* 4a ed. Milano: Giuffré, 1991, p. 58.

Com base nessas premissas teóricas, surge a indagação: há alguma modificação, no plano processual, que justifique a caracterização de um microssistema em torno de precedentes judiciais?

Não se pode negar que existe um dado novo na sistemática processual que é a adoção explícita de um método de decidir com base em precedentes judiciais. Da mesma forma, é impossível negar a grande influência dos precedentes judiciais na concepção do que seja a atividade jurisdicional:

> Não se pode mais relacionar a atividade jurisdicional tão somente à resolução de um caso específico, de uma causa, sendo necessário reconhecer que a atividade jurisdicional (civil, penal, trabalhista, eleitoral, etc.) também possui uma função de enunciação normativa geral partindo de uma norma abstrata. É reconhecer que tão importante quanto a resolução das causas, é a resolução das questões que são postas à apreciação do judiciário[304].

Essas situações, em conjunto, obrigam, também, a reconhecer que as normas gerais, extraídas de certas decisões, passam a ter efeitos vinculantes e gerais. Com isso, o resultado "da atividade jurisdicional passa a atingir, além da causa debatida, também eventuais questões sobre a interpretação de uma determinada disposição normativa, surgindo uma nova consequência (c+d) que justifica uma reorganização normativa"[305].

São alterações, tanto no plano processual, como no da atividade jurisdicional, inegáveis e justificariam a necessidade de um microssistema em torno dos precedentes judiciais.

Ocorre que os microssistemas, do ponto de vista estrutural, reúnem normas que são gerais, especiais e excepcionais, o que, tomando como referências as disposições diretamente relacionadas aos precedentes judiciais, não ocorre em nosso sistema. É que não se pode deixar de levar em conta que os microssistemas visam propiciar o enfrentamento, de forma mais ágil do que as codificações conseguem, das mudanças da sociedade, permitindo uma integração de diversas fontes normativas sobre um mesmo tema. Com esta premissa, é interessante indicar que a doutrina se refere a microssistemas

---

[304] SALAZAR, Rodrigo. *Microssistema de regulamentação da eficácia obrigatória dos precedentes judiciais.* Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Disponível em:<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/tz0g06z1/81x0sgFs8pW85SzE.pdf>Acesso:08/01/2018, p. 279.

[305] SALAZAR, Rodrigo. *Microssistema de regulamentação da eficácia obrigatória dos precedentes judiciais.* Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Disponível em:<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/tz0g06z1/81x0sgFs8pW85SzE.pdf>Acesso:08/01/2018, p. 280.

direcionando-se a agrupamentos de normas que foram editadas em conjunto e que compõe o mesmo diploma legislativo. Ora, ainda que microssistemas seja parte de um mesmo sistema, possuem autonomia própria que demandam a sua interpretação conjunta, mas que, principalmente, afastam as normas do conjunto normativo ordinário. A autonomia dos microssistemas é tamanha que se pode nomeá-los como protocodificações.

Dessa maneira, por existir um sistema que foi criado e organizado a partir dos dados que ensejariam a formação de um microssistema em torno dos precedentes judiciais, não existe necessidade em se apartar um conjunto normativo, como ocorre com os microssistemas, do todo sistêmico, que seria o CPC/2015.

Por fim, em uma crítica terminológica, mesmo que fosse possível indicar a existência de um microssistema relacionado aos precedentes judiciais, a formação do precedente não é um objeto possível, já que o precedente surge como uma consequência natural da reconstrução normativa em uma decisão judicial[306], o que poderia ser regulamentada é a eficácia dos precedentes e não a sua formação.

Retornando à análise das fontes de precedentes descritas no art. 927, do CPC/2015, os procedimentos próprios que podem gerar decisões com precedentes de observância obrigatória são: o incidente de assunção de competência (art. 927, III, do CPC/2015); o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 927, III, do CPC/2015) e o julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos (art. 927, III, do CPC/2015)[307].

Ainda que não formem um microssistema, as decisões indicadas no art. 927, III, do CPC/2015 possuem caracteres procedimentais comuns, dada a interpretação sistêmica das normas que regulamentam seus procedimentos de formação, criando uma área comum que se dirige a propiciar a ampliação do contraditório, da cognição sobre as questões jurídicas, qualificando o debate para a formação do precedente, a fundamentação reforçada e publicidade ampla.

Contribuem para isso a designação de audiências públicas (art. 927, §2º, 938, §1º, do CPC/2015); a garantia de manifestação dos interessados e de terceiros com a possibilidade de juntada de documentos em prazo hábil a garantir a profundidade do debate (art. 983, do CPC/2015); a garantia de sustentação oral das partes e interessados com a possibilidade de adaptar o tempo estabelecido em lei (art. 984, do CPC/2015).

---

[306] Ver item 1.1.2

[307] DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil, v.3, 13a ed.* Salvador: Juspodivm, 2016, p. 590-593.

Inclusive, normas são dirigidas para a atuação do relator na condução dos processos que formem precedentes (art. 1038, I, II, III, do CPC/2015), de forma a propiciar a qualificação do contraditório, exigindo-se a sua participação ativa na organização em torno do tema em discussão, contribuindo com a delimitação precisa da questão que será submetida a julgamento (art. 1037, I, do CPC/2015). É imposição normativa que visa impedir a produção de decisões surpresas (art. 9º e 10, do CPC/2015) e ampliações incorretas do alcance de um precedente judicial.

A delimitação dos temas discutidos é importantíssima para a limitação do precedente que pode ser dali extraído, iniciando-se com a redação da decisão que o suporta, razão pela qual os fundamentos relevantes do precedente judicial devem ser analisados, não sendo possível a construção de análise de pontos implícitos.

Vistas em conjunto, são medidas que consagram a possibilidade de controle futuro do grau do contraditório utilizado na formação da decisão, sendo nítida a preocupação em aprofundar a discussão do tema, com uma diretriz que afasta o debate apenas formal em torno das questões levadas em consideração para a fundamentação da decisão, fomentando uma discussão substancialmente qualificada[308].

O contraditório, para parte da doutrina, é tão importante que, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni, se integra ao plano da existência do precedente judicial[309], o que leva à conclusão de que só seria precedente judicial a decisão que tenha, dentre outros elementos, sido produzida em um ambiente com contraditório qualificado. É posição com a qual não concordamos, posto que consideramos que toda decisão judicial é, em um sentido amplo, base para um precedente judicial, razão pela qual deslocamos a exigência de contraditório qualificado para o plano da eficácia dos precedentes judiciais[310]. De forma mais precisa, ainda que não seja elemento do conceito de precedente, as normas dirigidas à obtenção do contraditório qualificado aparece como condições de eficácia para que uma decisão judicial seja tida como fonte para precedentes de observação obrigatória.

É com base na importância do contraditório que Alexandre Freitas Câmara defende que a existência de uma discussão qualificada em torno do tema serve de critério para separar os padrões decisórios com eficácia vinculante e os que apenas teriam eficácia persuasiva:

---

[308] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 606.
[309] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedente obrigatório.* 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 215.
[310] Ver item 1.1.1

> É preciso, então, ter claro este ponto: nem tudo o que está enumerado no art. 927 do CPC/2015 tem eficácia vinculante. Há ali, também, o que tenha eficácia meramente argumentativa (ou, como se costuma dizer, persuasiva). E o que legitima a distinção entre precedentes (ou enunciados de súmula) dotados de eficácia vinculante e precedentes (ou enunciados de súmula) dotados de eficácia meramente argumentativa ou persuasiva é a amplitude do contraditório, capaz de assegurar uma comparticipação qualificada em sua formação[311].

