

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ALEXANDRE MARDER**

**A COERÊNCIA NA CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES:  
DEVERES DIRIGIDOS ÀS CORTES COMPETENTES PARA A FORMAÇÃO DE  
PRECEDENTES NO BRASIL**

Porto Alegre  
2017

**ALEXANDRE MARDER**

**A COERÊNCIA NA CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES:  
DEVERES DIRIGIDOS ÀS CORTES COMPETENTES PARA A FORMAÇÃO DE  
PRECEDENTES NO BRASIL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre  
2017

**ALEXANDRE MARDER**

**A COERÊNCIA NA CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES:  
DEVERES DIRIGIDOS ÀS CORTES COMPETENTES PARA A FORMAÇÃO DE  
PRECEDENTES NO BRASIL.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

---

---

---

---

Para Eduarda e Fabrícia, minha pequena família.

## **AGRADECIMENTOS**

Devo agradecer a muitas pessoas, por razões diversas.

À minha esposa, Fabrícia, pela compreensão e paciência. Estive muito ausente para escrever este trabalho.

À minha filha, Eduarda, de apenas sete anos de idade, pela alegria que transmite. Por diversas vezes utilizei dessa alegria para ter forças de seguir em frente.

Aos meus pais, Ruy e Paula, por terem me dado o bem mais precioso, a vida.

Aos meus colegas da Procuradoria do Município de Porto Alegre, pelo suporte que me foi dado durante o período de redação do trabalho. Em especial, agradeço à colega Simone da Rocha Custódio, que sempre apoiou meus projetos acadêmicos.

Aos meus colegas do escritório Meister, Menke e Marder, por terem “segurado as pontas” na minha ausência. Um agradecimento especial ao meu sócio e amigo de longa data, Cassiano Menke, sempre disponível para o debate acadêmico.

Aos Professores Daisson Flach, Cláudio Ari Mello e Marco Felix Jobim. Doutrinadores de escol, que contribuíram com sugestões preciosas para a elaboração do trabalho.

Aos servidores da secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em especial à funcionária Denise.

Aos meus alunos da graduação e da pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC/RS.

Um especial agradecimento ao Professor Daniel Mitidiero, meu orientador. Mestre interessado pelo Direito, dedicado aos seus alunos e que prima pela clareza na defesa de suas ideias.

Ao meu bom Deus, por tudo.

“Andamos tão desencantados que ser decente parece virtude, ser honesto ganha medalha e ser mais ou menos coerente merece aplausos” (Lya Luft)

## RESUMO

O conceito de precedente judicial é fundamental não apenas nos países de *common law*, mas também nos de *civil law*. Essa dicotomia está enfraquecida, de modo que os precedentes, na condição de normas jurídicas construídas de casos concretos, devem ser tidos como vinculantes em ambos os sistemas. Precedente não se confunde com uma decisão judicial proferida no passado, mas, sim, com razões de decidir extraídas de decisões colegiadas pretéritas. Não são todas as Cortes do Brasil competentes para a produção de precedentes, mas apenas os tribunais com a atribuição de dar a última palavra sobre a interpretação do Direito. A produção contínua de precedentes pelas Cortes competentes dá origem a sistemas normativos. Os precedentes extraídos de acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça formam o sistema nacional de precedentes. Nos estados e regiões (Justiça Federal) formam-se subsistemas de jurisprudência vinculante e de definição de sentido do “direito local”. Existe uma relação inexorável entre sistemas normativos e a ideia de coerência. Os sistemas devem ser coerentes. Coerência não se limita à imposição de que sejam evitadas contradições entre as normas. É preciso que critérios de coerência sejam construídos com o objetivo de impor deveres relacionados à fundamentação de cada nova norma que ingressa no sistema. As decisões judiciais devem apresentar justificação interna e justificação externa. Os fundamentos dos precedentes encontram-se na justificação externa da decisão. A coerência impõe, portanto, limites ao intérprete no que se refere a determinadas escolhas relacionadas à justificação externa. A eleição dos argumentos interpretativos utilizados na construção de um novo precedente deve ter como parâmetro o sistema de precedentes. Da mesma forma, os conceitos jurídicos utilizados na formação da normaprecedente devem ter o sistema de precedentes como referência. Por uma imposição de coerência normativa, os conteúdos atribuídos pelo Supremo Tribunal Federal aos princípios constitucionais devem, necessariamente, ser observados. A coerência consta em texto de lei federal brasileira (novo Código de Processo Civil), tendo, assim, status de norma federal, mais especificamente, de um postulado hermenêutico (norma de segundo grau). Diante do caráter normativo, deve ser observada fielmente pelas Cortes competentes para a elaboração de precedentes. Sua inobservância pode ser enfrentada pelas partes imediatamente interessadas, por meio da interposição de recurso de embargos de divergência ou, ainda, por meio de recurso especial quando o desrespeito se der pelas Cortes de Justiça. O controle ainda deve ocorrer de ofício pelas próprias Cortes de precedentes, haja vista o caráter cogente da norma, o que poderá ensejar o *overruling*.

Palavras chave: precedente - sistema de precedentes - coerência.

## ABSTRACT

The concept of precedent is fundamental not only in common law systems but also in civil law systems. This dichotomy is dimmed, since, as legal rules built on concrete cases, precedents must be considered binding on in both systems. Precedents do not relate to the decisions issued in the past, but rather to the reasoning extracted from previous Court decisions. In Brazil, only the Courts with the attribution of giving the last word on the interpretation of the Law have competence to rule precedents. The continuous making of precedents by competent Courts gives rise to normative systems. The precedents resultant from judgments of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice form the national system of precedents. At local level, it is the States (State Tribunals) and in the Federal Regions (Federal Regional Tribunals) that form the binding jurisprudence systems and the definition of "local law". There is an indispensable bond between normative systems and the idea of coherence. Normative systems must be coherent. Coherence is not limited to avoiding contradictions between legal standards. Coherence criteria shall be developed on the purpose of guiding the reasoning of every new legal standard that enters the system. Judicial decisions must present internal and external justification. Grounds for precedents are found in the external justification of the decision. Coherence therefore requires the interpreter limits to adopt reasons for external justification. The arguments chosen to substantiate new precedent must be ground on the system of precedents. Likewise, the legal concepts used to holdup precedents also should stand on the precedent system. By imposition of normative coherence, the contents attributed by the Federal Supreme Court to the constitutional principles must be observed. Coherence is provided by the Brazilian federal law (new Code of Civil Procedure) and therefore has the status of a federal rule and, specifically, a hermeneutical postulate (second degree rule). As formal law, coherence is required to be observed by competent Courts while issuing precedents. The affected parties by the noncompliance with coherence can challenge it through a Motion for Resolution of Conflict in Decision or a Special Appeal, in its case when the disregard comes from Courts of Justice. Given that coherence is mandatory, the Courts with competence to issue precedent must examine its compliance ex officio, which may lead to overruling.

Key words: precedent – case law system - coherence.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>Parte I - Precedente judicial. Sistema de precedentes. Coerência no Direito. Perfil conceitual</b> .....	<b>24</b>
<b>1 CONCEITO DE PRECEDENTE</b> .....	<b>24</b>
<b>1.1 Natureza Jurídica do Precedente: a que Categoria Jurídica Pertence?</b> .....	<b>26</b>
1.1.1 Precedente é Norma Jurídica .....	26
1.1.2 Normaprecedente como Fonte Formal do Direito .....	28
<b>1.2 Exteriorização do Precedente: como pode ser Identificado?</b> .....	<b>29</b>
1.2.1 A Decisão Judicial e a <b>Ratio Decidendi</b> .....	30
1.2.2 Distinção entre <b>Ratio Decidendi</b> e <b>Obiter Dictum</b> .....	34
<b>1.3 Formação do precedente: como se forma e a quem compete sua formação?</b> .....	<b>35</b>
1.3.1 A competência constitucional do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça .....	35
1.3.2 As Cortes de Justiça como cortes de vértice: a definição do direito local .....	38
1.3.3 As disposições normativas estatais e o caso concreto como “matérias-primas” do precedente .....	40
<b>1.4 Função do precedente no ordenamento jurídico brasileiro: Para que serve? promoção da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade (da persuasão à vinculação)</b> .....	<b>42</b>
<b>2 SISTEMA DE PRECEDENTES: O QUE É? QUAIS SEUS ELEMENTOS?</b> .....	<b>51</b>
<b>2.1 A ideia de sistema jurídico</b> .....	<b>51</b>
<b>2.2 A formação de um sistema de precedentes judiciais</b> .....	<b>57</b>
2.2.1 Precedentes extraídos de decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade .....	62
2.2.2 Precedentes extraídos de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no julgamento de recursos, reclamações e ações originárias.....	67
<b>2.3 Os subsistemas da jurisprudência vinculante</b> .....	<b>69</b>
<b>2.4 Os subsistemas dos precedentes extraídos de decisões dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais no âmbito da definição do direito local</b> .....	<b>70</b>
<b>2.5 A função das súmulas vinculantes e não vinculantes</b> .....	<b>72</b>
<b>3 COERÊNCIA: POSSÍVEIS SIGNIFICADOS.</b> .....	<b>73</b>
<b>3.1 Coerência como ausência de antinomias</b> .....	<b>75</b>
<b>3.2 Coerência normativa</b> .....	<b>77</b>
<b>3.3 Coerência e integridade</b> .....	<b>80</b>
<b>3.4 Coerência formal: consistência e completude</b> .....	<b>84</b>
<b>3.5 Coerência substancial: dependência recíproca e elementos comuns</b> .....	<b>85</b>

<b>3.6 A estipulação de critérios de coerência como requisitos de racionalidade das decisões judiciais .....</b>	<b>87</b>
<b>3.7 Síntese crítica das teorias abordadas .....</b>	<b>90</b>

<b>Parte II - As finalidades a serem promovidas e os deveres instrumentais exigidos pela coerência na formação de um sistema de precedentes (função e conteúdo). A eficácia normativa da coerência .....</b>	<b>96</b>
--	-----------

<b>4 PREMISSAS PARA A APLICAÇÃO DA COERÊNCIA A UM SISTEMA DE PRECEDENTES .....</b>	<b>96</b>
--	-----------

<b>4.1 Teorias da interpretação jurídica: do cognitivismo ao ceticismo .....</b>	<b>96</b>
4.1.1 A justificação como requisito de racionalidade da interpretação atividade .....	106
4.1.1.1 Justificação interna .....	109
4.2.1.2 Justificação externa .....	114
4.2.2 Universalidade e coerência como requisitos de racionalidade da interpretação resultado .....	117

<b>5 FUNÇÃO E CONTEÚDO DA COERÊNCIA: AS FINALIDADES E OS DEVERES INSTRUMENTAIS .....</b>	<b>120</b>
--	------------

<b>5.1 Aspectos finalistas: o que se busca promover com a aplicação da coerência? .....</b>	<b>123</b>
---	------------

5.1.1 Finalidade imediata: limite ao poder de criação normativa – instrumento de controle do resultado interpretativo .....	124
5.1.2 Finalidades mediatas .....	128
5.1.2.1 Conferir racionalidade à interpretação do direito .....	128
5.1.2.2 Promover a unidade do sistema de precedentes.....	130
5.1.2.3 Promover calculabilidade no direito .....	132
5.1.2.4 Promoção da isonomia .....	136

<b>5.2 A coerência como fonte de deveres instrumentais às Cortes de precedentes .....</b>	<b>138</b>
---	------------

5.2.1 Deveres instrumentais decorrentes dos critérios coerência .....	140
5.2.1.1 Identificação do ramo do Direito a que o precedente em estado de formação pertence .....	142
5.2.1.2 Identificação dos argumentos interpretativos utilizados em precedentes anteriores e obediência a eles .....	144
5.2.1.3 Identificação dos conceitos jurídicos definidos em precedentes anteriores e obediência a eles .....	150

<b>5.3 Dever instrumental decorrente da coerência normativa: identificação dos conteúdos dos princípios jurídicos constitucionais já definidos pelo Supremo Tribunal Federal e obediência a eles .....</b>	<b>153</b>
--	------------

<b>6 EFICÁCIA NORMATIVA DA COERÊNCIA E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE .....</b>	<b>156</b>
--	------------

<b>6.1 O artigo 926 do Código de Processo Civil e a positivação da coerência no ordenamento jurídico brasileiro.....</b>	<b>156</b>
--	------------

<b>6.2 A coerência como um postulado hermenêutico.....</b>	<b>157</b>
--	------------

<b>6.3 Orientação às Cortes de Justiça e dever às Cortes de precedentes.....</b>	<b>161</b>
<b>6.4 Os embargos de divergência como instrumento de controle de decisões das Cortes supremas que violem a coerência.....</b>	<b>165</b>
<b>6.5 O recurso especial e o recurso extraordinário como instrumentos de controle contra a violação da coerência pelas Cortes de Justiça .....</b>	<b>170</b>
<b>6.6 O dever de controle de ofício .....</b>	<b>172</b>
<b>CONCLUSÕES E TESES .....</b>	<b>174</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>186</b>

## INTRODUÇÃO

### 1 Justificativa e objeto do trabalho

A tese ora apresentada é destinada a oferecer diretrizes para a tomada de decisões judiciais. Mais precisamente, objetiva apresentar parâmetros coerentes para a formação de precedentes. Por isso, é uma pesquisa dirigida à análise da atuação das Cortes responsáveis pela criação de precedentes no Brasil. Trata-se, portanto, de um trabalho voltado à prática.

Para eliminar conflitos, o Poder Judiciário deve, antes de tudo, definir o Direito aplicável ao caso. Precisa, para isso, interpretar elementos textuais (leis, decretos, precedentes, regulamentos, etc.) e extratextuais (fatos, atos, costumes, etc.)<sup>1</sup>. Todavia a pergunta que precisa ser feita é a seguinte: interpretar significa atividade de mera identificação de um significado normativo preexistente? Isto é, o Poder Judiciário, ao decidir casos, apenas “descortina” normas jurídicas que já existem? O Direito já estaria, assim, definido antes do julgamento, bastando ao aplicador revelá-lo?

Sendo positivas as respostas, a tarefa do intérprete se aproxima à de um garimpeiro. As normas, nessa perspectiva, já estariam acabadas e previamente fornecidas pelo ordenamento jurídico, cabendo a quem tem a atribuição institucional de interpretar o Direito, simplesmente, encontrá-las e revelá-las, exatamente como ocorre nos campos de garimpo, em que ao garimpeiro incumbe a tarefa de procurar a pepita de ouro previamente fornecida pela natureza. Ato de descoberta, não de criação ou reconstrução. O Direito se assemelharia, assim, às artes autográficas, como a pintura, em que a obra é concluída exclusivamente pelo artista, no caso do Direito, pelo autor do documento normativo<sup>2</sup>. A mediação do intérprete para a outorga do sentido final à norma, nesse caso, seria de somenos importância. Ainda nesse contexto, o juiz, ao aplicar o Direito, se aproximaria de mera “máquina

---

<sup>1</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 29, p. 181-204, 2013.

<sup>2</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30-31.

silogística”, limitado a comparar o conceito do fato e o conceito dado previamente pela norma<sup>3</sup>.

Ao longo do século XX, principalmente a partir da obra *Teoria Pura do Direito*, publicada, em 1934, por Hans Kelsen, a ideia de que a interpretação jurídica seria uma atividade meramente declaratória do direito previamente existente sofre um importante impacto<sup>4</sup>. Ao escrever o capítulo dedicado à interpretação (último do livro), referiu o jurista austríaco que “na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar, combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva<sup>5</sup>. Ganha força, assim, a concepção de que interpretar envolve *escolha*. E realmente, se existem alternativas para o aplicador do Direito, não há mais falar em *descobrir*, mas, sim, em *escolher*. A atividade do intérprete deixa, nessa nova perspectiva, de lembrar a de um garimpeiro para se tornar semelhante à de um escultor. O poder de escolha revela, portanto, atividade de criação ou de reconstrução<sup>6</sup>, assim como o artista que, ao receber a pedra bruta, *escolhe* o formato da obra de arte a ser por ele criada. O Direito, visto desse modo, deixa de fazer parte das artes autográficas, em que a figura do intérprete é secundária, para integrar o ramo das artes alográficas, como o teatro e a música, em que a interpretação é indispensável à compreensão da obra<sup>7</sup>. Nessa senda, a aplicação do Direito assume contornos lógico-argumentativos, e não meramente silogísticos.