Pode-se concluir, então, que a inobservância dessas normas que visam qualificar o procedimento de formação das decisões que podem ser fontes de precedentes de observância obrigatória não desnatura a solução da causa que tenha sido construída, mas leva, no caso concreto, a que a decisão saia do rol daquelas que podem gerar precedentes judiciais com observância obrigatória, sem existir impedimento que os argumentos ali debatidos sejam utilizados como elementos meramente persuasivos, em futuros debates.

Existe, então, um módulo procedimental mínimo, vocacionado à ampla discussão da questão normativa, que caso não seja respeitado, retira a possibilidade de uma decisão ser considerada como fonte de precedente de observância obrigatória.

Dentro do segundo grupo, que inclui as decisões fonte que não tenham sido formadas mediante um procedimento próprio, incluem-se as decisões advindas de controle concentrado de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal (art. 927, I, do CPC/2015) e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (art. 927, II, do CPC/2015).

Com relação à via difusa de formação de decisões continentes de precedentes obrigatórios, é necessário esclarecer que, mesmo que exista um procedimento próprio para o controle concentrado de constitucionalidade, nessa via não se tem como função principal a formação do precedente, mas sim a resolução da questão em torno da inconstitucionalidade normativa. Com base nessa premissa é que agrupamos a decisão descrita no art. 927, I, do CPC/2015 no rol daquelas que se formam por um procedimento de formação difusa.

Nossa premissa é que a necessidade de observação obrigatória advém da adoção do método de decidir com base em precedentes e não de uma atribuição de eficácia pelas normas contidas no art. 927, do CPC/2015. Portanto, não deve existir diferenciação das exigências para que, das decisões ali indicadas, sejam extraídos precedentes de observância obrigatória. A partir disso defendemos que as normas dirigidas a gerir as

---

[311] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério – formação e aplicação dos precedentes e enunciados de súmula.* São Paulo: Atlas, 2018, p. 183.

condições de eficácia obrigatória dos precedentes se apliquem tanto à via concentrada como à via difusa de formação de precedentes.

É uma contradição exigir que os incidentes específicos da via concentrada, que possuem uma estrutura vocacionada para um maior contraditório, tenham uma regulação mais dura quanto à possibilidade de que as suas decisões possam ser fontes de precedentes obrigatórios e não exigir o mesmo da via difusa. A norma de enumeração do art. 927, do CPC/2015 consagra a possibilidade de que as decisões provenientes de ambas as vias sejam fontes de precedentes, razão pela qual as normas que condicionam a eficácia obrigatória se dirigem a todas.

Após essa ressalva, conclui-se que o módulo procedimental mínimo, originado das disposições procedimentais dos incidentes previstos no art. 927, III, do CPC/2015 atingem a todas as decisões elencadas no art. 927, do CPC/2015, inclusive aquelas indicadas no inciso V, sendo que essa ultima hipótese merece algumas considerações em particular.

O art. 927, inciso V, do CPC/2015 determina a observância, pelos órgãos jurisdicionais de um tribunal, das orientações do plenário ou de órgão especial desse mesmo tribunal. Para que essas orientações possam ser tidas como base para extração de precedentes, é preciso entender que o seu suporte material são decisões judiciais[312].

Além disso, o dispositivo, ao contrário das outras hipóteses, não faz menção a uma via procedimental específica para a formação da decisão, razão pela qual deve ser entendida como uma "cláusula aberta, uma norma de encerramento, abrindo a taxatividade do sistema de precedentes para incluir toda e qualquer decisão de órgão plenário ou especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados"[313]. Por essa característica, defendemos que devem se estender todas as condições de eficácia que são exigidas para as decisões indicadas no art. 927, III, do CPC/2015, sob pena de ser criar uma via simplificada e sem controle de decisões fonte de precedentes judiciais de observância obrigatória.

4.2.1.2 Vetor normativo legal: os precedentes de observância obrigatória relacionados com enunciados jurisprudenciais

---

[312] Ver item 1.1.3

[313] ZANETI JR, Hermes [Comentários ao art. 927]. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coordenadores) Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1322.

Conforme exposto, jurisprudência, enunciados de súmula e precedentes judiciais não se confundem[314], sendo necessário interpretar corretamente a menção, dentro do rol de decisões judicias que podem produzir precedentes de observância obrigatória, os enunciados de súmula vinculante (art. 927, II, do CPC/2015) e os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (art. 927, II, do CPC/2015).

Hermes Zaneti Jr. entende que o CPC/2015 outorgou caráter vinculante aos enunciados em referência, condicionando, porém, a observância da individualização dos enunciados aos fatos dos precedentes que lhe deram origem.

> Somente se o extrato representado no enunciado da súmula corresponder ao conteúdo dos precedentes, haverá respeito aos precedentes e as súmulas poderão ter, nesse caso, a eficácia vinculante acrescida. O art. 926, §2º indica o acerto dessa interpretação. O mesmo vale para o inciso II, acima, que refere às súmulas vinculantes. Não se podem confundir os enunciados das súmulas com as normas abstratas e genéricas, no estilo dos assentos portugueses, sob pena de sua inconstitucionalidade. Em outras palavras, pode-se falar em súmulas como extrato de precedentes se, e somente se, a formulação e aplicação das súmulas não for abstrata e genérica, mas vinculada à ratio decidendi dos casos precedentes[315]

Em que pese que tais exigências tragam um pouco mais de concretização aos enunciados de súmula, ainda assim, não é possível entendê-los como precedentes, pois, segundo o conceito adotado nesta dissertação, não há o elemento material ínsito a todo precedente que é a decisão judicial.

Não se pode entender que os enunciados de súmula, mesmo que diminuída a sua generalidade e grau elevado de abstração dos casos que lhe deram origem, possam ser tidos como os precedentes em si[316]. Na verdade, a referência a esses enunciados de súmula deve ser entendida como uma inclusão das decisões que foram base para a formação da jurisprudência e para as súmulas em referência, dentro do rol de fontes de precedentes com observância obrigatória.

Os enunciados de súmula, portanto, tendem a facilitar o manejo dos entendimentos da jurisprudência dos tribunais, indicando onde encontrar os precedentes sobre um determinado tema, mas não são fontes diretas de extração de precedentes judiciais, papel

---

[314] Ver itens 1.2.2 e 1.2.3.
[315] ZANETI JR, Hermes [Comentários ao art. 927]. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coordenadores) Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1322.
[316] CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais. Teoria e Dinâmica.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 194-195.

que fica sempre reservado às decisões judiciais.

4.2.1.3 Vetor normativo negocial

No que diz respeito à possibilidade de enunciação negocial de fontes de precedentes obrigatórios, é preciso tecer algumas observações prévias sobre a categoria negócio jurídico processual, já que a mesma nem sempre foi aceita pela doutrina processual[317].

Não resta dúvida que a eficácia jurídica pode ser moldada por vontade dos sujeitos envolvidos em um negócio jurídico, sendo o fator mais comum de influência na amplitude do plano da eficácia. A possibilidade de que as partes estabeleçam termos ou condições de eficácia aos negócios jurídicos comprova essa afirmação.

Em termos de atos processuais, é amplíssima a possibilidade das partes, por meio de manifestação de vontade, influenciar no seu plano da eficácia, valendo-se para tanto do chamado negócio jurídico processual.

De forma mais precisa, a visualização do tema negócio jurídico processual deve partir da possibilidade de adaptação procedimental[318], bem como do manejo voluntário dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Apesar da categoria negócio jurídico processual ter sido maldita para a maioria da doutrina processual, cremos que hoje encontra condições propícias para sua afirmação no campo processual.

É que a não recepção da possibilidade de negócio jurídico processual é fundamentada, principalmente, na visualização do processo como coisa pública, voltada aos interesses da sociedade em pacificar seus conflitos, sendo a resolução de um conflito de interesses específico uma preocupação secundária[319]. Com base nesse preceito publicista, parcela significativa da doutrina negava a possibilidade de existência de negócios jurídicos processuais, vez que seria vedada a modulação voluntária dos efeitos previamente determinados pelo legislador para os atos processuais[320]. Como não seria

---

[317] PASSOS, José Joaquim Calmon. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 69; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2, p. 484.