Essas observações iniciais sintetizam a importante evolução por que passou a teoria da interpretação jurídica a partir de meados do século passado. Não se trata de desenvolvimento peculiar relacionado a um ordenamento jurídico específico, ou,

---

<sup>3</sup> A expressão “máquina silogística” é utilizada, de forma crítica, por Galeno Lacerda, já em meados da década de 50 do século passado, ao escrever a primeira edição do livro *Despacho Saneador*, que está sendo citado, no presente trabalho. (LACERDA, Galeno (1922–2012). *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 117-118).

<sup>4</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 59.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans (1881-1973). *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 394.

<sup>6</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

<sup>7</sup> GRAU, 2006, p. 30-31.

ainda, à família romano-germânica ou ao *common law*, de modo que a evolução é transordenamental<sup>8</sup>.

Corolário lógico de se conceber a interpretação como um ato de vontade e, portanto, não apenas de conhecimento de normas previamente identificadas em documentos normativos (leis, decretos, instruções, precedentes, etc.), é de que existe, então, uma distinção entre texto e norma<sup>9</sup>. A norma não está contida no texto, que é o verdadeiro objeto da interpretação, mas revela-se como o resultado da atividade interpretativa<sup>10</sup>.

Fixadas essas premissas, não é difícil vislumbrar uma verdadeira vocação de nosso tempo para a jurisdição<sup>11</sup>. O resultado final da interpretação de textos, empreendido pelo Poder Judiciário à luz da decisão de casos concretos, passa a ter contornos normativos. A norma produzida com base no processo judicial, normalmente individual e concreta<sup>12</sup>, por vezes transcende os limites do caso, servindo como parâmetro para a solução de novos julgamentos e, assim, ganhando dimensão geral (normaprecedente)<sup>13</sup>. Vale dizer: constata-se um protagonismo do Poder Judiciário na elaboração das fontes do Direito.

O presente trabalho terá como objeto os precedentes produzidos no universo da Justiça Comum<sup>14</sup>. As Cortes responsáveis pela elaboração desses precedentes,

---

<sup>8</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 59.

<sup>9</sup> TARELLO, Giovanni (1934-1987). *L'interpretazione della Legge*, Milano: Giuffrè, 1980.

<sup>10</sup> GRAU, op. cit., p. 30-31; GUASTINI, Ricardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1992, p. 20; e GUASTINI, Ricardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993, p.325; TARELLO, op. cit.; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 17; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1202; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 50.

<sup>11</sup> PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 2004.

<sup>12</sup> KELSEN, 2000, p. 264.

<sup>13</sup> "Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através de sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso sub judice, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, que dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos" (Ibid., p. 278)

<sup>14</sup> As expressões "Justiça Comum" e "Justiça Especial", consoante Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, são definidas de acordo com "a natureza das normas jurídico-substanciais com base nas quais os conflitos serão julgados", de modo que por "Justiça Comum" se considera a Justiça Estadual e a Justiça Federal; restando denominar "Justiça Especial" aquelas que tratam de "ramos do direito substancial especial", ou seja, Justiça do Trabalho, Justiça Militar e Justiça Eleitoral (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 82).

no Brasil, são, em regra, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup>.

Nesse contexto, é indispensável o estabelecimento de limites ao exercício do poder normativo judicial, evitando, com isso, decisões casuísticas e, desse modo, destituídas de impessoalidade e de racionalidade<sup>16</sup>.

Uma das maneiras de evitar o casuísmo é por meio da aceitação de que os precedentes devem ser considerados vinculantes (premissa adotada ao longo da presente tese), de modo que não apenas os julgamentos exarados pela jurisdição ordinária respeitem precedentes, mas também que as Cortes de vértice sigam seus próprios precedentes. Na medida em que se estabelecem precedentes vinculantes para o Poder Judiciário como um todo, e para as Cortes Supremas em especial, o espaço para arbitrariedades fica drasticamente reduzido, porquanto casos similares deverão, obrigatoriamente, ter a mesma solução.

Ocorre que, muitas vezes, não existe precedente a regular a situação que será decidida. Não há, nesses casos, como exigir julgamento igual ao do “passado”, simplesmente porque não há normaprecedente sobre o caso. Na ausência de normaprecedente, o papel das Cortes Supremas é de julgar o novo caso, dando azo ao surgimento de um novo precedente. Nessa situação, duas são as possíveis posturas das Cortes: a) diante da ausência de precedente sobre o tema, as Cortes Supremas podem criar o novo precedente ignorando o sistema de precedentes existente na época da decisão (os julgamentos anteriores); ou b) mesmo inexistindo precedente sobre o tema, as Cortes Supremas constroem o novo precedente relacionando a nova norma com as demais normas já existentes (precedentes).

A tese a ser defendida no presente trabalho é a de que o sistema de precedentes deve conduzir determinadas escolhas no momento da formação de um novo precedente (no instante em que se cria a normaprecedente), mesmo não havendo precedente específico sobre a matéria a ser decidida. O novo julgamento

---

<sup>15</sup> No presente trabalho será sustentado que as Cortes de Justiça – Tribunais estaduais e regionais Federais, quando decidem litígios que envolvem exclusivamente a definição do sentido do “direito local”, atuam como se Cortes Supremas fossem.

<sup>16</sup> Há uma nítida conexão entre a incapacidade de conviver com a impessoalidade – e, assim, com a generalidade da lei – e a irracionalidade da distribuição da justiça. Tudo que possa comprometer a uniformidade no trato dos casos é bem-vindo por aqueles que têm interesse na prevalência das relações pessoais. Bem vistas as coisas, a máxima de que “casos similares devem ser tratados da mesma forma” é insuportável àqueles que se acham no direito de ter as suas reivindicações tratadas de forma particular. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a, p. 103).

deve, portanto, se relacionar com o sistema de precedentes até então existente, mesmo que seja inviável uma relação de mera subordinação (decorrência do postulado da hierarquia). E o *meio* pelo qual se estabelece o *modo* que esse relacionamento deve acontecer foi escolhido pelo legislador. Trata-se da *coerência*, prevista, expressamente, no *caput* do artigo 926 do novo Código de Processo Civil<sup>17</sup>.

Assim, o objeto central do trabalho – justificado inteiramente diante da novidade legislativa e da ausência, na doutrina brasileira, de construções teóricas que especifiquem claramente quais são os deveres impostos aos tribunais brasileiros em face da coerência – é exatamente descrever esses deveres, com a proposição de instrumentos institucionais de controle da atividade das Cortes. Vale dizer: a *tese* busca explicitar quais os limites impostos pela coerência no momento da formação de um precedente judicial, isto é, no instante em que a norma está sendo formada.

O trabalho (não) tem, assim, a pretensão de trazer argumentos novos que sustentem a conclusão de que os precedentes devem obrigatoriamente ser seguidos no Brasil. Sobre tema, já há doutrina de escol em nosso país<sup>18</sup>, de modo que os principais argumentos existentes serão simplesmente expostos no capítulo 1.4 do trabalho.

O problema do respeito obrigatório a precedentes pressupõe que exista normaprecedente a ser seguida. Envolve uma questão concernente ao caráter normativo do precedente. Essa premissa é adotada no trabalho, mas não constitui objeto da tese a ser defendida. A tese volta-se para um momento pré-normativo, em que uma nova matéria jurídica está sendo decidida e, portanto, um novo precedente está em fase de formação.

As seguintes perguntas deverão ser respondidas: a) que deveres instrumentais, decorrentes da coerência, têm as Cortes de precedentes brasileiras? b) o que se espera das Cortes para o cumprimento desses deveres? c) na realização de qual atividade (em que momento) esses deveres devem ser observados? d) caso não sejam observados, quais as consequências jurídicas? e)

---

<sup>17</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

<sup>18</sup> Na doutrina nacional, os argumentos que levam à conclusão de que os precedentes devem ser considerados obrigatórios são expostos, de forma pioneira, por Luiz Guilherme Marinoni. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b). Em 2016, Daniel Mitidiero publica *Precedentes. Da persuasão à vinculação*, trazendo novos elementos a justificarem o caráter vinculante que os precedentes devem assumir no Brasil. (MITIDIERO, 2016).



na hipótese de serem cumprida, apenas a lei será atendida ou princípios constitucionais são simultaneamente promovidos?

As respostas passarão pela adoção de concepções doutrinárias sobre coerência no Direito, em especial pela adoção de critérios de coerência considerados indispensáveis para a outorga de racionalidade às decisões judiciais<sup>19</sup>.

## 2 Método

O trabalho será desenvolvido sob uma perspectiva jurídico-dogmática e obedecendo ao método analítico-funcional.

A perspectiva é jurídico-dogmática, porque a coerência será analisada à luz do ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente, através do prisma do sistema brasileiro de precedentes judiciais. O objetivo primordial da pesquisa será de propor o conteúdo de norma extraída do Direito positivo nacional, o que, sem dúvida, se enquadra nas atribuições das ciências jurídicas dogmáticas<sup>20</sup>. Pretende-se estabelecer o que significa *coerência* no âmbito de um sistema de precedentes e quais são os deveres das Cortes de Vértice brasileiras em face dela. Com base nessa afirmação, é importante esclarecer que não constitui objetivo da pesquisa fazer uma incursão sobre a evolução histórica do conceito de coerência no direito (perspectiva histórica). Muito menos se pretende realizar um estudo comparado sobre a utilização da coerência nos ordenamentos jurídicos de outros países (perspectiva comparatista).

A pesquisa adota o método analítico-funcional por ser construída da decomposição dos deveres decorrentes da coerência, analisando, de maneira separada, suas especificidades. Além disso, pretende-se expor o suporte fático necessário e suficiente para sua incidência. O caráter funcional existe, porque esses deveres têm o Poder Judiciário como destinatário, de modo que influenciam diretamente no conteúdo das decisões judiciais. Busca-se, em síntese, uma aplicação prática das ideias defendidas no trabalho.

Para a sustentação da tese, seguir-se-á um plano de trabalho. Na primeira parte do plano, o objetivo será de construir conceitos fundamentais para a pesquisa;

---

<sup>19</sup> PECZENIK, Aleksander (1937-2005). *On law and reason*. 2. ed. Dordrecht: Springer, 2008, p. 131-145.

<sup>20</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*, essa desconhecida. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016b, p. 65.

na segunda parte, serão apresentados a função, o conteúdo e a eficácia normativa da coerência na construção de um sistema de precedentes judiciais.

### 3 Plano do trabalho

O que é um precedente judicial? Essa a primeira pergunta a que o trabalho pretende responder (parte I, capítulo 1). Para a construção do conceito, de todo fundamental para o desenvolvimento do restante das ideias a serem desenvolvidas, é utilizada uma ferramenta de definição fornecida pela filosofia, especificamente por Aristóteles. A técnica consiste em tentar explicar um dado instituto valendo-se de quatro causas: material, formal, final e eficiente<sup>21</sup>. Será proposto, assim, conceituar o precedente judicial com base na identificação de sua essência (causa material); do modo como pode ser identificado ou visualizado (causa formal); de como o precedente é construído e por quem (causa eficiente); e, por último, buscando seu papel no ordenamento jurídico nacional (causa final).

Estabelecida a definição de precedente judicial, cumpre avançar com base em um truísmo. A produção de precedentes pelas Cortes competentes é absolutamente contínua. O Poder Judiciário cria precedentes sem cessar, haja vista o infindável número de litígios que são dirigidos diariamente à heterocomposição estatal. Nessa senda, os precedentes judiciais, quando observados em conjunto, configuram um sistema jurídico.

No capítulo 2 da primeira parte o objetivo será de justificar exatamente por que o conjunto dos precedentes produzidos pelas Cortes de Vértice brasileiras apresenta, ou, no mínimo, deve apresentar característica sistêmica. Pretende-se responder, ainda, quais são os elementos do sistema de precedentes do Direito brasileiro. A distinção entre jurisprudência vinculante, súmula, súmula vinculante e precedente será fundamental nesse momento da exposição, pois justificativas precisam existir para que se inclua ou não determinado elemento no sistema apresentado<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2006, p. 130.

<sup>22</sup> Para a definição e diferenciação de tais categorias jurídicas, será utilizada, primordialmente, a obra de MITIDIERO, 2016.

Ainda no capítulo 2, será demonstrado que os sistemas normativos em geral, e o sistema de precedentes em especial, devem apresentar *ordem e unidade*<sup>23</sup>. Será defendido que conceber os precedentes como obrigatórios constitui condição necessária para a outorga de *ordem*. Definida a norma jurídica constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a norma federal pelo Superior Tribunal de Justiça, ou, ainda, o conteúdo do Direito local pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais estaduais, não se pode deixar de seguir tais precedentes<sup>24</sup>. Ocorre que obedecer a precedentes (postulado da hierarquia) não é condição suficiente para a promoção da *unidade* do sistema. Entra em cena, nesse contexto, o postulado da coerência.

No capítulo 3 da parte I, a ideia de coerência será desenvolvida.

Como subsídio teórico preliminar e indispensável para o enfrentamento do tema será expostas concepções de teóricos que, de maneira frontal, enfrentaram a coerência no Direito, dentre eles, Norberto Bobbio<sup>25</sup>, Ronald Dworkin<sup>26</sup>, Aleksander Peczenik<sup>27</sup>, Humberto Ávila<sup>28</sup>, Neil Maccormick<sup>29</sup> e Robert Alexy<sup>30</sup>.

Importante enfatizar que, na vigência do Estado Legislativo<sup>31</sup>, quando se concebia, com base na total identificação entre texto e norma, uma produção normativa inteiramente realizada pelo Poder Legislativo, já havia uma preocupação com a coerência do sistema jurídico<sup>32</sup>. Vale dizer: as normas (então identificadas

<sup>23</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução e Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 12.

<sup>24</sup> “Se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas. Ao menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal, o que eliminaria qualquer possibilidade de se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria sem qualquer razão de ser as normas constitucionais que consagram as funções jurisdicionais de uniformização de interpretação da lei federal e de atribuição de sentido à Constituição, além de, obviamente, violar a ideia imprescindível de igualdade perante a jurisdição” (MARINONI, 2016, p. 114).

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto (1909-2004). *Teoria dell' ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli, 1960.

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald (1931-2013). *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

<sup>27</sup> PECZENIK, 2008.

<sup>28</sup> ÁVILA, 2014.

<sup>29</sup> MACCORMICK, Neil (1941-2009). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003; e MACCORMICK, Neil. *Rethoric and rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence and its significance for discursive rationality. *Ratio Juris*, v. 3, p. 130-147, 1990.

<sup>31</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2008, V.1, p.8.

<sup>32</sup> BOBBIO, op. cit., p. 69-124.

com os textos) deveriam ser editadas de maneira coerente<sup>33</sup>, o que significava, no mais das vezes, que o sistema deveria estar livre de antinomias<sup>34</sup>, ou, no mínimo, que se contradições houvesse, o próprio sistema deveria fornecer soluções para eliminá-las. Daí o surgimento de regras de coerência, tais como, “de que lei posterior revoga a anterior; de que lei de superior hierarquia deve revogar lei inferior”; ou, ainda, de que “lei especial revoga lei geral”<sup>35</sup>.

No Estado Constitucional<sup>36</sup>, em que há uma diversidade de normas estruturadas sob a forma de princípios, regras e postulados, no qual se constata, muitas vezes, a técnica legislativa aberta (conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais), e, ainda, a distinção entre texto e norma, a preocupação com a coerência deve ser ainda maior<sup>37</sup>. Isso porque, com o fortalecimento da atividade jurisdicional, e, por conseguinte, com o caráter normativo atribuído aos precedentes, a coerência passa a atuar, também, sobre os sistemas de precedentes<sup>38</sup>. Esses, como inequívocas fontes do Direito<sup>39</sup>, precisam apresentar coerência, sob pena de desrespeito à unidade e, portanto, aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade. Isso não significa que deixou de importar a coerência na elaboração dos textos legislativos. O legislador continua com esse compromisso, sem dúvida. No entanto, é imperioso reconhecer que o Direito não é construído apenas pelas prescrições legislativas, devendo ser coerentemente desenvolvido pelo Poder Judiciário<sup>40</sup>.

A parte II do trabalho aborda a aplicação da coerência ao sistema de precedentes brasileiro.

No capítulo 4, a intenção será fixar algumas premissas rigorosamente básicas e indispensáveis para que a coerência possa ser aplicada. Em outras palavras: as

---

<sup>33</sup> PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes. p. 29-68.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 82-124.

<sup>35</sup> BOBBIO, 1960, p. 69-124.

<sup>36</sup> Sobre o contexto de surgimento do Estado Constitucional, vide ZAGREBELSKI, Gustavo. *Il diritto mite: lege, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992. Na doutrina brasileira estudo muito completo foi realizado por MACEDO, Elaine Harzehein. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 101-170.

<sup>37</sup> MITIDIERO, 2015, p. 15-18.