[318] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A contratualização do processo. Das convenções processuais no processo civil.* São Paulo: LTr, 2015, p. 17.

[319] DINAMARCO, Candido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v.2, p. 460; MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto do novo código de processo civil. *In* Freire, Alexandre et alli (org.). *Novas tendências do processo civil.* Salvador: JusPodivm, v.3, 2014, p.344.

[320]DINAMARCO, Candido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v.2, p. 485;

possível modular a eficácia dos atos processuais, não se admitia o negócio jurídico processual.

Esse problema é, em verdade, um falso problema porque a definição de negócio jurídico não exige que a manifestação de vontade tenha como fim a modulação dos efeitos do ato, mas sim para produção de um determinado efeito jurídico, mesmo que seja esse previamente estabelecido pelo legislador[321]. Assim, o negócio jurídico processual é o fato jurídico voluntário, em que em seu suporte fático confere "ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados pelo ordenamento jurídico, certas situações processuais"[322].

Deixando mais clara a impropriedade da resistência doutrinária sobre o tema, a cláusula geral de negociação sobre o processo, presente no art. 190, do CPC/2015, que é a mais importante norma que delimita os requisitos de validade e objeto possível de tais atos, consagra possibilidade às partes de estabelecer parâmetros próprios para a eficácia de negócios jurídicos processuais.

É diante desse ambiente de permissividade de atuação no plano da eficácia que deve ser analisada a possibilidade de as partes manejarem a eficácia dos precedentes judiciais. Contextualizando o problema apresentado, traçamos parâmetros para a resposta.

O primeiro ponto é que a eficácia de observância obrigatória dos precedentes judiciais é uma decorrência da adoção do método de decidir com base em precedentes, assim, em princípio, as partes não têm o poder de afastar a necessidade de observância dos precedentes. Explicamos: as normas jurídicas que existem nas decisões judiciais compõem um sistema jurídico, devendo, por isso, guardar relação de coerência com o todo. Admitir que as partes possam estabelecer que não sejam obedecidos os precedentes que já compõe um determinado sistema, significa permitir que as decisões sejam construídas contra o todo. Significa, também, outorgar às partes o poder de modificar o método decisório escolhido para um determinado sistema, o que pensamos não ser possível, sob pena de se sacrificar a própria manutenção da organização sistêmica[323].

O segundo ponto a ser observado é que, analisando a organização procedimental, as normas do art. 927, do CPC/2015 atribuem às decisões judiciais uma eficácia anexa: a

---

[321] BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 147, jun. 2007, p. 303; DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil,* 17ª Ed, Salvador: Juspodivm, v.1, 2015, p. 378.

[322] BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de Processo.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, nº 147, jun. 2007, p. 312; DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil,* 17ª Ed, Salvador: Juspodivm, v.1, 2015, p. 376.

[323] Sobre a importância da coerência sistêmica, ver item 2.3.2

possibilidade de ser fonte de precedentes judiciais. Deste ângulo, as decisões são vistas como atos-fato jurídicos dos quais podem ser extraídos os precedentes judiciais com observância obrigatória. Esse direcionamento de foco é necessário, pois ajuda a delimitar a discussão em torno do debate sobre a possibilidade de, por meio de negócio jurídico, ser atribuída a outras decisões a eficácia de ser fonte de precedentes com observância obrigatória.

Esta hipótese é diferente de afastar os precedentes, sendo uma espécie de potencialização da coerência sistêmica, razão pela qual deve ser admitida em nosso sistema, por exemplo, negócio jurídico processual em que as partes indiquem como fontes de precedentes judiciais obrigatórios as decisões do próprio órgão jurisdicional, mesmo que este seja um juízo singular.

De um ponto de vista orgânico, pois, o negócio jurídico de atribuição da necessidade de observância obrigatória a precedente judicial, respeitando o rol mínimo estabelecido pelo vetor normativo legal, pode ser admitido em nosso sistema, sem que ocorra a incoerência sistêmica.

4.2.1.4 Vetor normativo jurisprudencial

Assim como o legislador e as partes, entendemos ser viável o manejo, pelos tribunais, dos efeitos ligados aos precedentes judiciais. É, porém, afirmação que merece ser bem interpretada.

Não estamos defendendo que os órgãos jurisdicionais possam modificar o rol de decisões previsto no art. 927, do CPC/2015. A possibilidade que nos parece viável é que os tribunais possam, na construção de decisões fontes de precedentes, indicar que a fundamentação da decisão não possui condições de servir como parâmetro de decisão futura, ante a um déficit de coerência sistêmica, argumentativa ou de contraditório não efetivo.

Defende-se, então, a possibilidade que uma decisão que teria, com base na enumeração legal, potência para ser fonte de precedente, em um caso concreto específico, perca esse potencial ante a não observância de condições de eficácia previstas no desenho do procedimento reservado para as decisões do rol do art. 927, do CPC/2015.

Parece ter sido esse o entendimento do STJ em julgamento de Recurso Especial nº 1.248.975/ES, inicialmente submetido ao regime de julgamento de recursos repetitivos, em que, ainda sob a égide do CPC/1973, firmou-se entendimento, no momento do

julgamento colegiado do mérito recursal, no sentido de desafetar o recurso especial como repetitivo pois, no caso, além de ser necessária a interpretação de contrato na instância ordinária, envolvia tema que não tinha sido ainda debatido nas duas turmas da segunda seção.

Nesse caso, a decisão teria condições de resolver a causa, seguindo o modelo normal de alcance subjetivo das decisões judiciais, mas não seria utilizada como resposta geral da questão posta à apreciação do poder judiciário por ausência de discussão amadurecida sobre o tema.

É, assim, sinal de que é possível, ante à insuficiência de contraditório e argumentação consistente em torno de um tema, ser relativizada a eficácia de uma decisão ser fonte futura de precedente de observância obrigatória através do vetor jurisprudencial.

4.2.2 Conclusões parciais

Mesmo que seja uma decorrência natural da organização sistêmica, o método de decisão com base em precedentes não afasta a possibilidade de que apenas uma parte dos precedentes judiciais tenham observância obrigatória, sendo necessário que existam normas de identificação dos efeitos atribuídos ao fato precedente judicial. Diante dessa possibilidade que nem todo precedente judicial tenha que ser observado, o sistema brasileiro pode ser tido como marcado pela existência de precedentes relativamente vinculantes.

Diante do fato de que a modulação da observância dos precedentes judiciais depende das escolhas normativas de cada sistema, identificamos a existência de três vetores de regulamentação normativa da observância obrigatória dos precedentes judicias: o legal, o negocial e o judicial.

O vetor legal tem como seu dispositivo primário art. 927, do CPC/2015 que, bem interpretado, deve ser compreendido como um rol de fontes das quais podem ser extraídos os precedentes de observância obrigatória, já que a obrigatoriedade de observação dos precedentes surge com a adoção do método de decidir com base em precedentes. Esta conclusão decorre da premissa desta pesquisa de que a observância obrigatória dos precedentes é uma característica do método e não do instrumento precedente.

Reafirmou-se, assim, que a necessidade de diálogo com o passado é a caraterística que marca o método de decidir com base em precedentes, bem como que esse método é adotado em nosso sistema. Da mesma forma, reforçou-se que os precedentes, sendo

encontrados em decisões judiciais, podem ter seus continentes formados nos mais diversos procedimentos, razão pela qual, na análise do art. 927, do CPC/2015, é necessário tomar o termo precedente em seu sentido normativo, visto que o que terá observância obrigatória será sempre a norma geral passível de extração de uma determinada decisão.