<sup>38</sup> “A coerência entre as decisões judiciais não só é fundamental à afirmação, à autoridade e à credibilidade do Poder Judiciário, como é imprescindível ao Estado de Direito”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 168).

<sup>39</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 23.

<sup>40</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 561.

premissas teóricas sem as quais nem ao menos faria sentido evocar a coerência em um sistema de precedentes judiciais.

Será demonstrado, primeiramente, que a adoção de uma teoria cética da interpretação jurídica é uma das condições necessárias<sup>41</sup>. Assim, é preciso refutar o formalismo interpretativo para reforçar a afirmação de que interpretar não significa meramente identificar um significado previamente existente, mas, sim, escolher um dos sentidos possíveis a serem atribuídos à disposição normativa (decidir). Só se pode exigir coerência de quem faz escolhas<sup>42</sup>. Se interpretar fosse simplesmente descobrir um significado previamente existente, a única exigência cabível é de que o intérprete acerte na descrição da norma supostamente contida e identificada com o enunciado normativo objeto de interpretação<sup>43</sup>.

A norma será tratada, assim, não como objeto, mas, sim, como o resultado da atividade de interpretação, o que evidencia a importância de a atividade interpretativa, externada por meio da justificação da decisão<sup>44</sup>, ser controlada. Sem controle na construção da norma, o Poder Judiciário tem uma liberdade indesejável, com a permissão de ingresso do arbítrio no sistema jurídico de precedentes, o que não se coaduna com um Estado Constitucional<sup>45</sup>. A manipulação dos textos pelos tribunais, com a construção de possibilidades interpretativas inusitadas ou demasiadamente casuísticas ou “criativas”, é um mal que precisa ser evitado. Assim, a constatação de que os tribunais constroem normas deve, necessariamente, vir atrelada a deveres que limitem o exercício desse poder.

Ainda no capítulo 4, será sustentado que a interpretação judicial retrata uma atividade racional que, portanto, deve revelar um resultado também dotado de racionalidade. Nesse contexto, serão expostas as ideias de *interpretação atividade* e de *interpretação resultado*, bem como de *justificação interna* e *justificação externa*.

---

<sup>41</sup> Para uma exposição acerca das teorias da interpretação jurídica, em especial da teoria cética, com suas variantes, “moderada” e “radical”, vide GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè, 2011, p. 412-415.

<sup>42</sup> VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Interpretação do direito tributário: entre a coerência e a consistência*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 28.

<sup>43</sup> GUASTINI, 2011, p. 413.

<sup>44</sup> Sobre justificação da decisão judicial, vide WROBLEWSKI, Jerzy. *The judicial application of law*. Dordrecht: Kluwer, 1992; AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: Kluwer, 1987; e ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>45</sup> CANOTILHO, 2003, p. 92-93.

Todas as instâncias jurisdicionais devem decidir de forma racional. O meio de controlar a racionalidade se dá pela análise da motivação da decisão, que, no presente trabalho, será tratada como um discurso justificativo, bem como pela verificação do resultado da interpretação, que deve ser universalizável e coerente<sup>46</sup>.

A exigência de racionalidade é ainda maior, quando se está diante da tutela dos direitos em dimensão geral<sup>47</sup>. Isso porque a reiterada edição de precedentes acaba por dar origem a um sistema normativo. É preciso, nessa dimensão, ver a decisão judicial como fruto do próprio sistema judicial, e não como atividade isolada atribuída a um juiz<sup>48</sup>.

No capítulo 5, será demonstrada, primeiramente, a situação concreta em que a coerência deve atuar. Trata-se de delinear o suporte fático necessário e suficiente para que os deveres decorrentes da coerência sejam observados. Será defendido que é a inexistência de precedente anterior sobre o tema que impõe a observância da coerência como um elemento indissociável da racionalidade na construção do novo precedente<sup>49</sup>.

Dois serão, a partir daí, os objetivos específicos do capítulo 5.

O primeiro é de realizar uma exposição dos fins a serem alcançados da aplicação da coerência no sistema de precedentes judiciais. Pretende-se deixar claro que o respeito à coerência contribui para a promoção da unidade do Direito. A coerência promove, ainda, os estados ideais de coisas dos Princípios Constitucionais da Segurança Jurídica (calculabilidade) e da Isonomia.

Após a exposição teleológica, o segundo objetivo é de descrever quais são, afinal, os deveres instrumentais que decorrem da coerência. O que significa expor quais os limites a serem observados pelas Cortes no momento formativo do precedente. Cumpre responder: de que modo a coerência atua na justificação externa da decisão que produzirá o novo precedente?

No último capítulo será enfatizada a eficácia normativa da coerência.

---

<sup>46</sup> MITIDIERO, 2016. p. 68-73.

<sup>47</sup> A distinção entre a tutela dos direitos em uma dimensão particular e em outra dimensão geral é elaborada, de forma seminal, por MITIDIERO, 2015, p. 28.

<sup>48</sup> “Vendo a decisão como fruto do sistema judicial e não como mera prestação atribuída a um juiz – singularmente considerado -, torna-se inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que a proferiu.” (MARINONI, 2016b, p. 112).

<sup>49</sup> A existência de um vínculo inexorável entre racionalidade e coerência é ressaltada por MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Coord.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Com base no novo Código de Processo Civil brasileiro, a coerência passou a estar expressamente prevista no ordenamento jurídico, especificamente no *caput* do artigo 926. Com isso, não há dúvidas de que referida disposição normativa introduziu uma nova norma no sistema, de modo que é preciso qualificá-la como princípio, regra, postulado normativo aplicativo ou, ainda, como um postulado hermenêutico.

Decorrência inexorável de sua eficácia normativa é de que o ordenamento jurídico necessita fornecer mecanismos de controle contra seu eventual descumprimento. A exposição de tais instrumentos será o objetivo da parte final do capítulo 6. Vale dizer: a coerência do sistema de precedentes não traduz mera recomendação para as Cortes de Vértice, mas, sim, uma imposição, de modo que seu eventual desrespeito deve contar com adequados meios de correção.

## PARTE I - PRECEDENTE JUDICIAL. SISTEMA DE PRECEDENTES. COERÊNCIA NO DIREITO. PERFIL CONCEITUAL

A primeira parte do trabalho pretende estabelecer algumas premissas conceituais indispensáveis para o desenvolvimento da tese ora apresentada. Assim, como primeira medida, o conceito de precedente deve ser fixado. Do mesmo modo, é indispensável observar os precedentes em conjunto, a fim de descrevê-los de forma sistemática. Por fim, é necessário expor o que se entende por coerência no Direito.

### 1 CONCEITO DE PRECEDENTE

Embora ainda existam diferenças entre os sistemas jurídicos das famílias romano-germânicas (*civil law*) e do *common law*, cumpre observar que a dicotomia está nitidamente enfraquecida<sup>50</sup>. Uma das principais distinções sempre apontadas pela doutrina dizia respeito ao tratamento dado aos precedentes<sup>51</sup>. Enquanto os países de *common law* buscaram resolver o problema da segurança jurídica por meio do respeito obrigatório aos precedentes (*stare decises*)<sup>52</sup>, os países legatários do *civil law* organizaram-se sob a crença de que a lei seria suficiente para garantir igualdade e segurança jurídica<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> “As considerações precedentes não visam a sustentar que haja desaparecido toda e qualquer diferença entre os sistemas processuais de *common law* e os de *civil law*: conclusão desse gênero seria evidentemente absurda, ante as numerosas e relevantes discrepâncias que ainda subsistem. O que se quer sugerir é que já não são aceitáveis os termos tradicionais em que por muito tempo se formulou a distinção entre os dois grupos de ordenamentos: a admitir-se que os dois modelos tenham possuído alguma aptidão descritiva, a realidade normativa – e ainda mais a da efetiva experiência – de ambos os sistemas já se afigura hoje profundamente modificada e parece destinada a profundas modificações ulteriores. À medida que se desfaz a aparente clareza dos dois modelos e da respectiva diferenciação, o panorama dos atuais ordenamentos processuais muda profundamente também por causa da emersão e da crescente importância de tendências que já não podem ser confinadas na estática classificação de cada um dos sistemas processuais como “*de common law*”, “*de civil law*” ou de “*misto*”. (TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 110, p. 152, 2003).

<sup>51</sup> Aleksander Peczenik: All students of comparative law know that historically common law (in the UK, USA and so on) is to a great extent based on precedents, whereas the Roman-Germanic (continental, civil) law has been mostly based on statutes. (PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 461).

<sup>52</sup> A expressão *Stare decises* é a forma abreviada da expressão *stare decisis et quieta non movere*, que significa manter o que foi decidido e não se disturbe a paz. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 15, p. 52).

<sup>53</sup> A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria ao *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que essa tradição



É ingênuo pensar, todavia, que a lei ou a Constituição sejam suficientes para esse propósito, tendo em vista a constatação de que o texto normativo precisa ser interpretado, de modo que o jurisdicionado, ao fim e ao cabo, seja atingido não diretamente pela lei, mas, sim, pelo resultado da interpretação judicial<sup>54</sup>. Pode-se dizer, com isso, que a igualdade perante os resultados interpretativos (normas produzidas pelo Poder Judiciário) é muito mais relevante para a promoção dos referidos princípios do que o mero tratamento isonômico previsto nos textos legislativos e constitucionais.

Referida conclusão é fácil de ser confirmada pelo simples acompanhamento do trabalho dos tribunais, porquanto, muitas vezes, demandas idênticas, amparadas nos mesmíssimos textos legislativos, têm resultados completamente diferentes. Isso ocorre exatamente por conta de interpretações diversas realizadas pelo Poder Judiciário. Essa constatação faz com que a observância obrigatória aos precedentes, mesmo nos sistemas legatários da família romano-germânica, passe a tomar corpo<sup>55</sup>, de modo que casos semelhantes tenham que ser resolvidos de maneira semelhante (*treat like cases alike*)<sup>56</sup>.

---

insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*. No *common law* fundamentou o *stare decises*, enquanto no *civil law* foi utilizada para negar a importância dos tribunais e de suas decisões”. (MARINONI, 2016b, p. 80.)

<sup>54</sup> “Se a norma constitui o resultado da interpretação, então não se pode mais supor que para dar unidade à ordem jurídica basta olhar para a constituição e para a legislação – como se esses documentos dotados de autoridade normativa não estivessem sujeitos à interpretação. Nessa perspectiva, imaginar que basta afirmar que todos têm direito à segurança, à igualdade e à liberdade tendo como referenciais exclusivos a constituição e a lei para que de fato exista uma sociedade segura, livre e igualitária é não só uma ingenuidade indesculpável, mas também uma silenciosa conspiração contra o Estado de Direito, na medida em que propositadamente fecha os olhos para o que todos os dias potencialmente ocorre – interpretações diferentes para os mesmos textos constitucionais e legais diante dos inúmeros casos concretos levados à apreciação da Justiça Civil.” (MITIDIERO, 2016, p. 74).

<sup>55</sup> “Cumprir destacar, antes de tudo, a grande importância que o emprego do precedente e da jurisprudência ocupa na vida do direito de todos os ordenamentos modernos. Pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos do *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo os de *civil law*. Por isso, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados sobre os precedentes, enquanto os segundos seriam fundados sobre a lei escrita, não tem mais – admitindo-se que realmente tenha tido no passado – qualquer valor descritivo. De um lado, na verdade, nos sistemas de *civil law* se faz amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de *common law* se faz amplo uso da lei escrita e inteiras áreas desses ordenamentos – do direito comercial ao direito processual – são, na realidade, ‘codificadas’.” (TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 199, 2011, p. 142).

<sup>56</sup> “A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca

O Brasil, como integrante da família romano-germânica, não foge a essa tendência, de modo que os precedentes assumem um papel decisivo no ordenamento jurídico brasileiro.

O protagonismo dos precedentes impõe, como medida preliminar e indispensável, a construção de um arcabouço conceitual apto a delinear suas principais características e definir os aspectos centrais para sua aplicação. Para isso, utilizar-se-á como ferramenta de exposição à teoria das “quatro causas”, de Aristóteles. Desse modo, se pretende demonstrar o que é um precedente em essência (sua natureza jurídica); como se exterioriza (de que modo é identificado); quem o formula e com base em que material (competência e material de elaboração); e, por fim, para que serve (sua função no ordenamento jurídico).<sup>57</sup>

### **1.1 Natureza Jurídica do Precedente: a que Categoria Jurídica Pertence?**

Primeira indagação que precisa ser respondida diz respeito ao que é o precedente em essência. Vale dizer: qual a causa material do precedente judicial.

#### *1.1.1 Precedente é Norma Jurídica*

Não se pode confundir texto e norma. Os textos (códigos, leis extravagantes, decretos, regulamentos, portarias, etc.) não retratam normas, mas, sim, disposições normativas<sup>58</sup>. Desse modo, a criação da norma não se dá, exclusivamente, por meio da atividade do Poder Legislativo ao editar leis, ou do Poder Executivo ao exarar decretos. A existência da norma depende, inexoravelmente, da atividade de interpretação. O intérprete é, assim, figura indispensável nesse processo de construção<sup>59</sup>. Norma é o resultado da interpretação<sup>60</sup>.

---

foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decises*, de que casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).” (MARINONI, 2016b, p. 80.)

<sup>57</sup> ARISTÓTELES, 2006, p. 130.

<sup>58</sup> GUASTINI, 2011, p. 63.

<sup>59</sup> “O texto, preceito, enunciado normativo é alográfico. Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete”. (GRAU, 2006, p. 82.)

<sup>60</sup> TARELLO, 1980, p. 9-10.

O precedente judicial tem, portanto, nítido caráter normativo<sup>61</sup>. Isso porque retrata a interpretação de elementos textuais e extratextuais do ordenamento jurídico<sup>62</sup>. Como produto genuíno de um processo institucional de interpretação<sup>63</sup>, o precedente passa a integrar o próprio ordenamento jurídico na condição de norma produzida pelas Cortes de Vértice do país.

A característica de norma atribuída ao precedente não é, desse modo, uma exclusividade do *common law*, mas, sim, de qualquer sistema jurídico que organize os tribunais de uma forma hierarquizada<sup>64</sup>. É intuitivo que, em qualquer instituição estatal, as decisões de cúpula sejam vistas como normas que precisam ser inexoravelmente respeitadas.

Indispensável observar, desde já, que o precedente é extraído de uma decisão judicial, mas com ela não se confunde. Como será adiante enfatizado, o precedente se caracteriza pela *ratio decidendi* extraível da decisão judicial, sendo esse o elemento a ser aplicado na solução de novos casos, além de orientar a conduta da sociedade civil. Daí mais um elemento integrante da essência do conceito de precedente (de sua causa material): o caráter transcendente<sup>65</sup>.

É evidente que toda a decisão judicial proferida em processos subjetivos produz uma norma individual e concreta<sup>66</sup>. Trata-se da norma que irá regular a relação entre as partes do processo. No entanto, ao mesmo tempo em que se constata a criação de uma norma individual, a *ratio decidendi* de *algumas* decisões

---

<sup>61</sup> TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 8.

<sup>62</sup> ÁVILA, 2013, p. 181-204.

<sup>63</sup> BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; WRÓBLEWSKI, Jerzy (1926-1990). *On Method and methodology*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). *Interpreting statutes: a comparative study*. Dartmouth: Ashgate, 1991, p. 9-27

<sup>64</sup> Sobre o caráter normativo dos precedentes das Cortes Supremas num sistema jurídico em que os tribunais estejam organizados de forma hierárquica e, ainda, apontando para a confusão e para os custos gerados em decorrência do desrespeito de tais normas, vide a seguinte lição de Neil McCormick: In a hierarchical system of Courts, only confusion and expense is caused by lower courts declining to follow precedents set by higher courts; so, standardlly, the latter's decisions are binding on the former. (MACCORMICK, 2003, p. 227).

<sup>65</sup> "O valor transcendental é o fator diferencial. Muitas decisões proferidas não transcendem a sua relevância além dos limites do caso concreto, razão pela qual não servem de guia/paradigma para casos futuros. Nesse caso, são apenas decisões judiciais. Para se tornar um precedente, a decisão, que está vinculada ao caso historicamente concreto, tem a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados, tornando-se padrão normativo casuístico em decisões análogas futuras." (ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93.).

<sup>66</sup> KELSEN, 2000, p. 264.

proferidas assume, por vezes, transcendência, de modo a orientar o julgamento de novos casos<sup>67</sup>.

O precedente é, portanto, norma geral construída de caso concreto<sup>68</sup>. Nessa condição, a *norma precedente* é fonte do direito.