Deixou-se claro, ainda, que os precedentes ligados à jurisprudência têm a sua norma geral atrelada às decisões que foram levadas em conta para a enunciação de entendimentos jurisprudenciais e não a do texto do enunciado de súmula.

Ficou claro, ainda, que não há inconstitucionalidade alguma em torno do art. 927, do CPC/2015. Seja porque não é necessária a autorização constitucional para vincular órgãos do poder judiciário às suas próprias decisões, bem como pelo fato de inexistir, na construção de precedentes, atividade típica legislativa, caracterizada pela construção de normas gerais e abstratas sobre um tema.

Por fim, ainda que não formem um microssistema, as decisões indicadas no art. 927, III, do CPC/2015 possuem caracteres procedimentais comuns, criando uma área comum que se dirige a propiciar a ampliação do contraditório, da cognição sobre as questões jurídicas, qualificando o debate para a formação do precedente, a fundamentação reforçada e publicidade ampla e que, tomadas em conjunto, são medidas que consagram um módulo procedimental mínimo, vocacionado à ampla discussão da questão normativa. A não observância de tais determinações procedimentais retira a possibilidade de uma decisão ser considerada como fonte de precedente de observância obrigatória.

Após essa ressalva, concluiu-se que o módulo procedimental mínimo deve ser observado na construção de todas as fontes de precedentes descritas no art. 927, do CPC/2015, inclusive aquelas indicadas no inciso V.

No que diz respeito à referência à observância obrigatória de enunciados de súmula, deve ser entendida como uma inclusão das decisões que foram base para a formação da jurisprudência e para as súmulas em referência, dentro do rol de fontes de precedentes com observância obrigatória.

Por fim, admitiu-se a possibilidade de negócio jurídico de atribuição da necessidade de observância obrigatória a precedente judicial, exigindo-se que seja respeitado o rol mínimo estabelecido pelo vetor normativo legal, para que o risco de incoerência sistêmica não se configure.

Desta forma, definidas as bases normativas da observância obrigatória dos precedentes judiciais, resta analisar o aspecto subjetivo dessa obrigatoriedade, sendo para isso destinado o próximo item.

4.3 EXTENSÃO SUBJETIVA DA OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A análise da extensão subjetiva da observância obrigatória dos precedentes judiciais visa responder à pergunta sobre quem é obrigado a seguir tal dever. Os pressupostos para a resposta desse questionamento serão a adoção, por nosso sistema, do método de decidir com base em precedentes, bem como a existência de uma organização hierárquica e de superposição dos órgãos que compõem a estrutura do Poder Judiciário brasileiro.

Melhores delineadas as premissas, teremos as seguintes diretrizes para serem seguidas: se existe um método de decidir com base em precedentes orientando um determinado sistema, todos que se incluam como centros criadores de normas jurídicas gerais em casos concretos devem dialogar com os precedentes indicados como de observância obrigatória; se existe uma organização normativa estruturada de forma sistêmica, todas as normas que a integram devem guardar uma relação de coerência e consistência entre si e com o todo.

Por fim, levando em conta a localização estrutural do órgão que deu origem à decisão que comporta o precedente judicial, classificamos as dimensões da obrigatoriedade de observância em interna e externa: na primeira, os precedentes devem ser observados por todos que compõe a mesma estrutura do órgão que gerou a decisão fonte do precedente judicial; por sua vez, caso a decisão tenha que ser respeitada também por órgão que não compõe a mesma estrutura, a observância será externa.

Com essas diretrizes, entendemos ser possível delinear respostas claras para a resposta ao questionamento objeto desse item da dissertação.

4.3.1 Extensão vertical e horizontal aos órgãos do poder judiciário

Dada a necessidade de que as decisões judiciais observem o dever de fundamentação autorreferente[324], que é uma exigência não só normativa, mas

[324] Ver item 4.1.3

metodológica, todos os órgãos que compõem o poder judiciário devem dialogar com os precedentes de observância obrigatória. Nesse aspecto, em uma primeira delimitação, teremos o que denominamos de observância interna, visto que analisamos a estrutura do poder judiciário como um todo.

Ocorre que não se pode deixar de considerar que o poder judiciário brasileiro, por conta de nossa estrutura federativa e da existência de órgãos de controle normativo objetivo consagra a existência de divisões estaduais e federais, bem como de cortes de vértice[325] (STJ, STF, TSE e TST). São dados que, ainda que não afastem a necessidade da observância obrigatória dos precedentes judiciais, impactam na análise de quais desses devem ser observados em um determinado caso concreto.

Com base em nossa realidade estrutural, Luiz Guilherme Marinoni aponta que:

> Os precedentes com força obrigatória naturalmente incidem sobre os tribunais e juízes que lhe são inferiores. Alude-se, nesse sentido, à eficácia vertical dos precedentes. Porém, também se fala da vinculação da própria Corte aos seus precedentes, ou seja, da chamada eficácia horizontal dos precedentes[326].

É proposta de visualização que serve de parâmetro seguro para determinar a dimensão subjetiva interna da observância obrigatória, mas que merece apenas alguns esclarecimentos quanto aos precedentes encontrados nas decisões das cortes de vértice, já que esses órgãos não se encontram, de um ponto de vista estrutural, em uma relação superior de hierarquia para com os demais tribunais e juízes que compõem o poder judiciário pátrio. Tanto é assim que não é de atribuição do STJ e do STF gerenciar a lotação dos juízes nas entrâncias dos tribunais estaduais, nem determinar a composição dos tribunais estaduais ou federais.

Por isso, os precedentes de observância obrigatória que tenham origem nesses tribunais, têm que ser seguidos não pelo fundamento hierárquico, mas sim de competência para dizer em ultima ou única instância qual a interpretação sobre normas de cunho constitucional ou infraconstitucional federal deve prevalecer.

Não se pode, porém, aceitar, em que pese a importância das cortes de vértice no controle normativo, que apenas a elas possa ser atribuído o papel de centros de criação de precedentes judiciais de observância obrigatória, conforme defende Daniel Mitidiero[327].

---

[325] MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes de superposição: do controle concentrado à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
[326] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedente obrigatório.* 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 95.
[327] MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes de superposição: do controle concentrado à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 96.

O rechaçar dessa tese encontra seus fundamentos na especialização dos tribunais de justiça para fixar entendimento sobre o direito estadual e municipal. Atribuir apenas aos tribunais superiores a função de construção de precedentes de observância obrigatória importa em desprezar essa competência das instâncias estaduais e desprezar as peculiaridades da organização de competências do nosso pode judiciário.

4.3.2 Extensão aos Juizados Especiais

Questão que envolve um pouco mais de aprofundamento, relaciona-se com a extensão de precedentes judiciais advindos de Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) aos Juizados Especiais. O problema apresentado surgiu com a integração da norma que determina que a tese fixada em IRDR será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre a idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (art. 985, I, do CPC/2015).

A partir daí, posições doutrinárias foram construídas, indicando a inconstitucionalidade da vinculação dos Juizados especiais aos precedentes de observância externa. As teses nesse sentido possuem os seguintes fundamentos[328]: violação à independência funcional dos magistrados e à separação funcional dos poderes e violação ao sistema de competências da Constituição, o que ocorreria com a vinculação dos juizados a uma observância externa dos precedentes presentes em decisões proferidas em julgamento de IRDR.

Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti sustentam a tese da inconstitucionalidade por violação à independência funcional dos magistrados da seguinte forma:

> De início, o efeito vinculante previsto para o IRDR é inconstitucional porque tal mecanismo não pode ser instituído mediante legislação ordinária. A vinculação de uma decisão aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão deve estar sempre prevista expressamente na Constituição da República, sob pena de violação à garantia constitucional da independência funcional dos magistrados e à separação funcional de poderes. Vale lembrar que até mesmo os enunciados editados ou as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato pela mais alta corte do país (o STF)

[328] ABBOUD, Georges. CAVALCANTI, Marcos. *Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório.* São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, vol 240/2015, p.2

> precisaram de previsão constitucional expressa que lhes atribuísse efeito vinculante. Dessa forma, mais necessário ainda é o permissivo constitucional que confira efeito vinculante às decisões proferidas no julgamento do IRDR.