Cumpra, a seguir, enquadrá-la como fonte formal ou substancial do direito.

### 1.1.2 *Norma precedente como Fonte Formal do Direito*

No âmbito da Teoria Geral do Direito, é bastante frequente a abordagem do tema “fontes do direito”. Tercio Sampaio Ferraz Jr., baseado na dicotomia exposta por François Geny no início do século XX, diferencia as fontes do direito em *substanciais* e *formais*. As primeiras seriam compostas por elementos materiais, históricos, racionais e ideais que, mesmo não sendo prescrições, contribuem para a formação do direito. Já as *fontes formais* corresponderiam a uma elaboração técnica das *fontes substanciais*, que se expressariam por meio de instrumentos normativos<sup>69</sup>.

O precedente judicial é, indiscutivelmente, uma elaboração técnica produzida pelo Poder Judiciário com base na solução de um caso concreto. É, pois, *fonte formal* do Direito<sup>70</sup>. Isso porque ao lado das leis, dos decretos, dos regulamentos, e de outras disposições normativas engendradas pelo Poder Legislativo e pelo Poder

---

<sup>67</sup> “Podemos, por conseguinte, considerar as decisões judiciais como “normas” de caráter especialmente concreto e os precedentes como uma das espécies de ‘fontes’ dessas normas.” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 294.)

<sup>68</sup> “É preciso perceber: precedentes são normas gerais e concretas; leis são normas gerais e abstratas.” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formamente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 368.

<sup>69</sup> “De um lado temos, assim, as fontes substanciais, que são dados, como é o caso dos elementos materiais (biológicos, psicológicos, fisiológicos) que não são prescrições, mas que contribuem para a formação do direito, dos elementos históricos (representados pela conduta humana no tempo, ao produzir certas habitualidades que vão, aos poucos, sedimentando-se), ou dos elementos racionais (representados pela elaboração da razão humana sobre a própria experiência da vida, formulando princípios universais para a melhor correlação entre meios e fins) e dos elementos ideais (representados pelas diferentes aspirações do ser humano, formuláveis em postulados valorativos dos seus interesses). De outro lado, fala ele em fontes formais, correspondendo ao construído, significando a elaboração técnica do material (fontes substanciais) por meio de formas solenes que se expressam em leis, normas consuetudinárias, decretos regulamentadores, etc.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 223).

<sup>70</sup> ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 175-178;

Executivo, os precedentes também são construídos pelo Estado, tendo nítido caráter institucional e escopo diretivo, fazendo parte do ordenamento jurídico nacional<sup>71</sup>.

A singularidade dos precedentes em relação às demais disposições normativas está em que são fontes formais de segundo grau<sup>72</sup>, pois retratam o resultado de uma interpretação de disposições normativas anteriores.

Importante destacar, ainda, que o precedente forma-se independentemente do trânsito em julgado da decisão judicial na qual está contido. Vale dizer, com a publicação da decisão no órgão oficial, já podem orientar a conduta social e a solução de novos casos judiciais<sup>73</sup>. O caráter contingente assumido por uma decisão sujeita a recurso não lhe retira a oficialidade e, sobretudo, a autoridade. Decisão divulgada no órgão oficial é pública e dotada de presunção de correção, mormente porque o recurso eventualmente contra ela manejado pode tardar anos até ser julgado, não sendo razoável que, durante o período de espera, a conduta social e o julgamento de novos casos fiquem despidos de referência.

## 1.2 Exteriorização do Precedente: como pode ser Identificado?

Definido que o precedente judicial é norma jurídica extraível de decisões judiciais, com a aptidão de orientar a conduta social e a solução de novos litígios, e por isso integrante do rol das fontes formais do Direito, cumpre delinear sua forma, ou seja, o modo pelo qual se exterioriza.

---

<sup>71</sup> “O *ius praetorium* está, assim, inserido no ordenamento jurídico brasileiro, ao lado das leis, justificando o caráter vinculante de sua jurisprudência, previsto agora também pelo Código de Processo Civil (ver capítulo VIII)” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 89); No mesmo sentido, VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 245.

<sup>72</sup> TARELLO, 1980, p. 10.

<sup>73</sup> “O entendimento conservador aponta que os efeitos dos precedentes dependem do seu trânsito em julgado, momento em que os terceiros estão autorizados a confiar na orientação estabelecida. No entanto, é inegável que o precedente, uma vez publicado, ilustra uma norma geral concreta, cujos efeitos começam a ser produzidos desde já, pois tudo leva a crer que a norma judicial passará a ser observada em casos similares. O fato de se formar ou não um contexto de expectativa legítima é um exame compreensivo de diversos elementos, não se podendo exigir, como pressuposto indispensável, a ocorrência do trânsito em julgado, que tem apenas o condão de consolidar expectativa, mas não constituir-la.” (ROSITO, 2012, p. 115.); No mesmo sentido MITIDIERO, 2016, p. 142.

### 1.2.1 A Decisão Judicial e a *Ratio Decidendi*

O precedente não se confunde com a decisão judicial, estando nela contido<sup>74</sup>.

É equivocado pensar, de forma simplista, que uma decisão proferida no passado deve orientar o julgamento de novos casos. Não é a decisão que precisa ser seguida, mas sim a *ratio decidendi* dela extraída. Impõe-se, desse modo, delinear a sua forma. Em outras palavras: definir exatamente o que, no bojo de uma decisão judicial pretérita, representa o precedente. Confundir-se-ia o precedente com o relatório do acórdão? Seria a fundamentação da decisão? Ou as conclusões contidas no dispositivo?

Respondendo às perguntas propostas, é preciso afirmar, preliminarmente, que a *ratio decidendi* deve ser deduzida da íntegra do julgado. Vale dizer, é necessária uma análise integral da decisão para que seja devidamente delimitada, não bastando atentar isoladamente para o relatório, para a fundamentação ou para o dispositivo<sup>75</sup>.

Há dezenas de métodos elaborados para a identificação da *ratio decidendi*<sup>76</sup>, em sua maioria originários do *common law*<sup>77</sup>. Isso se explica pelo fato de não existir, historicamente, nos sistemas jurídicos de *civil law*, uma tradição de solucionar casos com base em decisões judiciais pretéritas, mas, sim, por meio da lei e da doutrina<sup>78</sup>. A crença enraizada nos sistemas da família romano-germânica sempre foi de que bastaria aos juízes conhecerem a lei. Conhecendo a lei, conheceriam o Direito, sendo pouco relevante, por isso, esforços dirigidos à identificação da *ratio decidendi* de casos anteriormente julgados.

<sup>74</sup> Sobre a necessidade de estabelecer uma diferença entre a decisão judicial e sua *ratio decidendi*, vide a lição de Rupert Cross: According to de preliminary statement of de English rules of precedent contained in the last chapter, every court is bound to follow any case decided by a court above it in the hierarchy, and appellate courts (other than House of Lords) are bound by their previous decisions. This statement is too concise because it does not indicate that the only part of a previous case which is binding is the ratio decidendi (reason for deciding). (CROSS, Rupert (1912-1980). *Precedent in english law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 1977, p. 38).

<sup>75</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodvum, 2016, v. 2, p. 461.

<sup>76</sup> MACEDO, Lucas Buril. Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. 2.ed. Salvador: JusPodvum, 2016, p. 215-238, p. 219.

<sup>77</sup> Sobre uma exposição detalhada dos métodos de identificação da *ratio decidendi* no *commom law*, vide BUSTAMANTE, 2012, p. 259-282; Muito completa também é a explanação de MARINONI, 2016b, p. 162-167. Digna de nota é, ainda, a abordagem realizada por MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 182-200.

<sup>78</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas jurídicos contemporâneos*. Tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 116.

Ocorre que, com a quebra do paradigma que identifica norma e texto<sup>79</sup>, bem como da crescente aceitação de que os precedentes devem ter caráter obrigatório também nos sistemas originários da família romano-germânica<sup>80</sup>, a identificação da *ratio decidendi* passa a assumir papel de notável destaque.

Uma noção de *ratio decidendi* se inicia com a ideia de fundamentos para resolver questões; seriam as “razões” que justificam uma posição adotada; os motivos determinantes que apoiam o julgamento num determinado sentido; ou, ainda, a “razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante no caso”<sup>81</sup>.

Entre os métodos existentes para o delineamento da *ratio decidendi*, o presente trabalho adotará como referência, a exemplo de grande parte da doutrina brasileira<sup>82</sup>, aquele desenvolvido, no âmbito do *common law*, por Rupert Cross<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> Esse tema será abordado no capítulo 4 do presente trabalho, com a exposição das Teorias Céticas da Interpretação Jurídica.

<sup>80</sup> A exposição dos motivos que levam à conclusão de que os precedentes devem ser vinculantes no sistema jurídico brasileiro serão expostos no capítulo 1.4.

<sup>81</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 206, abr. 2012, p. 72.

<sup>82</sup> Dentre outros autores nacionais que constroem o conceito de *ratio decidendi* partindo da concepção de Rupert Cross, vide: Luiz Guilherme Marinoni: “A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considera-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso.” (MARINONI, 2016b, p. 161). Francisco Rosito: “Por conseguinte, a *ratio decidendi* é a resolução específica sobre determinada matéria decidida no tribunal, na qual estão contidos três elementos: a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgment*). Em outras palavras, constitui-se na razão jurídica ou nos fundamentos determinantes da decisão, o que não representa um preceito abstrato, senão uma regra ou princípio jurídico ditado pela controvérsia concreta.” (ROSITO, 2012, p. 107). Thomas da Rosa Bustamante cria uma variante, com base na noção de normas adscritas: “É nas normas adscritas, encontradas na fundamentação que o juiz da a sua decisão, que se devem buscar as regras que podem servir como paradigmas para resolver casos futuros. Cada uma das normas adscritas (adiacionadas) é uma *ratio decidendi* do caso paradigma.” (BUSTAMANTE, 2012, p. 271). Lenio Streck e Georges Abboud assim definem *ratio decidendi*: “Em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixa de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou.” (STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: de acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1198). José Miguel Garcia Medina: “Argumentos principais sem os quais a decisão não teria o mesmo resultado, ou seja, os argumentos que podem ser considerados imprescindíveis.” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1137). Daniel Mitidiero: “Constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pela Corte Suprema. É fruto, portanto, de uma universalização que deve ser empreendida pelo intérprete.” (MITIDIERO, 2015, p. 77).

Segundo o jurista inglês, “the ratio decidendi of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by a judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to de jury”<sup>84</sup>. Trata-se de concepção que enfatiza a “regra jurídica” expressa ou implícita, construída para a solução do caso<sup>85</sup>. É importante enfatizar que “regra jurídica” não se confunde com as disposições normativas utilizadas pelo tribunal para a resolução do caso, mas, sim, com o sentido a elas atribuído pela Corte de precedentes<sup>86</sup>.

A *ratio decidendi* pode, desse modo, ser identificada como uma *tese jurídica*, extraída da decisão judicial, indispensável para amparar a solução dada ao caso julgado e, ainda, apta a ganhar dimensão geral para orientar o julgamento de novos casos (universalização)<sup>87</sup>. Vale dizer: a *ratio decidendi* caracteriza-se pelas premissas fundamentais de direito (teses jurídicas) que embasam a conclusão do julgamento. Essa é a *forma* da normaprecedente (causa formal).

Há, todavia, quatro importantes diferenças entre a normaprecedente e a lei em sentido *lato* (códigos, decretos, regulamentos, portarias, etc). Primeira: enquanto o precedente se origina do julgamento de um caso concreto, a legislação surge no plano abstrato, da intenção do legislador de modificar ou regulamentar a conduta social ou institucional. Segunda: a legislação é criada pelo legislador, primordialmente, da apreensão das fontes substanciais do Direito, enquanto a criação do precedente se dá, em regra, por meio da interpretação das *fontes formais* já existentes (daí sua caracterização como norma de segundo grau). Terceira: a normaprecedente deve apresentar fundamentação; a legislação, não. Quarta: o discurso encontrado no precedente é, imediatamente, destinado à solução do caso; já o texto legal se volta, imediatamente, para a disciplina das condutas sociais em geral. Talvez essa seja uma das grandes dificuldades de se aplicarem precedentes,

---

<sup>83</sup> Segundo Neil Maccormick, Rupert Cross seria a maior autoridade inglesa sobre precedentes judiciais no Direito inglês (MACCORMICK, 2003, p. 215).

<sup>84</sup> CROSS, 1977, p. 76.

<sup>85</sup> Em sentido diverso, no *common law*, Arthur L. Goodhart caracteriza o precedente com base nos fatos materiais considerados pela Corte, e não preponderantemente pela tese jurídica construída. (GOODHART, Arthur L (1891-1978). Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, p. 161-183, Dec. 1930).

<sup>86</sup> Nesse sentido, DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 77-78 e MACCORMICK, 2003, p. 215.

<sup>87</sup> “Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelham àquela em que foi originariamente construída” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 456).



pois, diante de sua estrutura textual voltada primordialmente para o caso concreto, antes de sua aplicação há a necessidade de sua identificação precisa, o que exige um esforço adicional do intérprete<sup>88</sup>.

Assim, apenas com o delineamento preciso da *ratio decidendi* torna-se possível desenvolver uma argumentação adequada no sentido de justificar ou não sua aplicação a novos casos. A justificativa para aplicar precedentes deve ser desenvolvida por meio de um raciocínio diferente daquele utilizado para justificar, por exemplo, a aplicação de regras ou princípios. A justificativa de aplicação por meio da subsunção – método típico utilizado das regras – não é adequada<sup>89</sup>. Tampouco parece próprio tentar extrair um estado de coisas ideal da *normaprecedente*, a fim de aproximar sua justificativa de aplicação a de normas-princípio<sup>90</sup>.

A aplicação de precedentes deve ser feita por meio de um argumento por analogia capaz de demonstrar a adequada utilização da *ratio decidendi* para regular um novo caso<sup>91</sup>. A comparação entre os fatos relevantes da situação já julgada e os que integram o novo caso é imprescindível<sup>92</sup>. Se diferenças relevantes houver, a aplicação não deve acontecer. É o que a doutrina do *common law* chama de *distinguishing*<sup>93</sup>.

<sup>88</sup> “No momento do julgamento, é necessário visualizar adequadamente a *ratio* dos precedentes anteriores. Isso por uma razão óbvia: se os juízes que estão com o caso nas mãos são obrigados em virtude da *ratio decidendi*, a simples invocação de um precedente não basta para trazer resultado favorável à parte, sendo necessário precisar o que, no interior do julgado anterior, constitui *ratio decidendi*, bem como o que significa *obiter dictum*.” (MARINONI, 2016b, p. 177).

<sup>89</sup> Em sentido contrário, Thomas da Rosa de Bustamante sustenta que “a técnica do precedente apenas se torna relevante nos casos em que é possível extrair uma *ratio decidendi* do tipo regra que seja capaz de elevar o grau de objetivação do Direito”. [...] o que levaria então à conclusão de que a “operação básica necessária para sua aplicação em um caso futuro será a subsunção”. (BUSTAMANTE, 2012, p. 468).

<sup>90</sup> Sobre as diferenças entre regras e princípios e, sobretudo, quanto aos ônus argumentativos tendentes a aplicar uma e outra, vide ÁVILA, 2014.

<sup>91</sup> ROSITO, 2012, p. 273.

<sup>92</sup> “O precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente e desta forma – por assim dizer – ‘cria’ o precedente. Além desse perfil – sobre o qual voltarei em seguida –, fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que sustenta e aplica o precedente ao caso sucessivo é fundada na análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação ao segundo caso da *ratio decidendi* aplicada ao primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso.” (TARUFFO, 2011, p. 142).

<sup>93</sup> Enaltecendo a estreita relação que há entre a argumentação por analogia e o *distinguishing*, vide EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 87.

É claro que um caso dificilmente será rigorosamente igual a outro. Uma ou outra peculiaridade fática certamente haverá. O que se exige do intérprete é que perceba se as diferenças constatadas são relevantes ou irrelevantes, o que significa perguntar: caso tais diferenças estivessem presentes no caso que deu azo à formação do precedente, a tese jurídica utilizada seria a mesma?<sup>94</sup>

Tecidas essas considerações, cumpre diferenciar *ratio decidendi* de *obiter dictum*.

### 1.2.2 Distinção entre *Ratio Decidendi* e *Obiter Dictum*

Ao conceito de *obiter dictum* se chega por exclusão, ou seja, o que não é *ratio decidendi* caracteriza *obiter dictum*<sup>95</sup>. E não se trata de formular conceito por meio de argumento circular, pois se delineou acima o que é *ratio decidendi*. Vale dizer, todas as reflexões feitas pelo órgão julgador que não foram determinantes para a conclusão final do julgamento se consideram *obiter dictum*.

O *obiter dictum* não se refere, portanto, ao objeto da demanda (pedido e causa de pedir). Não é razão determinante para a conclusão (julgamento em favor do autor ou do réu). Trata-se de referência normativa ou de argumento que não compõe a justificção interna ou externa da decisão; ou, ainda, se caracteriza por manifestações que visam apenas a demonstrar erudição<sup>96</sup>. Em síntese: um complemento argumentativo tipicamente periférico<sup>97</sup>.

A importância da distinção é a seguinte: o que vincula o julgamento de novos casos é a *ratio decidendi* e não o *obiter dictum*.<sup>98</sup>

<sup>94</sup> “Sabidamente o exame das semelhanças e diferenças é tormentoso, pois nunca há dois casos completamente iguais, assim como não há duas situações absolutamente distintas. Sempre se encontra alguma diferença ou semelhança. Inevitavelmente o caso concreto traz algo de novo, pois o aresto versa sobre fatos que possuem sempre a sua individualidade. A grande questão se transfere, por isso, à determinação da relevância das diferenças.” (ROSITO, op. cit., p. 274.)

<sup>95</sup> ROSITO, 2012, p. 111

<sup>96</sup> Ibid., p. 113.

<sup>97</sup> Na doutrina nacional, sustentando que a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* não faz sentido, porquanto a íntegra da decisão seria relevante para o aprimoramento hermenêutico do sistema jurídico, vide LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 452.

<sup>98</sup> The essential elements of de precedent case, used as guidelines for the subsequent case, are the *ratio decidendi*; other elements are *obiter dicta*. The *ratio* is a necessary condition of the decision which thus would have been different if the *ratio* had been different. Every use of a precedent as a pattern for future decisions is actually a generalisation of the precedent into a precedent-rule, stating that one must decide all cases with the same *ratio* in de same way.

What elements should on regard as essential, i.e., as the *ratio decidendi*? It depends on a complex reasoning in the concrete case, involving weighing and balancing of two kinds of reasons. First, one

### 1.3 Formação do precedente: como se forma e a quem compete sua formação?

Após a constatação de que o precedente é norma que se confunde com a *ratio decidendi* de determinadas decisões judiciais, cumpre indagar a quem incumbe a tarefa de sua criação no Brasil. Seriam todos os magistrados brasileiros competentes para a formação de precedentes? Essa a pergunta a ser respondida nos tópicos abaixo.

#### 1.3.1 A competência constitucional do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

Afirmar que o precedente é criado exclusivamente pelo Poder Judiciário revela um truísmo. O que precisa ser esclarecido diz respeito a quais órgãos do Poder Judiciário brasileiro têm a competência para construir precedentes. Seriam apenas as chamadas Cortes de Vértice (Supremas) ou o resultado do trabalho desenvolvido pelas Cortes de Justiça (tribunais estaduais e regionais) também produzem precedentes?<sup>99</sup> Ou ainda de maneira mais ampla: qualquer magistrado brasileiro, mesmo de primeira instância, tem competência para a formação de precedente?

Respondendo às indagações, cumpre afirmar que o termo precedente pode ser usado em sentido amplo ou estrito.

Precedente em sentido amplo representa qualquer razão de direito já adotada anteriormente pelo Poder Judiciário que sirva de fundamento para novas decisões<sup>100</sup>. Vale dizer, toda e qualquer decisão judicial, (nesse sentido), poderia ser chamada de precedente, independentemente do órgão que a produziu<sup>101</sup>.

---

may consider reasons adduced by the court in the precedent decision with de aim of justifying the decision and with the belief that they were necessary to justify it. Second, one may consider the reasons estimated as necessary to justify the decision, even if not adduced in the decision. (PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht: Springer, 2008, p. 273.)

<sup>99</sup> A distinção entre Cortes Supremas e Cortes de Justiça é realizada por Daniel Mitidiero. (MITIDIERO, 2015).

<sup>100</sup> ROSITO, 2012, p. 91.

<sup>101</sup> Ao definir precedente, Tereza Arruda Alvim Wambier adota, claramente, o conceito amplo ao afirmar que precedente “Pode ser até mesmo uma sentença, uma decisão de um tribunal de segundo grau, mas o mais natural (o que habitualmente acontece) é que se trate de uma decisão de um Tribunal Superior”. (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Precedentes. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Temas essenciais do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 485). Um conceito, digamos, intermediário é dado por Guilherme Rizzo Amaral, ao afirmar que “adotaremos nos presentes comentários um conceito mais amplo de precedente, admitindo-o também quando se estiver diante das decisões de Cortes de Justiça em incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência (vide

Diferentemente, o conceito de precedente em sentido estrito engloba, apenas, “decisões vinculantes providas de cortes superiores de uma mesma jurisdição sobre determinada matéria”<sup>102</sup>.

Analisando as hipóteses conceituais, principalmente à luz da realidade brasileira, pode-se afirmar que o conceito de precedente em sentido amplo é inapropriado por desconsiderar a diferença entre os tribunais brasileiros no que se refere às suas funções atribuídas constitucionalmente.

A Constituição Federal brasileira não deixa dúvidas acerca da tarefa a ser desempenhada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Justiça Civil.

As competências do Supremo Tribunal Federal estão postas de maneira muito clara no artigo 102 da Constituição Federal, merecendo ênfase a competência para julgamento de recurso extraordinário. A expressão “causas decididas em última ou única instância” não deixa dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal deve dar a última palavra acerca da interpretação da Constituição Federal. A competência para decidir por último evidencia ser o Supremo Tribunal Federal um tribunal “guia”, ou seja, uma Corte que deve orientar os demais órgãos do Poder Judiciário acerca de como a Constituição Federal deve ser interpretada. Em uma palavra: uma Corte de precedentes<sup>103</sup>.

Dúvidas também não existem acerca da tarefa institucional atribuída pela Constituição Federal ao Superior Tribunal de Justiça. A competência desse tribunal está descrita no artigo 105 da Carta Magna, com destaque para julgamento do recurso especial. Note-se que ao Superior Tribunal de Justiça também é atribuída a competência de “dar a última palavra”. A expressão “as causas decididas, em única ou última instância, pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios” não deixa margem a dúvidas. Assim, também o Superior Tribunal de Justiça é uma Corte que, por força de competência constitucional, deve orientar os demais órgãos do Poder Judiciário. A única diferença em relação ao Supremo Tribunal Federal diz respeito à matéria. Enquanto o Supremo Tribunal Federal determina como os demais órgãos do Poder Judiciário

---

comentários ao art. 927).”(AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 947).

<sup>102</sup> ROSITO, 2012, p. 91.

<sup>103</sup> MITIDIERO, 2015.

devem interpretar a Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça fixa a interpretação derradeira a ser adotada em relação à legislação federal.

As Cortes de Justiça (tribunais estaduais e tribunais regionais federais) não têm a mesma competência. Em regra, não são Cortes de “última palavra”. Não decidem por último. Sua tarefa primordial deve ser dirigida a resolver o conflito a elas submetido, no mais das vezes, revisando o trabalho desenvolvido em primeira instância, a fim de promoverem a tutela dos direitos numa dimensão particular, com a conseqüente promoção da justiça do caso<sup>104</sup>. Enfim, são Cortes de Justiça, não de precedentes<sup>105</sup>.

Diante do contexto exposto, mais adequado é considerar que os precedentes são razões de decidir universalizáveis, deduzidas de decisões oriundas das Cortes Supremas<sup>106</sup>, que devem ser organizadas especificamente para esse fim. Tais tribunais devem ser vistos como verdadeiras Cortes de precedentes<sup>107</sup>, devendo o caso concreto servir apenas como um pretexto para a criação da *normaprecedente*<sup>108</sup>.

Última observação sobre a competência para a elaboração de precedente: apenas decisões oriundas de órgãos colegiados podem produzir precedentes, o que significa dizer que decisões monocráticas não devem ser assim qualificadas<sup>109</sup>. Isso se dá diante do princípio da colegialidade, a impor que os tribunais tenham de se manifestar por meio de colegiados<sup>110</sup>. O juiz natural do recurso ou da ação originária é o colegiado, e não o relator.

No Brasil, portanto, a competência para elaboração de precedentes, no âmbito da Justiça Comum (objeto de estudo da presente tese), é do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Uma única exceção será exposta a seguir.

---

<sup>104</sup> Ibid, p. 32.

<sup>105</sup> Ibid., p. 31-34.

<sup>106</sup> Ibid., p. 55.

<sup>107</sup> Em sentido contrário, entendendo que não há tribunal com a função específica de criar precedentes, STRECK; ABOUD, 2016, p. 1198.

<sup>108</sup> MITIDIERO, 2015, p. 55.

<sup>109</sup> Ressaltando que precedentes devem ser extraídos de decisões de colegiado, unânimes ou por maioria, vide MITIDIERO, 2015, p. 106.

<sup>110</sup> Sobre o Princípio da Colegialidade, vide CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 133.

### *1.3.2 As Cortes de Justiça como cortes de vértice: a definição do direito local*

Muito embora a regra geral, no sistema brasileiro, seja exatamente aquela exposta no item 1.3.1 acima, há situações em que a questão jurídica em debate não envolve a interpretação da legislação federal ou da Constituição Federal, mas, sim, do direito local (legislação estadual ou municipal). O sistema processual brasileiro, nos termos da Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal – STF<sup>111</sup> atribui aos tribunais estaduais e aos tribunais regionais federais a competência para a criação de precedentes acerca de interpretação de direito local. Vale dizer, as Cortes de Justiça devem dar a última palavra sobre os temas envolvendo direito local. Exercem, pois, nesses casos, e apenas nesses, tarefa típica de Cortes de Vértice, agindo exatamente como se Cortes Supremas fossem.

As Cortes de Justiça, ao interpretarem o direito local, são cortes de “última palavra”, de modo que de seus julgamentos oriundos de órgãos colegiados são extraídos verdadeiros precedentes<sup>112</sup>.

Esse o motivo pelo qual as Cortes de Justiça, em relação aos litígios envolvendo direito local, devem, obrigatoriamente, uniformizar seu entendimento. É inadmissível que nessas situações os órgãos fracionários dos tribunais mantenham divergência perene ou por prazo indeterminado. Essa postura produz violação aos princípios da segurança jurídica e da igualdade, tendo em vista produzir característica “lotérica” à prestação jurisdicional. A divergência tende a se eternizar exatamente por não existir perspectiva de solução da controvérsia por Corte Suprema (como referido, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não admitem recursos envolvendo a interpretação de direito local).

Dois são os instrumentos disponíveis no Código de Processo Civil para eliminar a “loteria” provocada por posicionamentos divergentes no âmbito das Cortes de Justiça: a) o incidente de assunção de competência, previsto no artigo 947, para as situações que não envolvam múltiplos processos; b) o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos artigos 976 a 987, para as hipóteses de existirem múltiplos processos.

---

<sup>111</sup> Súmula 280: Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

<sup>112</sup> O Código de Processo Civil brasileiro reforça o entendimento aqui sustentado ao prever, no inciso IV do artigo 332, hipótese de improcedência liminar do pedido quando este é formulado contra enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Da leitura do *caput* do artigo 947, poderia se extrair, num primeiro momento, que a decisão de instaurar ou não o incidente de assunção de competência seria sempre discricionária<sup>113</sup>. A expressão: “É admissível [...]” utilizada pelo legislador permite que se chegue a essa conclusão. Do mesmo modo, em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas –, haja vista a expressão legal prevista no *caput* do artigo 976 ser “É cabível a instauração [...]”<sup>114</sup>.

Como regra geral, é possível concordar com uma postura discricionária do Poder Judiciário para a instauração dos referidos incidentes. Isso porque a divergência se manterá até que a questão seja definida no âmbito das Cortes Supremas. Trata-se de divergência submetida à condição resolutiva, qual seja, a definição da questão na Corte Suprema.

A discricionariedade, todavia, não pode ser admitida quando a questão jurídica geradora dos posicionamentos conflitantes envolver “direito local”. Nesse caso não haverá solução interpretativa superior por parte do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. As Cortes Supremas não conhecerão de recursos que tratem de temas versando “direito local”, de modo que a última palavra será da respectiva Corte de Justiça. E, para que os jurisdicionados e demais órgãos do Poder Judiciário conheçam o posicionamento da Corte, o mínimo que se exige é a ausência de contradição<sup>115</sup>.

Em síntese: o incidente de assunção de competência – e o incidente de resolução de demandas repetitivas – são de instauração discricionária no âmbito das causas que versem sobre a interpretação da Constituição Federal e da Legislação Federal. Todavia, versando os entendimentos divergentes sobre “direito local”, a instauração dos incidentes é obrigatória por parte das Cortes de Justiça. Caso não determinada a instauração do incidente para a definição do “direito local”, será produzida situação de divergência institucional perene sobre a interpretação do Direito, o que viola o ideal de cognoscibilidade e, por conseguinte, o princípio constitucional da segurança jurídica. Além disso, restará indesculpavelmente violado

---

<sup>113</sup> Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

<sup>114</sup> Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

<sup>115</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 178.

o princípio da igualdade, porquanto os jurisdicionados receberão tratamento judicial evidentemente desigual.

Definidas as Cortes competentes para a elaboração de precedentes no Brasil, é fundamental, para que a “causa eficiente” possa ser completamente delineada, explicitar os demais agentes que atuam na formação do precedente. Com isso, a pretensão é de esclarecer que o trabalho de criação da norma precedente não é exclusivo do Poder Judiciário. Essa a intenção do próximo capítulo.

### *1.3.3 As disposições normativas estatais e o caso concreto como “matérias-primas” do precedente*

O precedente é elaborado por meio de um trabalho de cooperação que envolve agentes externos ao Poder Judiciário.

É indiscutível que ao Poder Judiciário incumbe a tarefa final de escolha e posterior divulgação do resultado da interpretação dos elementos textuais e extratextuais para a solução do caso concreto; mas não se pode diminuir a participação do legislador, haja vista incumbir ao Poder Legislativo fornecer boa parte dos textos que servirão de referencial para a construção do precedente.

Os precedentes anteriores também devem ser interpretados, porquanto são disposições normativas vertidas em texto. Nesse ponto é interessante destacar: os precedentes são, ao mesmo tempo, norma, porque revelam produto de interpretação, e texto, que será objeto de interpretação.

Não se poderia olvidar, ainda, a importante participação da doutrina, porquanto não raras vezes os resultados interpretativos decorrem de proposições doutrinárias<sup>116</sup>.

É importante enfatizar o trabalho realizado em colaboração entre as instituições estatais exatamente para extirpar, por completo, a (falsa) ideia de que conceber os precedentes como vinculantes conferiria “superpoderes” ao Poder Judiciário, em especial às Cortes Supremas. É inegável o protagonismo do Poder Judiciário, exatamente por ser o intérprete oficial das disposições normativas com vistas à solução de casos. Todavia limites existem, tendo em vista a interpretação não poder se “desgarrar” dos significados possíveis admitidos pelos textos

---

<sup>116</sup> Ressaltando que não apenas o Poder Judiciário exerce atividade interpretativa, mas o faz ao lado da Doutrina, que, por isso, também deve ser incluída no objeto de estudo da Ciência do Direito: GUASTINI, 2011, p. 225.



legislativos. Não se pode concordar com a ideia, relacionada a uma teoria cética radical da interpretação jurídica, segundo a qual os textos legislativos admitiriam qualquer interpretação<sup>117</sup>. Ao contrário, pois, no presente trabalho se sustenta a adoção de uma teoria cética moderada, o que significa defender que os textos legislativos apresentam, pela equivocidade que em regra lhes é imanente, diversos significados possíveis, impondo ao intérprete uma escolha fundamentada. A escolha, todavia, deve ser feita com base apenas nos significados admitidos pelos textos, e nunca de maneira ampla e ilimitada<sup>118</sup>.

Não se pode esquecer, ainda, a enorme importância do trabalho realizado pelas partes interessadas no caso concreto do qual se extrairá o precedente. As partes certamente exercem influência decisiva no resultado da interpretação por meio de sua participação no litígio. O direito fundamental ao contraditório forte, consagrado no Direito Processual Civil brasileiro, principalmente, por meio do artigo 10 do Código de Processo Civil<sup>119</sup>, garante às partes o direito de influenciar na decisão final, guindando-as à condição de participantes efetivas da formação do precedente.

Exposta a causa eficiente do precedente, cumpre atentar para sua finalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>117</sup> Sobre a diferença entre as Teorias Cética Moderada e Cética Radical da Interpretação Jurídica, vide GUASTINI, 2011, p. 415.