Conforme exposto[329], a exigência de previsão constitucional para a atribuição da observância aos precedentes judiciais só é necessária quando seja estendida à administração pública o dever de observância dos precedentes judiciais. Como no caso, a norma indica apenas que um órgão do poder judiciário terá que observar precedentes criados por outro órgão integrante do mesmo poder, não se sustenta a tese da necessidade de autorização constitucional para tanto.

O segundo argumento gira em torno da independência dos órgãos que compõe os juizados especiais com relação aos tribunais de justiça e tribunais regionais federais. Marcos Cavalcanti, com base em decisão do STF (RE 586789/PR) que tratou da competência para analisar Mandado de Segurança contra decisões de juizados especiais, indica existir consenso que:

> os juízes que integram os juizados especiais não estão subordinados (para efeitos jurisdicionais) às decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados ou dos Tribunais Regionais Federais. A suspensão e a imposição vinculativa da tese jurídica aos processos repetitivos em tramitação nos juizados especiais violam o texto constitucional[330].

Com base nesse argumento, conclui o autor ser inaceitável que "uma tese jurídica fixada em incidente processado e julgado em órgão jurisdicional estranho ao microssistema dos juizados especiais (TJ's e TRF's) alcance vinculativamente os processos ali em tramitação"[331].

Entendemos em sentido contrário.

O primeiro fundamento de nossa posição é que a alegada independência estrutural dos juizados, por si só, não afasta o fato de que os juizados se encontram no mesmo âmbito de competência territorial dos tribunais de justiça e federais. Esse dado, em conjunto com a constatação da adoção de um método decisório com base em precedentes judiciais, leva à conclusão de que não se pode conceber a possibilidade de que não seja obedecido o diálogo com o passado (que possui fundamentação normativa), afastando o dever de fundamentação autorreferente no âmbito dos juizados com base em seus

---

[329] Item 4.2.1

[330] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas. Salvador: Juspodivm, 2015, p.610-611.

[331] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas.* Salvador: Juspodivm, 2015, p.612.

caracteres estruturais. A organização sistêmica só se manterá com a observância da coerência sistêmica, ficando em xeque se for permitido aos órgãos componentes dos juizados ter entendimento normativo diverso daquele que vige na justiça comum do território no qual se encontra inserido.

Além disso, não se pode desprezar a interpretação literal do dispositivo que expressamente determina que as teses definidas em IRDR alcançam os juizados especiais. Diante de tal norma, não se pode colocar como óbice para sua incidência a inconstitucionalidade com base em decisão do STF que foi dada em contexto completamente diverso, inclusive ao tempo que o dispositivo em questão não existia.

Da mesma forma, não é estranha a possibilidade de que decisões dadas por um órgão interfira na atividade de outro que não pertença à mesma estrutura. Conforme apontam Fredie Didier Jr. e Leonardo da Cunha:

> o STJ, por exemplo, julga conflito de competência entre juízos comuns e juízos trabalhistas, embora estes últimos não estejam a ele vinculados. Ao TRF da respectiva região compete decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária, conforme entendimento explicitado no enunciado 428 da Súmula do STJ. Os juízes dos juizados federais não estão vinculados ao TRF, mas este julga conflitos de competência que os envolvem. Os juízes dos juizados não estão hierarquicamente vinculados ao STJ; não cabe recurso especial de decisões proferidas nos juizados (Súmula STJ, n. 203), mas é evidente que devem seguir o enunciado manifestado pelo STJ em recurso repetitivo e em enunciado de súmula em matéria infraconstitucional (art. 927, III e V, CPC)[332].

Há, ainda, um outro argumento, que deve ser levado em conta nesse debate, construído em torno da possibilidade que normas de um diploma legal sejam dirigidas a influenciar um outro conjunto legislativo. É comum a existência de dispositivos legais que contemplem normas de integração para solucionar eventuais lacunas normativas, sejam essas advindas de omissões legislativas ou de alterações no contexto social, histórico, político ou econômico[333].

Essa espécie de norma permite tratar situações não previstas pelo legislador, bem como recepcionar mudanças normativas que possam impactar em um sistema já consolidado, fazendo menção à aplicação subsidiaria de normas de outras fontes. Como exemplo temos o caso do quanto disposto no art. 769, da Consolidação das Leis do

---

[332] DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo. *Curso de direito processual civil*, v.3, 13ª ed. Salvador: 2016, p. 643.

[333] ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 10. ed. Tradução de: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 286-287.

Trabalho (CLT) que se refere ao "direito processual comum" como fonte de aplicação subsidiária; O Código de Processo Penal também referencia fonte externa, no caso o Código de Processo Civil, para tratar da possibilidade e regulamentação da citação da hora certa, além de admitir interpretação extensiva e aplicação analógica (art. 362, CPP); O Código Eleitoral indica que serão aplicadas as hipóteses previstas no Código de Processo Civil para arguição de suspeição e impedimentos de seus membros (art. 20, CE).

É nesse contexto de fixação de uma fonte normativa auxiliar que se enquadra o art. 985, I, do CPC/2015. O texto legal, para que não restem dúvidas sobre a sua incidência no âmbito dos juizados especiais, merece algumas considerações com relação: a) a eficácia integrativa; b) amplitude integrativa e espécies de omissões hábeis a ensejar a integração. São pontos necessários para que não se deturpe a norma que dali pode ser extraída.

Quanto à eficácia integrativa, é importante notar que a norma em questão determina a vinculação expressa dos juizados às teses fixadas em IRDR. Cria-se aqui uma espécie de eficácia exterior, em que uma norma é emanada de dentro de um sistema normativo para outro. A integração, nesse caso, ocorrerá, pois, com a incidência de uma norma do CPC/2015 em outro sistema.

Chamaremos essa eficácia de integrativa externa, em contraposição à eficácia integrativa atrativa que se dá quando um sistema capta normas de outro para suprir eventuais lacunas normativas.

Essa diferença é importante para enxergar quando e como se dará a possibilidade de aplicação das disposições contidas no CPC/2015 em outros sistemas processuais. Com base na eficácia integrativa externa, a existência de norma autorizativa interna ao sistema onde se constate a omissão é desnecessária para que se dê a solução com base no CPC/2015. A contrario sensu, ausente a emanação externa, é necessária a existência de normas internas ao sistema omisso que atraiam as normas do CPC/2015 para suprir eventual lacuna.

Ainda dentro do campo da eficácia integrativa, é possível visualizar normas com eficácia pontual ou geral. A eficácia integrativa pontual surge quando a solução integrativa ocorre a partir de um sentido normativo predeterminado e para um caso específico. Aqui a norma já traz em si a indicação de que normas serão utilizadas no preenchimento das lacunas. A eficácia integrativa geral está ligada às normas integrativas que se direcionam a casos não específicos, não indicando que normas serão utilizadas na supressão da lacuna. As normas com eficácia integrativa geral possuem textura mais

aberta que com eficácia pontual, demandando maior cuidado interpretativo no momento de sua aplicação.

Analisando as formas de integração normativa, percebe-se que esta pode ocorrer tanto com base na aplicação supletiva ou subsidiária. A adequação da forma integrativa dependerá do tipo de omissão enfrentada. Isso porque não se pode pensar que omissão normativa só exista quando a ausência de norma seja integral, sob pena de não ser possível entender a remissão do texto às técnicas de aplicação subsidiária ou supletiva.

É necessário, então, distinguir os graus de lacunas normativas distintas que seriam preenchidas com base na integração supletiva ou na integração subsidiária[334]. Essa distinção possibilita a visualização de um gradiente de omissões normativas e que servirá de base para a integração normativa supletiva ou subsidiária.

Existindo omissão normativa total sobre um fato a ser regulado, teremos a possibilidade de aplicar uma norma prevista no CPC/2015, incidindo a aplicação subsidiária. Em se tratando de omissão normativa na extensão de um regramento preexistente, terá lugar a aplicação supletiva como solução integrativa[335].

A delimitação de tais conceitos é importante para dar sentido à norma que pode ser extraída do texto do art. 985, I, do CPC/2015, evitando criar uma barreira indevida para sua incidência.

As diferenças propostas também são importantes na dinâmica integrativa.

É básica a noção de que é necessário que se observe a compatibilidade entre a norma que irá suprir a lacuna e os princípios que orientam o sistema lacunoso.

Com base nas diferentes propostas, essa compatibilidade sistêmica deverá ser demonstrada nos casos em que a integração ocorra com base em normas integrativas gerais, sendo presumida quando realizada com normas integrativas pontuais. Isso porque as normas integrativas pontuais possuem textura menos porosa que as normas integrativas gerais e essa característica é fator determinante na necessidade de uma maior ou menor carga de demonstração de compatibilidade sistêmica.

---

[334] MEIRELES, Edilton. O novo cpc e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do Trabalho. In MIESSA, Elison (Organizador), O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 39. MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. 2a ed. São Paulo: RT, 2016, p. 105

[335] Nesse sentido: MEIRELES, Edilton. O novo cpc e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do Trabalho. In MIESSA, Elison (Organizador), O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 39. Em sentido diverso, sustentando que a aplicação supletiva é ligada à omissão total MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. 2a ed. São Paulo: RT, 2016, p. 105

Assim, temos que a norma contida no art. 985, I, do CPC é integrativa pontual com eficácia externa, características que a tornam integrante do microssistema de regulamentação dos juizados especiais, presumindo-se a sua compatibilidade sistêmica. Com isso, afastam-se possíveis alegações que, por ser norma externa, não poderia incidir sobre o modo de decidir dos órgãos que integram os juizados especiais.

Por tudo o quanto exposto, entendemos que as teses que inviabilazariam a incidência da norma presente no art. 985, I, do CPC/2015 não se sustentam.

Não perderemos a oportunidade de pontuar que se existe uma prática inconstitucional, relacionada aos precedentes judiciais, no âmbito dos juizados especiais, é o fetiche dos órgãos decisórios dessa estrutura em se vincularem aos Enunciados do Fórum Nacional de Juízes Estaduais (FONAJE), como se estivessem diante de precedentes de observância obrigatória, desconsiderando os conceitos básicos da teoria dos precedentes judiciais.

4.3.3 Extensão à arbitragem

Dada a complexidade do tema, delimitaremos a análise da extensão da observância obrigatória dos precedentes judiciais à arbitragem ao elemento subjetivo, sem adentrar à forma de controle de eventual desrespeito aos precedentes na via arbitral.

Com esse corte, a questão que será enfrentada é: o árbitro vincula-se aos precedentes de observância obrigatória encontrados em decisões judiciais? Devidamente decomposta, essa questão gira em torno de dois fatores: o posicionamento dos árbitros dentro do sistema jurisdicional e a possibilidade de que as partes escolham os parâmetros para resolução da causa por meio da atividade arbitral.

A resposta a esse questionamento pode ser construída com base em premissas já estabelecidas nessa dissertação, mas demanda a análise de alguns argumentos que ainda não foram enfrentados.

Com relação à posição dos árbitros, existe relativo consenso de que são integrados ao sistema jurisdicional, sendo suas decisões consideradas como títulos executivos judiciais e passíveis de produzirem coisa julgada material, sendo este último, de acordo com Fredie Didier Jr., um elemento decisivo para a afirmação da arbitragem como atividade jurisdicional e não um equivalente jurisdicional.

> A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada material. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo nonagesimal, a coisa

> julgada torna-se soberana. É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada)[336].

Conquanto integrem o sistema jurisdicional, bem como possuam poder decisório, é importante aduzir que os árbitros não pertencem ao poder judiciário, o que não deve causar nenhuma estranheza, já atividade jurisdicional e poder judiciário são conceitos distintos.

> De forma simplificada, é possível asseverar que tanto o árbitro quanto o juiz estatal, ambos têm a função de resolver litígios; ocorre que a natureza jurisdicional do primeiro é privada e está fundada na vontade das partes, já o juiz estatal administra a Justiça Pública e seu poder está fundado na soberania do povo. Consequentemente, o juiz estatal faz parte do organograma do Estado, diferentemente do árbitro, que é um particular e sua nomeação não é feita pelo Poder Público[337].

Com isso, o Estado não é o responsável por manter a estrutura que irá desempenhar a atividade arbitral, sendo esta uma responsabilidade dos entes particulares que se predisponham a resolver seus litígios por essa via.

Desenha-se, até aqui, o seguinte quadro: os árbitros integram o sistema jurisdicional, mas não compõem a estrutura do poder judiciário. Resta saber se a independência funcional dos árbitros para com o poder judiciário pode lhes garantir a sua não submissão aos precedentes judiciais.

Em nossa opinião, a chave para responder essa questão está na percepção de que os árbitros, ao integrarem o sistema jurisdicional, também desenvolvem reconstrução normativa a partir de um texto legal[338], sendo atividade sujeita à possibilidade de diversidade interpretativa sobre um determinado tema, tal como ocorre na atividade desenvolvida pelos integrantes do poder judiciário, o que potencializa o risco de entendimentos diversos e, por consequência, da incoerência sistêmica.

Assim, se o método com base em precedentes judiciais tem como finalidade a manutenção da integridade sistêmica da organização normativa, todos aqueles que desenvolvam a reconstrução normativa a partir de textos legais devem obedecer às diretrizes dessa metodologia[339].

---

[336] DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil,* v.1, 17ª Ed, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 173.
[337] ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. *Revista de Processo,* n. 214. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2003, p.3.
[338] Ver item 1.1.2.2
[339] Ver item 2.2

Não fosse o suficiente para afirmar que os árbitros devem dialogar com os precedentes de observância obrigatória, é forçoso reconhecer que, integrando o sistema jurisdicional, os árbitros devem se vincular às fontes normativas desse sistema, sendo os precedentes uma dessas fontes[340].

Resta saber se, ao instituir a arbitragem, podem os interessados indicar a incidência de outros precedentes judiciais, que não aqueles elencados como de observância obrigatória pelo CPC/2015.

Aqui, pensamos, o raciocínio deverá seguir a mesma linha sobre a possibilidade de que as partes realizem a enumeração negocial de decisões que podem ser fontes de precedentes judiciais[341], permitindo-se apenas a ampliação das indicações previstas em lei, de forma a potencializar a coerência do sistema, mas não sendo admitida a supressão das fontes do vetor normativo legal.

4.3.3 Conclusões parciais

A proposta de análise da extensão subjetiva da observância obrigatória dos precedentes judiciais utilizou como pressupostos a adoção, por nosso sistema, do método de decidir com base em precedentes, bem como a existência de uma organização hierárquica e de superposição dos órgãos que compõem a estrutura do Poder Judiciário brasileiro.

Desta forma, em um método de decidir com base em precedentes, todos que se incluam como centros criadores de normas jurídicas gerais em casos concretos devem dialogar com os precedentes indicados como de observância obrigatória. Além disso, levou-se em conta que em uma organização normativa estruturada de forma sistêmica, todas as normas que a integram devem guardar uma relação de coerência e consistência entre si e com o todo.