<sup>118</sup> As características principais da Teoria Cética Moderada da Interpretação Jurídica estão assim expostas por Riccardo Guastini: (I) i testi normativi sono solitamente equivoci, ossia sono suscettibili di interpretazioni sincronicamente confliggenti e diacronicamente mutevoli; (II) ogni singola norma è indeterminata (vaga): sempre possono darsi fattispecie di dubbia qualificazione; (III) ogni testo normativo ammette, di regola, una pluralità di interpretazioni (in astratto) alternative egualmente plausibili: la scelta tra una interpretazione e l'altra è atto ovviamente discrezionale; (IV) La vaghezza di ogni norma può essere discrezionalmente ridotta (in concreto) sia includendo nel, sia escludendo dal, suo campo di applicazione i casi dubbi o marginali; (V) l'interpretazione può essere attività, secondo i casi, cognitiva, decisoria, o creativa; (VI) gli enunciati interpretativi cognitivi hanno valori di verità, gli enunciati decisori – e, a maggior ragione, se nomopietici, i.e. creativi di norme – non possono dirsi né veri, né falsi; (VII) L'interpretazione creativa – in ultima analisi, La 'costruzione giuridica' – è fenomeno pervasivo, e costituisce (non propriamente 'interpretazione' di testi normative, ma) produzione di diritto nuovo; (VIII) L'interpretazione giudiziale è, ovviamente, decisoria (mai potrebbe essere meramente cognitiva) e, spesso, è genuinamente creativa di nuove norme. (Ibid., p. 413)

<sup>119</sup> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

#### **1.4 Função do precedente no ordenamento jurídico brasileiro: Para que serve? promoção da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade (da persuasão à vinculação).**

Depois de apontar quais os agentes participam da criação do precedente, impõe-se a indicação de suas finalidades. Em outras palavras significa responder: qual a função do precedente no ordenamento jurídico brasileiro?

Respondendo à pergunta, cumpre afirmar que os precedentes servem, no mínimo, para persuadir juízes. Nesse sentido, são concebidos como mais um elemento de convencimento usado pelas partes para obterem um julgamento favorável.

A prática judiciária brasileira demonstra que, muitas vezes, esse é o sentido dado aos precedentes judiciais por advogados e juízes. Nas petições e nas decisões, se observa, com muita frequência, a transcrição de ementas ou de trechos de votos para embasar os posicionamentos defendidos em juízo. A citação dos julgados acaba servindo como um reforço argumentativo. Não se constata, corriqueiramente, a evocação do precedente como norma que obrigatoriamente deva ser observada, mas, sim, como um posicionamento digno de respeito que, por isso, merece ser considerado.

Nesse contexto, os precedentes são tidos como meramente persuasivos, de modo que sua função seria muito semelhante à da doutrina, ou seja, serviriam como fonte de “saber” jurídico<sup>120</sup>.

Outra forma de ver os precedentes seria concebê-los como normas, de modo a considerar que obrigatoriamente devam ser seguidos.

Conceber os precedentes como vinculantes significa, basicamente, tratar, obrigatoriamente, casos semelhantes de forma semelhante<sup>121</sup>, mesmo que não haja concordância com o que foi anteriormente decidido<sup>122</sup>. Em outras palavras: quer

---

<sup>120</sup> “A força persuasiva significa que a decisão, fora da controvérsia concreta a que se refere, tem apenas uma autoridade de fato, moral, racional, cultural, política, etc. Em síntese, possui apenas uma capacidade persuasiva na argumentação jurídica, no confronto com outros juízos em casos análogos.” (ROSITO, 2012, p. 116.)

<sup>121</sup> CROSS, 1977. p. 42.

<sup>122</sup> “The basic idea should now be clear. When courts are constrained by precedent, they are obliged to follow a precedent not only when they think it correct, but even when they think it incorrect. It is the precedent’s source or status that gives it force, not the soundness of its reasoning nor the belief of the instant court that its outcome was correct. When it is argued, for example, that even those Supreme Court Justices who believe *Roe v. Wade* to have been wrongly decided should nevertheless follow it in subsequent cases, the argument is not (or not only) that those Justices should change their minds about *Roe v. Wade*. Rather, the argument is that those Justices should

dizer respeito ao “passado”<sup>123</sup>. Mais precisamente: significa valer-se, para o julgamento do *instant case*, da mesmíssima tese jurídica elaborada em um *precedent case*, sempre que o caso apresente a mesma ou semelhante base fática<sup>124</sup>.

Assim, quando se exige que um tribunal respeite precedentes – independentemente de serem seus ou de Corte institucionalmente superior –, está-se partindo da premissa de que (há) precedente a ser seguido e que os resultados jurídicos do novo caso, a partir da aplicação da mesma tese jurídica, serão os mesmos.

Por exemplo: o artigo 1.696 do Código Civil brasileiro prevê que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”. Ao interpretar o texto à luz de pedidos concretos de alimentos formulados por netos em contra os avós, o Superior Tribunal de Justiça definiu a seguinte tese jurídica (norma): “A responsabilidade dos avós de prestar alimentos é subsidiária, e não sucessiva”<sup>125</sup>. Essa é a tese jurídica criada pelo tribunal diante da ambiguidade da lei. Em outras palavras, com base no texto legal, o Superior Tribunal de Justiça reconstruiu a norma que, assumindo transcendência, deve ser aplicada em situações concretas futuras<sup>126</sup>. Tem-se, assim, a formação do precedente. Isso significa que, em todos os futuros pedidos de alimentos feitos contra ascendentes de segundo grau, a tese de que a responsabilidade é subsidiária deve ser adotada. Vale dizer, apenas serão acolhidos pedidos de alimentos contra avós diante da comprovação da incapacidade financeira de ambos ascendentes de primeiro grau (pais).

A aplicação de precedentes não torna, todavia, a atividade de julgar um ato “mecânico”. Pensar assim revela uma total falta de entendimento de como se deve

---

follow Roe even if they continue to think that it was decided incorrectly.” (SCHAUER, Frederick *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 41).

<sup>123</sup> SCHAUER, 2009, p. 38.

<sup>124</sup> As expressões *instant case* e *precedent case* são utilizadas por Frederick Schauer para designar o caso que está para ser julgado (*instant case*) e o caso já julgado anteriormente (*precedent case*). (Ibid., p. 38).

<sup>125</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.415.753-MS. Terceira Turma. DJe 27 nov. 2015; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 831.497-MG. Quarta Turma. DJe 11 fev. 2010.

<sup>126</sup> A distinção entre o momento de construção da norma baseando-se no texto e, posteriormente, na aplicação da norma a um caso concreto se aproxima, segundo Pierluigi Chiassoni, de um modelo argumentativo estruturado de interpretação do Direito (CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 69-72).

justificar a aplicação de um precedente. Isso porque ao julgador se impõe uma análise cuidadosa dos fatos, exatamente para que o precedente seja aplicado somente na hipótese de se constatar semelhança fática entre os casos.

No Direito brasileiro há argumentos contrários e favoráveis à posição de que precedentes devem ser tidos como vinculantes.

Um dos principais argumentos em sentido contrário apoia-se na premissa de que a competência para a elaboração de normas gerais e abstratas, no Brasil, seria, segundo a Constituição Federal, exclusiva do Poder Legislativo (princípio da separação dos Poderes). Assim, a solução de casos judiciais teria que ter sempre a lei como principal ponto de partida. Os julgamentos, desse modo, não poderiam, salvo alteração do texto constitucional, ser baseados em precedentes (o Poder Judiciário não teria competência para legislar). Entre os defensores dessa posição, destacam-se Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, que chegam ao ponto de sustentar a inconstitucionalidade dos incisos III a V do artigo 927 do Código de Processo Civil<sup>127</sup>.

Em linha argumentativa semelhante, porém um pouco menos radical, há uma corrente na doutrina que sustenta a possibilidade de os precedentes se tornarem vinculantes no Brasil, desde que a lei assim o preveja; só seriam de observância obrigatória as decisões que o legislador elegeisse. Essa escolha seria revelada por meio da previsão de consequências específicas a serem aplicadas contra a desobediência ao precedente (*reclamação*)<sup>128</sup>. Vale dizer, estaria nas mãos do

---

<sup>127</sup> “Vinculação a preceitos abstratos, gerais, vale dizer, com característica de lei, só mediante autorização da Carta Política, que até agora não existe. STF e STJ, segundo a CF 102 e 105, são tribunais que decidem casos concretos, que resolvem lides objetivas (e.g ADIn) e subjetivas (e.g. RE, REsp). Não legislam para todos, com elaboração de preceitos abstratos: salvo quanto à súmula vinculante (STF, CF 103-A), não são tribunais de teses. Fazer valer e dar eficácia ao CPC, 927, III a V, é deixar de observar o *due process of law*, o texto e o espírito da Constituição.” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1836-1837). Sustentando posicionamento semelhante: BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 595.

<sup>128</sup> “Institutos como o IRDR, absolutamente novo e que será tratado em outro capítulo – n.30, bem como os recursos repetitivos (RESP e RE) cujo regime foi aprimorado, mas que já existia no CPC/73, tem por objetivo gerar uniformização das decisões do Judiciário sobre a mesma tese jurídica, a partir de uma decisão do STJ ou do STF, quando se tratar de casos idênticos (normalmente, direitos individuais homogêneos ou situação equivalente), sendo reforçado pela obrigatoriedade à brasileira, que a nosso ver consiste na necessidade de que haja algum tipo de consequência específica e indesejável: cabimento da reclamação. Só nesses casos é que os precedentes devem ser seguidos, nos casos posteriores ao encerramento do incidente, e há obrigatoriedade que chamamos de forte”. (WAMBIER, 2016a, p. 486.)

legislador a escolha acerca da obrigatoriedade ou não de se respeitarem precedentes<sup>129</sup>.

Lenio Streck e Georges Abboud ampliam ainda mais a crítica ao argumentarem que nem ao menos por força da legislação seria possível conceber precedentes vinculantes no Brasil, porquanto seu efeito vinculante dependeria de um processo histórico de aceitação paulatina de suas boas razões pelas Cortes. Isso significa que a lei ou a Constituição não poderiam criar decisões vinculantes. Um precedente, desse modo, jamais poderia “nascer” vinculante<sup>130</sup>.

Em que pese respeitáveis sejam os posicionamentos contrários a um sistema de precedentes vinculantes no Direito brasileiro, não se podem aceitar mencionados argumentos.

Como visto anteriormente, o precedente, por retratar o resultado de uma interpretação de elementos textuais e extratextuais do ordenamento jurídico, tem a característica de norma<sup>131</sup>. Nesse sentido, deve, obrigatoriamente, ser observado. Trata-se da incorporação da regra do *stare decisis* ao Direito brasileiro, com observância tanto horizontal (a própria Corte que exarou o precedente deve segui-lo), quanto vertical (as Cortes inferiores devem obedecer a ele)<sup>132</sup>.

<sup>129</sup> Ao lado dos precedentes dotados de obrigatoriedade forte, Teresa Arruda Alvim Wambier sustenta que ainda existiriam precedentes com obrigatoriedade média (incisos IV e V do artigo 927 do CPC) e precedentes com obrigatoriedade fraca (a “vinculatividade” de um juiz às suas próprias decisões). (Ibid., p. 487-488). Defendendo posição assemelhada, considerando obrigatórios apenas os precedentes previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 474-476; No mesmo sentido, ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 371; Ainda no mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 436-437.

<sup>130</sup> “Destarte, ontologicamente, o precedente constitui decisão judicial proferida para solucionar caso concreto. Consequentemente, ele nunca pode pretender nascer, desde logo, como precedente. Assim, a aptidão dele para constituir critério normativo apto a solucionar novos casos dependerá, inevitavelmente, do processo histórico referente a sua futura aplicação.” (STRECK; ABOUD, 2016, p. 1194).

<sup>131</sup> É curioso, nesse ponto, que Nelson Nery Júnior aceite a distinção entre texto e norma e, mesmo assim, sustente que apenas a legislação possa ter caráter vinculante (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 36).

<sup>132</sup> “A unidade do Direito que deve ser promovida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça por meio de precedentes move-se tanto retrospectiva como prospectivamente. Para que ambas as direções possam ser trilhadas, a regra do *stare decisis* tem de ser observada de forma horizontal e vertical por todos os órgãos do Poder Judiciário. A expressão *stare decisis* é oriunda do brocardo *stare decisis et non quieta movere* e visa a garantir a estabilidade e a confiabilidade do precedente. Com a determinação do significado do Direito a partir de determinado caso no precedente, o que visa a proporcionar a sua cognoscibilidade, a estabilidade da ordem jurídica é assegurada pela necessidade de respeito àquilo que foi decidido anteriormente, o que gera a confiança na sua manutenção por um determinado período de tempo e na sua aplicação aos casos futuros idênticos e semelhantes. A regra do *stare decisis*, portanto, é a regra pela qual a segurança jurídica é promovida judicialmente em um sistema que respeita precedentes.” (MITIDIERO, 2015, p. 106).

Não se pode desconsiderar que na condição de norma vertida em texto, será necessário novo processo interpretativo para que a aplicação do precedente ocorra em novos casos. Sustentar que os precedentes devem ser seguidos (não) significa que prescindam de interpretação. Todos os textos normativos exigem interpretação.

A normaprecedente, todavia, apresenta uma importante peculiaridade, qual seja a de restringir drasticamente as possibilidades interpretativas em comparação ao texto legal. Isso porque o precedente já é o resultado de uma atividade interpretativa. Tal constatação é de todo desejável, porquanto com a paulatina redução das possibilidades interpretativas, o Direito, aos poucos, vai-se tornando cada vez mais previsível.

Para além da natureza normativa, que por si só já seria capaz de respaldar a conclusão de que precedentes devem ser seguidos, vários outros são os motivos que apontam para a adoção de precedentes vinculantes no Brasil.

Luiz Guilherme Marinoni relaciona tais razões de forma abundante, dando motivos que passam por realização da igualdade, da segurança jurídica, da coerência, da garantia de imparcialidade, da possibilidade de orientação jurídica, da definição de expectativas, do desestímulo à litigância, do favorecimento de acordos, da maior facilidade de aceitação da decisão, da racionalização do duplo grau de jurisdição, da contribuição para a duração razoável do processo, da eficiência do Poder Judiciário e da economia de despesas<sup>133</sup>.

De todos os motivos apresentados, cumpre destacar os argumentos que partem, diretamente, do texto da Constituição Federal.

O princípio da igualdade está previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, irradiando seus efeitos por todos os ramos do Direito.

Aceitando-se a premissa de que texto e norma não se confundem, a garantia da igualdade perante a lei (mero texto) é absolutamente insuficiente para a promoção do princípio constitucional da igualdade. Isso porque os textos podem ser interpretados de diversas formas, isto é, os mesmos dispositivos, lidos à luz do mesmíssimo contexto fático, podem admitir diferentes interpretações, o que acarreta a indesejável situação de que jurisdicionados em situações idênticas recebam tratamento diferente. É insuficiente, desse modo, que as disposições legislativas não diferenciem pessoas. Se a jurisdição, ao outorgar sentido aos textos, fizer a

---

<sup>133</sup> MARINONI, 2016b, p. 95-139.

diferenciação, a igualdade perante a lei não passa de *flatus vocis*. Em síntese: constata-se clara violação ao princípio constitucional da igualdade, quando os jurisdicionados recebem do Poder Judiciário um tratamento diferente sem que existam motivos para tanto. O respeito aos precedentes elimina, em grande parte, essa potencial violação à Constituição Federal.

Não bastasse a necessidade de obedecer a precedentes decorrer claramente do princípio constitucional da igualdade, é importante observar, ainda, que referida vinculação obrigatória é necessária para que o princípio constitucional da segurança jurídica seja promovido.

O estado ideal de coisas trazido pelo princípio da segurança jurídica passa pela realização da cognoscibilidade, da confiabilidade e da calculabilidade do Direito<sup>134</sup>. A observância aos precedentes é, por sua vez, um imperativo para a realização de cognoscibilidade. Julgamentos diferentes para casos iguais ou julgamentos iguais para casos diferentes impedem que os jurisdicionados conheçam o Direito.