Com tais premissas, sob uma perspectiva de obrigatoriedade interna, todos os órgãos que compõem o poder judiciário devem dialogar com os precedentes de observância obrigatória. Ainda no campo da observância interna, deixou-se claro que os

---

[340] No mesmo sentido da conclusão exposta: CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais. Teoria e Dinâmica.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 192; BELLOCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 164-167; AMARAL, Guilherme. *Judicial Precedent and Arbitration: are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill, 2017;

[341] Ver item 4.2.1.3

precedentes que devem ser observados de forma cogente possuem origem nos tribunais, o que reafirma ainda mais, com base em questões de competência, a força dos precedentes sobre todos órgãos que estejam a eles vinculados.

Definiu-se que os juizados especiais se encontram no mesmo âmbito de competência territorial dos tribunais de justiça e federais, razão pela qual, em conjunto com a constatação da adoção de um método decisório com base em precedentes judiciais, devem respeitar os precedentes que podem ser extraídos das decisões proferidas em IRDR. A norma que assim determina é integrativa pontual com eficácia externa, características que a tornam integrante do microssistema de regulamentação dos juizados especiais, presumindo-se a sua compatibilidade sistêmica.

Por fim, concluiu-se pela extensão da observância também aos árbitros, posto que os árbitros, ao integrar o sistema jurisdicional, também desenvolvem reconstrução normativa e que, por isso, devem seguir o método de decidir com base em precedentes, de forma a garantir a coerência sistêmica.

CONCLUSÕES

Diante de tudo o quanto exposto, pode-se confirmar a hipótese apresentada, comprovando-se a existência de uma metodologia de decidir com base em precedentes judiciais, caracterizada pela existência de um compromisso com o passado, em que se torna necessária a observância dos precedentes existentes sobre um determinado tema.

Comprovou-se também a adoção desse método decisório por nosso sistema normativo, razão pela qual a tomada de decisões judiciais deve observar, obrigatoriamente, o dever de fundamentação autorreferente, promovendo um diálogo com os precedentes em torno do tema tido como pressuposto geral para a decisão de uma determinada causa.

O primeiro fundamento de nossa posição é a organização sistêmica das normas jurídicas. Sendo as normas jurídicas agrupadas de forma sistêmica, é consequência necessária que exista uma relação de coerência entre elas, o que, por si só, fundamenta o compromisso do passado que marca o método de decidir com base em precedentes. Sem o compromisso com o passado, surge a inconsistência que, avolumando-se, gera a incoerência e faz ruir a organização sistêmica. Em outras palavras, onde exista um sistema normativo, a coerência sistêmica leva à necessidade de diálogo com normas pretéritas e, consequentemente, com os precedentes judiciais.

O conjunto normativo que sustenta essa conclusão é formado pela reunião da interpretação das disposições que reconhecem a igualdade dos jurisdicionados frente às decisões judiciais; o dever dos tribunais em promover a uniformização da jurisprudência; o dever de manter a jurisprudência estável; o dever de coerência argumentativa e de integridade e o dever de fundamentação autorreferente das decisões judiciais.

Ainda que seja uma decorrência natural da organização sistêmica, o método de decisão com base em precedentes não afasta a possibilidade de que apenas a uma parte dos precedentes judiciais tenha se exigido a observância obrigatória, existindo normas de identificação dos efeitos atribuídos ao fato precedente judicial.

Diante do fato que a modulação da observância dos precedentes judiciais depende das escolhas normativas de cada sistema, identificamos a existência de três vetores de regulamentação normativa da observância obrigatória dos precedentes judicias: o legal, o negocial e o judicial.

O vetor legal tem como seu dispositivo primário o art. 927, do CPC/2015 que, bem interpretado, deve ser compreendido como um rol de fontes das quais podem ser extraídos os precedentes de observância obrigatória, já que a obrigatoriedade de observação dos precedentes surge com a adoção do método de decidir com base em precedentes. Esta conclusão decorre da premissa dessa pesquisa de que a observância obrigatória dos precedentes é uma característica do método e não do instrumento precedente.

Sendo os precedentes encontrados em decisões judiciais, seus continentes podem ser formados nos mais diversos procedimentos, razão pela qual, na análise do art. 927, CPC/2015, é necessário tomar o termo precedente em seu sentido normativo, visto que o que terá observância obrigatória será sempre a norma geral passível de extração de uma determinada decisão. Deixando-se claro que os precedentes ligados à jurisprudência têm a sua norma geral atrelada às decisões que foram levadas em conta para a enunciação dos entendimentos jurisprudenciais e não extraída do texto do enunciado de súmula.

Além disso, no que diz respeito ao vetor normativo legal, ainda que não formem um microssistema, as decisões indicadas no art. 927, III, do CPC/2015 possuem caracteres procedimentais semelhantes, criando uma área comum que se dirige a propiciar a ampliação do contraditório, da cognição sobre as questões jurídicas, qualificando o debate para a formação do precedente, a fundamentação reforçada e publicidade ampla e que, tomadas em conjunto, são medidas que consagram um módulo procedimental mínimo, vocacionado à ampla discussão da questão normativa. A não observância de tais determinações procedimentais retira a possibilidade de uma decisão ser considerada como fonte de precedente de observância obrigatória. O módulo procedimental mínimo deve ser observado na construção de todas as fontes de precedentes descritas no art. 927, do CPC/2015, inclusive aquelas indicadas no inciso V.

Por fim, admitiu-se a possibilidade de negócio jurídico de atribuição da necessidade de observância obrigatória ao precedente judicial, exigindo-se que seja respeitado o rol mínimo estabelecido pelo vetor normativo legal, para que o risco de incoerência sistêmica não se configure.

A proposta de análise da extensão subjetiva da observância obrigatória dos precedentes judiciais utilizou como pressupostos a adoção, por nosso sistema, do método de decidir com base em precedentes, bem como a existência de uma organização hierárquica e de superposição dos órgãos que compõe a estrutura do Poder Judiciário brasileiro.

Desta forma, em um método de decidir com base em precedentes, todos que se incluam como centros criadores de normas jurídicas gerais em casos concretos devem dialogar com os precedentes indicados como de observância obrigatória. Além disso, levou-se em conta que, em uma organização normativa estruturada de forma sistêmica, todas as normas que a integram devem guardar uma relação de coerência e consistência entre si e com o todo.

Com esses fundamentos, sob uma perspectiva de obrigatoriedade interna, todos os órgãos que compõem o poder judiciário devem dialogar com os precedentes de observância obrigatória. Ainda no campo da observância interna, deixou-se claro que os precedentes que devem ser observados de forma cogente possuem origem nos tribunais, o que reafirma ainda mais, com base em questões de competência, a força dos precedentes sobre todos órgãos que estejam a eles vinculados.

Essa obrigatoriedade abrange também os juizados especiais que se encontrem no mesmo âmbito de competência territorial dos tribunais de justiça e federais, razão pela qual, em conjunto com a constatação da adoção de um método decisório com base em precedentes judiciais, devem respeitar os precedentes que podem ser extraídos das decisões proferidas em IRDR. A norma que assim determina é integrativa pontual com eficácia externa, características que a tornam integrante do microssistema de regulamentação dos juizados especiais, presumindo-se a sua compatibilidade sistêmica.

Por fim, concluiu-se pela extensão da observância obrigatória dos precedentes judiciais também aos árbitros, posto que estes, ao integrarem o sistema jurisdicional, também desenvolvem reconstrução normativa e, por isso, devem seguir o método de decidir com base em precedentes, de forma a garantir a coerência sistêmica.

Assim, foi atingido o objetivo principal de apresentar uma delimitação dogmática do método de decidir com base em precedentes levando em conta a regulamentação normativa presente sobre os precedentes judiciais no CPC/2015.