Os tribunais são vários no Brasil<sup>135</sup>. Apenas na Justiça Comum (objeto do presente trabalho), há os tribunais estaduais, os tribunais regionais federais, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Assim, para que o Poder Judiciário possa permitir que os jurisdicionados conheçam o Direito elaborado judicialmente, impõe-se uma atitude adequada por parte das Cortes, que passa, inexoravelmente, por um respeito à hierarquia refletida pela adoção obrigatória dos precedentes. Um Poder Judiciário que não atenta para a autoridade dos pronunciamentos advindos de suas Cortes Supremas não transmite credibilidade. E o que é pior, confunde o jurisdicionado. Afasta-se, assim, do ideal de cognoscibilidade do Direito, violando o princípio constitucional da segurança jurídica. Em decorrência do desrespeito à segurança jurídica, acaba sendo violado, também, princípio da liberdade, haja vista a inexorável relação “meio e fim” constatada entre essas duas normas<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> “O Princípio da Segurança Jurídica determina a busca dos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.” (ÁVILA, 2016, p. 106).

<sup>135</sup> Ressaltando os problemas gerados pelo grande número de tribunais brasileiros, em especial a dispersão jurisprudencial, vide WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 276.

<sup>136</sup> ÁVILA, 2016, p. 106; Estabelecendo uma relação entre a liberdade e a dignidade da pessoa humana, vide SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 56. No mesmo sentido: KRIELE, Martin. *Introdução à teoria*

Em obra específica sobre o tema, Daniel Mitidiero defende que, no Brasil, os precedentes extraídos de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça precisam ser obedecidos, devendo, pois, receber o apanágio de vinculantes. Os principais fundamentos utilizados pelo autor podem ser assim sintetizados<sup>137</sup>: a) Com a evolução da teoria da interpretação, constatada ao longo do século XX, em que se passa a perceber que texto é diferente de norma (a norma seria o resultado da interpretação), desobedecer à última palavra dada sobre a interpretação da lei federal ou da Constituição Federal seria o mesmo que desobedecer à própria lei ou à própria Constituição, isto é, seria o mesmo que desrespeitar o direito vigente. Em uma palavra: seria negar vinculação ao direito; b) o respeito aos precedentes é fundamental para a outorga de unidade ao Direito nacional, com a conseqüente promoção de segurança jurídica, liberdade e igualdade.

Não bastassem todos os fundamentos mencionados acima, cumpre chamar a atenção para um argumento que envolve a distribuição constitucional de competências entre os órgãos do Poder Judiciário brasileiro. Da leitura dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal, claro que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm a competência constitucional de darem a última palavra sobre a interpretação do direito (federal e constitucional). Assim, como referidos pronunciamentos poderiam ser ignorados nos julgamentos futuros? Trata-se de nítida regra de competência, de modo que julgar desconsiderando os precedentes do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça significa usurpar, de maneira flagrantemente inconstitucional, a competência das Cortes de Vértice. Dada a última palavra pela Corte constitucionalmente competente, o Direito está definido (federal e constitucional), portanto a sociedade deve pautar sua conduta com base em tal definição, e o Poder Judiciário, como um todo, também deve respeito ao que foi decidido.

Especificamente no que se refere ao Supremo Tribunal Federal, o requisito de admissibilidade da *repercussão geral*, típico do recurso extraordinário, previsto constitucionalmente, reforça a posição ora sustentada<sup>138</sup>.

---

*do estado*: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucionais democráticos. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2009, p. 287.

<sup>137</sup> MITIDIERO, 2016, p. 145.

<sup>138</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:



A regulamentação infraconstitucional da repercussão geral se encontra no parágrafo 1º do artigo 1.035 do Código de Processo Civil, definindo o dispositivo que a repercussão geral se considera existente, quando as questões suscitadas no recurso extraordinário forem relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. E mais: tais questões devem ultrapassar os interesses subjetivos do processo. Ora, se as questões devem assumir tamanha relevância e, ainda, transcendência em relação aos interesses das partes (recorrente e recorrido), não podem existir dúvidas de que o julgamento do recurso extraordinário tenha uma vocação natural para produzir efeitos para além dos limites subjetivos do litígio em que proferido. E que efeitos seriam esses? Mais uma vez a resposta parece ser uma só: o efeito vinculante. Que outro motivo levaria o constituinte reformador a exigir que o Supremo Tribunal Federal venha a analisar apenas questões que apresentem repercussão geral? Teria sentido a exigência de repercussão geral se a decisão do Supremo Tribunal Federal devesse ficar restrita ao julgamento do caso? Precisaria ter sido o constituinte ainda mais expresso?

Não há falar, desse modo, na necessidade de haver uma incorporação paulatina, gradual e difusa dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça por parte das demais Cortes do país e da primeira instância de jurisdição para que os precedentes vinculem. Posicionamento como esse deslocaria, incompreensivelmente, para o Poder Judiciário a definição acerca de quais decisões seriam vinculantes. Essa não é a competência do Poder Judiciário. A definição do tema já foi dada, desde 5 de outubro de 1988, pela Constituição Federal. É por meio de uma interpretação do texto constitucional que se chega à conclusão de que os precedentes vinculam, não cabendo ao Poder Judiciário essa decisão.

Em síntese, os princípios da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade tornam, assim, a obrigação de seguir precedentes muito nítida. Também as regras de competência estabelecidas para os tribunais do país não deixam dúvidas acerca

---

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

das funções das Cortes Supremas no Brasil, de modo que seus precedentes devem ser seguidos, independentemente de serem oriundos de recursos repetitivos ou não.

Diante de tais considerações, não há necessidade de alteração do texto constitucional. A Constituição Federal já exige essa postura do Poder Judiciário; assim a inserção sugerida soa como medida deveras desnecessária, porquanto notoriamente redundante<sup>139</sup>.

Por fim, cumpre mencionar que o tema ora discutido foi expressamente enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 655265/DF, com a relatoria do Ministro Edson Fachin. No julgado, a Corte Suprema adotou integralmente a posição de que os precedentes devem ser vinculantes para a promoção dos princípios da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade<sup>140</sup>. Em

<sup>139</sup> “Ademais, não se pode perder de vista que o dever de respeitar a posição do STJ ou do STF é, indiretamente, o dever de respeitar a lei e a Constituição Federal, na interpretação dada pelos órgãos cuja função constitucional e cuja razão de ser é dar a palavra final sobre o sentido da lei e da Constituição Federal. O que pode haver de inconstitucional nisso?” (WAMBIER; DANTAS, 2016, p. 284).

<sup>140</sup> EMENTA: INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (OVERRULING) DO PRECEDENTE. 1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público (arts. 93, I e 129, §3º, CRFB - na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004) foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460. 2. Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (ratio decidendi) da Corte na referida ação declaratória. 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do stare decisis, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”. (MITIDIERO, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do stare decisis relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do stare decisis ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.” (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade. 8. A incoerência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. 9. Tese reafirmada: “é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no

resumo: já há precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os precedentes das Cortes de Vértice devem ser vinculantes no Brasil.

## 2 SISTEMA DE PRECEDENTES: O QUE É? QUAIS SEUS ELEMENTOS?

No presente capítulo, os objetivos são três: primeiro, tecer considerações acerca do conceito de sistema jurídico, para destacar suas principais características; segundo, demonstrar que o conjunto de precedentes elaborados pelas Cortes brasileiras caracteriza um sistema jurídico que pode ser objeto de análise específica; terceiro, justificar que as “razões de decidir” oriundas de decisões prolatadas em incidentes de resolução de demandas repetitivas e em incidentes de assunção de competência, bem como aquelas oriundas de julgamentos das Cortes de Justiça na definição do “direito local”, formam subsistemas normativos.

### 2.1 A ideia de sistema jurídico

O conceito de ordenamento jurídico não é unânime na doutrina<sup>141</sup>. Há, ainda, quem proponha diferenciar ordenamento jurídico e sistema jurídico<sup>142</sup>. Para os que assim o fazem, o conceito de ordenamento jurídico seria importante, apenas, para resolver o problema da validade das normas. O conteúdo normativo, todavia, não se resolveria valendo-se dessa ideia. A unidade do ordenamento seria, nessa perspectiva, neutra em relação à construção dos sistemas jurídicos nele contidos<sup>143</sup>.

---

momento da inscrição definitiva”. 10. Recurso extraordinário desprovido. (Julgamento: 13/04/2016; publicado em 05/08/2016; Órgão julgador: Tribunal Pleno)

<sup>141</sup> Ada Pellegrini Grinover destaca as três principais concepções de ordenamento jurídico existentes na doutrina: “São fundamentalmente três as concepções de ordenamento jurídico. A teoria normativa, encabeçada por H. Kelsen, que o define como um complexo ou sistema de normas jurídicas positivas gerais (leis formais) ou individuais (atos administrativos e sentenças), coordenadas de acordo com a norma fundamental. A teoria institucional, cujo maior expoente é Santi Romano, que o identifica com a instituição, ou seja, com um ente ou corpo social real e efetivo (*ubi societas ibi ius*). E finalmente a teoria da relação, exposta por A. Levi, que o considera como sistema de relações jurídicas”. (GRINOVER, 2016, p. 87)

<sup>142</sup> A distinção entre ordenamento jurídico e sistema jurídico é defendida por Judith Martins-Costa, nos seguintes termos: “Ordenamento e sistema, como se sabe, não são sinônimos. O ordenamento é o conjunto das normas que regulam a vida jurídica em um certo espaço territorial. O sistema exprime as ligações, nem sempre existentes, entre estas normas. O ordenamento é, assim, uma espécie de ‘ecossistema’, que pode abranger uma ampla variedade de sistemas e subsistemas normativos.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 43).

<sup>143</sup> Assim escreve Natalino Irti: “L’insieme delle norme si innalza ad unità, perché tutte appartengono ad un ordinamento e tutte attingono la loro validità alle regole interne di esso. Ma questa unità tace sul contenuto delle norme: dietro lo schermo del criterio unificante, può stagliarsi il tempio solenne del código o agitarsi una folla scomposta di norme. . L’unità dell’ordinamento è neutrale

No presente trabalho, será adotada a premissa de que o ordenamento jurídico deve ser visto e compreendido como um sistema normativo<sup>144</sup>. É importante, todavia, mencionar que seria impossível explicar, de forma sistemática, todo o ordenamento jurídico de um país. Nenhum jurista comprometido com as tarefas típicas da dogmática jurídica assumiria essa empreitada. Tratar do ordenamento jurídico, com base nesse viés holístico, acaba sendo objeto de especulação, exclusivamente, por parte dos filósofos do Direito<sup>145</sup>.

À ciência dogmática do Direito, entre outras coisas, cabe a tarefa de sistematizar conjuntos normativos menores e delimitados, possíveis de serem “recortados” do ordenamento integral por questões científicas, práticas ou didáticas<sup>146</sup>. Por exemplo: o conjunto das normas constitucionais que tratam de direito tributário pode ser denominado de sistema constitucional tributário<sup>147</sup>. Esse conjunto, que certamente faz parte do ordenamento jurídico nacional, admite ser “recortado” do todo maior para que se obtenham melhores resultados didáticos, científicos e práticos.

Feito esse esclarecimento inicial, é possível adiantar que o presente trabalho efetuará esse “recorte” no que se refere ao sistema de precedentes, ou seja, muito embora o ordenamento jurídico brasileiro possa ser considerado um sistema jurídico, para que se ganhe em didática, cientificismo e prática, o sistema de precedentes será tratado à parte, de forma destacada<sup>148</sup>.

Abaixo serão destacadas as definições de sistema jurídico elaboradas por três juristas que trataram do tema de maneira vertical, porém sob perspectivas diversas: Norberto Bobbio, Claus Wilhelm Canaris e Riccardo Guastini.

---

rispetto all’á costruzione del sistema. (IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 179).

<sup>144</sup> “Edeally the theory of legal system should be treated as part of a general theory of norms.” (RAZ, Joseph. *The concept of a legal system: an introduction to the theory of legal system*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 2003, p. 44)

<sup>145</sup> Assim escreve Riccardo Guastini: L’ordinamento giuridico tutto intero è oggetto di speculazione per i filosofi del diritto, ma è privo di ogni interesse per il lavoro dei giuristi. (GUASTINI, 2011, p. 296)

<sup>146</sup> “Del resto, si parla solitamente di sistema giuridico per referirsi all’ordinamento tutto intero. Sfortunatamente, però, um sistema normativo siffato semplicemente non esiste, dal momento che nessun giurista mai ha neppure cercato di sistematizzare l’intero ordinamento. Ogni giurista si occupa solo di insieme di norme assai piú piccoli – micro-insieme – ritagliati, entro um insieme (sincronico) assai vasto, secundo i propri interessi scientifici, pratici, o didattici.” (Ibid., p. 296)

<sup>147</sup> ÁVILA, 2004.

<sup>148</sup> A análise do sistema de precedentes será realizada no capítulo 2.2 do trabalho.

Norberto Bobbio apresenta o seguinte conceito de sistema jurídico:

Un ordinamento giuridico costituisce un sistema perchè non possono coesistere in esso norme incompatibili. Qui "sistema" equivale a validità del principio che esclude la incompatibilità delle norme. Se in un ordinamento vengono ad esistere norme incompatibili, una delle due o tutte e due debbono essere eliminate. Se questo è vero, vuol dire che le norme di un ordinamento hanno un certo rapporto tra loro, e questo rapporto è il rapporto di compatibilità, che implica la esclusione della incompatibilità<sup>149</sup>.

O jurista italiano estabelece que os vínculos existentes entre as normas de um sistema jurídico devem ser de compatibilidade, mais especificamente: de não-contradição. Note-se que essa concepção exige que se comparem os conteúdos das normas, mais especificamente para analisar a existência ou não de contradição entre elas. Caso se constate antinomia, essa deve ser eliminada por meio de critérios próprios sugeridos pelo autor, como, por exemplo, de que norma posterior deve revogar a anterior<sup>150</sup>.

O conceito de Norberto Bobbio fica centrado demasiadamente na ideia de ausência de contradição, o que é insuficiente para explicar toda a complexidade que envolve um sistema jurídico.

Destacando características que vão além da mera ausência de antinomias é o conceito de sistema elaborado por Claus Wilhelm Canaris<sup>151</sup>. Eis o conceito elaborado pelo jurista alemão<sup>152</sup>:

O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.

Claus Wilhelm Canaris elabora seu conceito de sistema após analisar diversos conceitos anteriores<sup>153</sup>. Em sede de conclusão, aponta duas características comuns a todas as definições: sistema seria um conjunto de elementos em que se

---

<sup>149</sup> BOBBIO, 1960, p. 80.

<sup>150</sup> Os critérios de solução das antinomias são desenvolvidos, de forma exaustiva. (Ibid).

<sup>151</sup> Para uma apreciação crítica do conceito de sistema elaborado por Canaris, com exposição de vantagens e insuficiências, vide FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 55.

<sup>152</sup> CANARIS, 2002, p. 77-78.

<sup>153</sup> Ibid., p. 9-11.

observa ordem e unidade<sup>154</sup>. Segundo Canaris, “um sistema não representa mais do que a tentativa de captar e traduzir a unidade e a ordenação de um determinado âmbito material com meios racionais”<sup>155</sup>. Especificamente no que tange aos sistemas jurídicos, ordem e unidade se apresentam como exigências ético-jurídicas inerentes à própria ideia de Direito<sup>156</sup>.

Ordem, para além de significar organização<sup>157</sup>, impõe que o sistema jurídico siga um ditame básico de justiça, qual seja, de não conceder tratamento diferente para quem esteja em situação igual, assim como de não tratar de maneira isonômica os que apresentam diferenças que justifiquem um tratamento diferenciado<sup>158</sup>. Em síntese: um sistema jurídico que desrespeite o princípio da igualdade não tem ordem, afastando-se da própria ideia de Direito.

A unidade é uma exigência que visa à eliminação de contradições internas e, por conseguinte, também está relacionada à realização da justiça. Ocorre que a inexistência de contradição representa, apenas, o lado negativo da unidade<sup>159</sup>. Sistema jurídico dotado de unidade não é (apenas) livre de contradições, mas também caracterizado pelo fato de suas normas poderem ser reconduzidas a pontos comuns de suporte. Com isso se evita que a ordem do sistema jurídico se apoie em valores singulares desconexos, o que também se afasta da ideia de Direito<sup>160</sup>. Enfatizando a ideia de unidade, definida como a “recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos”<sup>161</sup>, Canaris sustenta ser necessária a identificação de princípios gerais (sistematizadores) do sistema jurídico, sendo que a unidade pressupõe, exatamente, que se consiga identificar, de maneira racional, que as normas possam ser deduzidas desses princípios gerais.

Riccardo Guastini, ao definir sistema jurídico como uma totalidade axiologicamente coesa, logicamente coerente e completa, atribui características que

---

<sup>154</sup> Ibid., p. 18.

<sup>155</sup> Ibid., p. 69.

<sup>156</sup> Ibid., p. 18.

<sup>157</sup> MARTINS-COSTA, 2000, p. 41.