Da mesma forma, o foram os objetivos acessórios de: a) analisar os conceitos de precedente que podem servir de base para a operacionalização do método de decidir com base em precedentes; b) indicar a diferença entre precedentes judiciais, jurisprudência, enunciados de súmula e coisa julgada; c) apontar a distinção entre norma e disposições legais; d) demonstrar a influência da interpretação na reconstrução normativa; e) indicar as características do método com base em precedentes judiciais; f) apontar normativamente a adoção, pelo CPC/2015, do método de decidir com base em precedentes; g) indicar quais os vetores normativos dos precedentes com observância

obrigatória presentes nos CPC/2015; e h) delimitar a extensão subjetiva da observância obrigatória dos precedente judiciais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. CAVALCANTI, Marcos. *Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, Revista de Processo, vol 240/2015.

ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. *Revista de Processo,* n. 214. São Paulo: Revistas dos Tribunais, jul-set, 2003.

ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais,* Virgílio Afonso da Silva (trad.), 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A contratualização do processo. Das convenções processuais no processo civil.* São Paulo: LTr, 2015.

AMARAL, Guilherme. *Judicial Precedent and Arbitration: are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill, 2017.

ATAIDE JUNIOR, Jaldemiro. *O princípio da Inércia argurmentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014, n. 229.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica.* São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). Interpreting precedents: a comparative study. Estados Unidos: Dartmouth, 1997.

BELLOCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria General de los Sistemas.* 7.ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1989.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary.* 8ed, Saint Paul: West, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: Editora UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 15a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social.* 11a Ed. São Paulo, Malheiros, 2013.

BORGES, José Souto Maior. Lançamento Tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOUGE, Mario. *La Investigación Científica.* Su estratégia y su filosofia. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1985.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de Processo.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, nº 147, jun. 2007.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério – formação e aplicação dos precedentes e enunciados de súmula.* São Paulo: Atlas, 2018.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In: CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. *Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil.* In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros; FREIRE, Alexandre (Org). Novo CPC doutrina selecionada, v. 2: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v. 786. p. 108 – 126. Abril de 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1998.

CATÃO, Adrualdo de Lima. *Uma Pragmática da Noção de Fato no Direito: o caráter interpretativo do fato jurídico*. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (coord.). Revisitando a Teoria do Fato Jurídico – Homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas. Salvador: Juspodivm, 2015.

CHIASSONI, Pierluigi. *A filosofia do precedente: reconstrução e analise conceitual.* 2016. Universitas JUS, v.27, n.1, p.64-67. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/jus/article/view/4038/3003. Acesso em 03 de março de 2017 as 16h.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, v 1, 1965.

_____, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Reus, 2000.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. [Comentários ao art. 926]. In: CÂMARA, Helder Moroni, (Coordenador), Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Almedina, 2016.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais. Teoria e Dinâmica.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016

CROSS, Rupert e HARRIS, J.W. *Precedent in English Law.* Oxford: Clarendon Press Publication, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente judicial no novo CPC.* Em: Precedentes, Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues e BURIL, Lucas (coord). Salvador: JusPodivm, 2015

D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais: guia à filosofia dos últimos trinta anos*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

DIDIER JR, Fredie [Comentários ao art. 1º]. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coordenadores) Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v.2, 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil*, v.3, 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil,* v.1, 17ª ed, Salvador: Juspodivm, 2015.

_____, Fredie. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____, Fredie. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência*. Em Precedentes. Coleção grandes temas do novo CPC. DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; BURIL, Lucas (coord). Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*. v.2, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002

DOBBINS, Jeffrey C. Structure and precedent. Michigan Law Review. Vol. 108, 2010.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Estados Unidos: Cambridge, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério.* Nelson Boeira (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____, Ronald. *O império do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 10. ed. Tradução de: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual.* Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método.* Tradução de Octanny S. da Mota e Leonidas.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoria Geral do Processo.* Trad. Leandro Farina, Campinas: Minelli, 2003.

GOMES, Orlando. Obrigações. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOODHART, Arthur. *Determining the ratio decidendi of a case.* The Yale Law Journal, vol. 40, n. 2, dez. 1930.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____, Riccardo. *Interpretar y argumentar.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione,* 4a ed. Milano: Giuffré, 1991.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura.* 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KHUN, Thomas S. *A estrutura das revoluções cientificas.* São Paulo: Perspectiva, 2006.

KRELL, Andreas J. *A Relevância da Teoria do Fato Jurídico no Âmbito do Moderno Direito Constitucional e Administrativo*. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (coord.). Revisitando a Teoria do Fato Jurídico – Homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 1985.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito.* v 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____, Mário. *Sistema e estrutura no direito – das origens à escola histórica. vol. 1*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais.* Salvador: Juspodivm, 2015.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade.* São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACCOMRICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting precedentes: a comparative study.* England: Ashgate, 1997.

_____, Neil. Analítica (abordagem do direito). In: ARNAUD, André-Jean et alii (dir.). Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito. Trad. Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____, Neil. *Retórica e estado de direito.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACÊDO, Lucas Buril. *O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo código de processo civil*. Revista de Processo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014, n. 237.

_____, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil.* Salvador: Juspodivm, 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto do novo código de processo civil. *In* Freire, Alexandre et alli (org.). *Novas tendências do processo civil.* Salvador: JusPodivm, v.3, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil.* São Paulo, Malheiros, 1999.

_____, Luiz Guilherme [Comentários ao art. 927]. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coordenadores) Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

_____, Luiz Guilherme. *Precedente obrigatório.* 5. ed. São Paulo: RT, 2017.

MAZZEI, Rodrigo. "Embargos de declaração". Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (coords.). São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, n. 8 ao art. 1.022.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno.* 2a ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

MEIRELES, Edilton. O novo cpc e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do Trabalho. In MIESSA, Elison (Organizador), O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: JusPodivm, 2015

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte.* São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Sebastian Borges Albuquerque. *Direito Penal – Sistemas, Códigos e Microssistemas.* São Paulo: Juruá, 2004.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão. Revista de Processo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

_____, Daniel. *Cortes superiores e cortes de superposição: do controle concentrado à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

_____, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. Revista dos Tribunais. São Paulo: jun/1970.

NALINI, José Renato. O Juiz e o Acesso à Justiça. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016.

PASSOS, José Joaquim Calmon. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. A posição dos tribunais superiores e a eficácia dos precedentes nas causas. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2013, n. 119.

PERALMAN, Chäim. Etica e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo I.

_____, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Campinas: Bookseller, 2000, tomo II.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *A interpretação dos fatos no direito*. Prim@facie. Ano 2, n. 2. Disponível em: <www.primafacie.br> Acesso em: 08/01/2018.

RAZ, Josehp. *O conceito de sistema jurídico. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos.* Martins Fontes: São Paulo, 2012.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 24.a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional,* Curitiba: Juruá, 2012.

SALAZAR, Rodrigo. *Microssistema de regulamentação da eficácia obrigatória dos precedentes judiciais.* Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Disponível em:<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/tz0g06z1/81x0sgFs8pW85SzE.pdf>Acesso:08/01/2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à sociologia da administração da Justiça. In* Revista de Processo, São Paulo, Revistas dos Tribunais, v. 37, 1985.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. London: Harvard University Press, 1946.

_____, Frederick. Precedente. Em Precedentes. Coleção grandes temas do novo CPC. DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; BURIL, Lucas (coord). Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, Ticiano Alves. *Os Embargos de Declaração no Novo Código de Processo Civil*. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros; FREIRE, Alexandre (Org). Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015.

SOUZA, Wilson Alves. *Acesso à Justiça*, Salvador, Dois de Julho, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____, Lênio Luiz, [Comentários ao art. 926]. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro; (Organizadores) Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e- jurisprudencia/>. Data de acesso. 25 de outubro de 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes – A mutação no ônus argumentativo.* Rio de Janeiro: Forense, 2018

VILANOVA, Lourival. *O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado.* In: Escritos Jurídicos e Filosóficos, T. I. Brasília: Axis Mundi/IBET, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

_____, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

ZANETI JR, Hermes [Comentários ao art. 927]. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coordenadores) Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes.* 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.