<sup>158</sup> “Assim, a exigência de ordem resulta diretamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da diferença” (CANARIS, 2002, p. 18).

<sup>159</sup> Ibid., p. 58.

<sup>160</sup> Ibid., p. 21.

<sup>161</sup> Ibid., p. 76.

em muito se aproximam das ideias de ordem e unidade<sup>162</sup>. A coesão axiológica praticamente se confunde com a preconizada unidade, destacada por Canaris. E a coerência lógica é fungível em relação à ideia de ordem.

Cumprido registrar, todavia, que, quando Guastini trata da completude, considera que o ordenamento, como sistema jurídico, não preexiste à interpretação<sup>163</sup>. Essa noção é fundamental por demonstrar que o sistema jurídico está em constante desenvolvimento por meio do trabalho da doutrina, dos legisladores e, no que mais interessa aos propósitos do presente trabalho, pela atividade de criação de precedentes.

Retomando o exemplo acima – do sistema constitucional tributário –, da constatação de que o sistema jurídico não preexiste à interpretação, é importante afirmar que, quando se usa referida expressão, não é possível restringir seus elementos às disposições normativas constitucionais (texto da Constituição), pois certamente os precedentes construídos valendo-se do texto constitucional, ao revelarem resultados interpretativos, integram esse sistema. Isso ocorre exatamente porque o sistema jurídico não preexiste à interpretação<sup>164</sup>.

Estabelecida a premissa, apoiada nas ideias de Riccardo Guastini, de que os sistemas jurídicos não preexistem à interpretação, bem como que suas normas devem se relacionar de modo a comporem um conjunto de elementos unitário e ordenado, cumpre estabelecer de que modo essa relação acontece, isto é, responder à seguinte pergunta: de que natureza é a conexão entre os elementos (normas) de um sistema jurídico?<sup>165</sup>

Uma resposta possível é a seguinte: a relação entre as normas ocorre, apenas, no plano da competência para elaboração normativa, de modo que a derivação de uma norma para outra ocorra por meio de sucessivas delegações de poder<sup>166</sup>. Nessa perspectiva, uma nova norma seria compatível com o sistema jurídico, na medida em que tenha sido produzida pela autoridade competente,

---

<sup>162</sup> “Talora, tuttavia, dicendo che il diritto è un ordinamento, si vuol dire che il diritto è un insieme di norme esso stesso ordinato: propriamente parlando, un sistema, cioè una totalità (i) assiologicamente coesa, (ii) logicamente coerente, e (iii) completa.” (GUASTINI, 2011, p. 296)

<sup>163</sup> Ibid., p. 295.

<sup>164</sup> Não por acaso a obra *Sistema Constitucional Tributário*, de Humberto Ávila, contém ampla análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (ÁVILA, 2004).

<sup>165</sup> Essa indagação é feita por BOBBIO, 1960, p. 69.

<sup>166</sup> Ibid., p. 70.

segundo as normas atributivas de competência existentes no próprio sistema<sup>167</sup>. Constatado que a autoridade que editou a norma é competente, a compatibilidade com o sistema se estabelece, e o conteúdo normativo passa a ser irrelevante. Não há, nesse caso, necessária conexão de sentido entre as normas do sistema. Não se comparam os conteúdos normativos. A ligação entre as normas é, portanto, meramente formal. Esse modelo é chamado de sistema jurídico dinâmico<sup>168</sup>.

A resposta, todavia, poderia ser diferente. É possível responder que a conexão entre as normas deva ocorrer de uma comparação entre os seus respectivos conteúdos<sup>169</sup>. Assim, da análise do conteúdo de determinada norma superior seria possível deduzir diversas normas inferiores. Hans Kelsen, mais uma vez, exemplifica de maneira didática: “as normas: não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos tomados, não devemos prestar falsos testemunhos, podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade”<sup>170</sup>. Há, nesse caso, necessária conexão de sentido entre as disposições normativas. Constata-se comparação entre os seus respectivos conteúdos. A ligação entre as normas é, portanto, material. Esse modelo é chamado de sistema jurídico estático<sup>171</sup>.

Para os objetivos do presente trabalho, as noções ora apresentadas são indispensáveis, tendo em vista o objetivo de demonstrar que o conjunto de precedentes produzidos pelas Cortes brasileiras pode ser estudado como um sistema jurídico, o que será realizado no item 2.2.

---

<sup>167</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 64.

<sup>168</sup> O exemplo dado por Hans Kelsen acerca do sistema dinâmico é bastante didático: “Um pai ordena ao filho que vá à escola. À pergunta do filho: por que devo eu ir à escola, a resposta pode ser: porque o pai assim o ordenou e o filho deve obedecer às ordens do pai. Se o filho continua a perguntar: por que eu devo obedecer às ordens do pai, a resposta pode ser: porque Deus ordenou a obediência aos pais e nós vamos obedecer às ordens de Deus. Se o filho perguntar por que devemos obedecer às ordens de Deus, quer dizer, se ele põe em questão a validade desta norma, a resposta é que não podemos sequer pôr em questão tal norma, quer dizer, que não podemos procurar o fundamento de sua validade, que apenas a podemos pressupor. O conteúdo da norma que constitui o ponto de partida: o filho deve ir à escola, não pode ser deduzido desta norma fundamental. Com efeito, a norma fundamental limita-se a delegar numa autoridade legisladora, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema”. (KELSEN, 2000, p. 219).

<sup>169</sup> BOBBIO, op. cit., p. 70.

<sup>170</sup> KELSEN, 2000, p. 218.

<sup>171</sup> Ibid., p. 218-219.



## 2.2 A formação de um sistema de precedentes judiciais

Ao longo do primeiro capítulo fora sustentado que os precedentes devem ter natureza vinculante no Brasil, tanto no plano horizontal, como no plano vertical, isto é, as Cortes Supremas tem o dever de seguir seus próprios precedentes (*stare decisis* horizontal), e as Cortes de Justiça e os juízes de primeira instância precisam obedecer aos precedentes das Cortes Supremas (*stare decisis* vertical).

O Poder Judiciário precisa ser visto como uma instituição que, como em qualquer outra, deve respeito às decisões de cúpula<sup>172</sup>. A necessidade de obediência às decisões das Cortes de Vértice é tamanha, que não é exagero afirmar que desrespeitar precedentes pode ser qualificado como um grave ato de insubordinação institucional<sup>173</sup>.

É interessante propor uma comparação entre o Poder Judiciário e outra instituição pública, como, por exemplo, a Receita Federal. Suponha-se que o contribuinte tenha recebido orientação do auditor-chefe do setor de imposto de renda de pessoas físicas no sentido de que determinado tributo poderia ser parcelado em 60 vezes. Ao se dirigir ao setor de parcelamento, o funcionário lhe diz que, apesar da orientação advinda de seu superior hierárquico, não fará o parcelamento, pois, na opinião dele, a orientação estaria errada. Essa situação certamente deixaria o contribuinte atônito e inseguro, além de evidenciar uma lamentável desorganização institucional. E não bastasse isso, imagine-se que outro contribuinte, dirigindo-se ao funcionário ao lado, no mesmíssimo setor de parcelamento, consiga parcelar o tributo.

---

<sup>172</sup> “With respect to vertical precedent, the justifications for precedential constraint are fairly obvious. Just as children are expected to obey their parents even when they disagree, as privates are expected to follow even those orders from sergeants they believe wrong, as Catholics are expected to follow the dictates of the pope even if they think those dictates mistaken, and as employees are expected to follow the instructions of their supervisors, lower court judges are expected to follow the “instructions” of those courts above them in what the military calls the “chain of command.” (SCHAUER, 2009, p. 42).

<sup>173</sup> “Como essas cortes são cortes de interpretação, com o que interpretar a Constituição e a legislação infraconstitucional federal não constitui um evento acidental, mas a função precípua desses tribunais, encarnando a razão pela qual esses existem na organização judiciária, a desobediência de seus precedentes pelos próprios membros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e pelas Cortes de Justiça e juízes a elas vinculados não pode ser vista como algo sem importância, como algo normal, rotineiro e até desejável dentro do sistema jurídico. A violação à interpretação ofertada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça é uma insubordinação institucional da mais alta gravidade do Estado Constitucional”. (MITIDIERO, 2015, p. 98).

O exemplo acima visa a demonstrar, em termos simples, que é preciso ter uma visão institucional do Poder Judiciário, assim como de qualquer outra instituição pública. Com base nessa constatação, a hierarquia precisa ser respeitada no interior da estrutura judiciária. Isso porque o jurisdicionado, verdadeiro “cliente” da “justiça”, precisa se sentir seguro e não discriminado, a fim de que possa fazer suas escolhas adequadamente.

Partindo-se de uma perspectiva do Poder Judiciário como uma unidade<sup>174</sup> (visão holística do Poder), é importante perceber que a contínua produção de precedentes dá origem a um conjunto de normas de cúpula<sup>175</sup>, que pode ser chamado de sistema de precedentes<sup>176</sup>. É preciso, assim, identificar as conexões (materiais ou formais) entre os elementos desse conjunto normativo, com vistas à obtenção de *ordem* e *unidade*. As decisões exaradas pelas Cortes Supremas não podem ser vistas como um mero “amontoado normativo”, sem vínculos entre si<sup>177</sup>. Os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e das Cortes de Justiça, quando examinam “direito local”, são de última instância, e, por isso, decisões finais sobre os temas envolvendo a Constituição Federal, a legislação federal e a legislação local (municipal e estadual). Sendo pronunciamentos finais, assumem a feição de legítimas orientações voltadas à sociedade civil e aos demais órgãos do Poder Judiciário, de modo que é inadmissível que não se relacionem. Sem *ordem* e *unidade*, que decorrem desse adequado relacionamento, a função de orientar fica totalmente prejudicada, haja vista a falta de clareza (cognoscibilidade) e de previsibilidade (calculabilidade)

---

<sup>174</sup> OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 165.

<sup>175</sup> Os argumentos que apontam para a natureza normativa dos precedentes foram desenvolvidos no primeiro capítulo do trabalho.

<sup>176</sup> Constata-se na doutrina brasileira muitos autores utilizando a expressão “sistema de precedentes”, sem, contudo, justificar o motivo de se utilizar tal expressão. Vide, por exemplo, KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; Também Tiago Asfor Rocha Lima, que ao escrever *Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil*, utiliza, no capítulo 4 da obra, a expressão “Sistema de Precedentes” (LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013); No mesmo sentido, Estefânia Maria de Queiroz Barboza, que nas páginas 191 e seguintes de sua obra utiliza largamente a expressão “sistema de precedentes” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014; Ainda no mesmo sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>177</sup> “As normas jurídicas, tal como foi continuamente referido, não estão desligadas umas das outras, mas estão numa conexão múltipla umas com as outras.” (LARENZ, Karl (1903-1993). *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 621).

inerente a um conjunto de normas desconexas. Em termos institucionais, o Poder Judiciário perde em credibilidade.

Não se pode olvidar que a formação do sistema de precedentes tem origem em normas constitucionais que outorgam, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, competência para a definição, em última instância, do sentido da Constituição Federal e da legislação federal, respectivamente. Nesse ponto específico, a evolução do Direito se aproxima de um sistema dinâmico, ou seja, por meio de mera delegação de poder, mais especificamente do Poder Constituinte às Cortes de Vértice.

No entanto, o objetivo da análise, neste momento da pesquisa, é apontar a natureza das conexões existentes entre os precedentes, entendidos como normas integrantes de um sistema. Nesse diapasão, concluir que tal relação se verifica apenas no plano formal é absolutamente insuficiente. É necessário reconhecer e descrever uma necessária conexão de *sentido* entre as normas<sup>178</sup>.

É, portanto, *material* a relação entre os precedentes. O precedente, como afirmado no capítulo anterior, identifica-se com uma *tese jurídica (ratio decidendi)* passível de ser aplicada a novos casos. O sistema de precedentes retrata, pois, uma pluralidade de *teses jurídicas*, que, por conviverem em um mesmo ambiente e por serem aplicáveis num mesmo território, devem apresentar compatibilidade material. Não é exagero afirmar que a falta da referida compatibilidade material torna o sistema incompreensível e, sobretudo, imprevisível. Trata-se, portanto, de um sistema estático, e não dinâmico.

A compatibilidade material que primeiro precisa ser exigida diz respeito ao postulado da hierarquia<sup>179</sup>. Isso significa que as *teses jurídicas* já integrantes do sistema devem ser respeitadas pelas próprias Cortes que as criaram<sup>180</sup>. A adoção do *stare decises* pressupõe exatamente comparação de conteúdo entre os precedentes, tendo em vista ser impossível estabelecer hierarquia sem definir, com exatidão, o sentido da norma que deve ser seguida. Pode-se dizer, inclusive, que essa é a premissa básica sem a qual o sistema não apresenta *ordem*. Se o Supremo

---

<sup>178</sup> “A descoberta das conexões de sentido em que as normas e regulações particulares se encontram entre si e com os princípios diretivos do ordenamento jurídico, e a sua exposição de um modo ordenado, que possibilite a visão de conjunto – quer dizer, na forma de um sistema – é uma das tarefas mais importantes da jurisprudência científica” (LARENZ, 2005, p. 621-622).

<sup>179</sup> O tratamento da *hierarquia* como um postulado hermenêutico é dado por Humberto ÁVILA, 2014, p. 166.

<sup>180</sup> O *stare decisis* horizontal é justificado, principalmente, por uma necessidade de estabilidade do sistema, consoante a explicação dada por SCHAUER, 2009, p. 42-44.

Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça não seguirem seus próprios precedentes, não haverá uma organização mínima no sistema, o que acaba, em última análise, por violar os princípios da segurança jurídica (em especial o estado de cognoscibilidade), da igualdade e da liberdade.

A falta de *ordem* produz insegurança jurídica, porque a sociedade e os demais órgãos do Poder Judiciário não conseguem, nesse ambiente desorganizado, identificar exatamente o que é o Direito na visão das Cortes de Vértice<sup>181</sup>. A incapacidade de decifrar o Direito acaba por prejudicar a capacidade de escolha dos agentes sociais, e, por conseguinte, também fica violado o princípio da liberdade<sup>182</sup>.

A ausência de ordem viola também o princípio da igualdade, pois, num sistema em que as decisões do passado não são respeitadas, para casos iguais haverá resultados diferentes<sup>183</sup>.

A hierarquia confere ordem ao sistema de precedentes por meio de uma relação linear entre normas separadas semanticamente. A norma (precedente) condiciona o conteúdo da nova decisão a ser proferida<sup>184</sup>.

Muitas vezes, todavia, o postulado da hierarquia não pode ser aplicado, haja vista a inexistência de precedente a regular o tema objeto de julgamento. Vale dizer: a aplicação do postulado da hierarquia exige que (exista) precedente sobre o *instant case*. O que devem fazer as Cortes de Vértice, entretanto, se não houver *tese jurídica* anterior sobre o tema a ser julgado?

Diante da inexistência de precedente, à Corte de Vértice cabe formar o novo precedente<sup>185</sup>. Trata-se de uma etapa crucial para a promoção da *unidade* do sistema. A hierarquia, nessa circunstância específica, é de pouca, ou de nenhuma utilidade, haja vista a inexistência de norma que, por meio de uma relação linear, possa definir o conteúdo semântico da nova decisão.

Nesse caso, duas perguntas devem ser respondidas: a) Quando um precedente está em fase de formação, há ampla liberdade decisória ou se percebem limites impostos pelo próprio sistema de precedentes? b) Se há limites que não derivam do postulado da hierarquia, decorreriam de quê?

---

<sup>181</sup> ÁVILA, 2016, p. 178.

<sup>182</sup> Ibid., p. 106.

<sup>183</sup> Vinculando ordem e igualdade, vide CANARIS, 2002, p. 18.

<sup>184</sup> ÁVILA, 2014, p. 167.

<sup>185</sup> A expressão “novo precedente” significa que o caso a ser julgado ainda não foi enfrentado pelo sistema de precedentes, ou seja, trata-se da formação de uma nova norma que passará a integrar o sistema.

Em resposta à pergunta “a”, cumpre afirmar que precisam existir limites, principalmente para a promoção da *unidade* do sistema jurídico. Tivessem as Cortes de Vértice ampla liberdade de manobra no âmbito da atividade de interpretação na formação de um novo precedente, os resultados interpretativos seriam aleatórios, muito embora possam não apresentar contradição explícita. A falta de controle sobre o processo de interpretação e, por conseguinte, de construção da tese jurídica faz com que os resultados produzidos sejam aleatórios. Verdadeiramente incalculáveis.

Em resposta à pergunta “b”, tem-se que o legislador brasileiro optou pela *coerência* como *meio* de controle da *interpretação atividade* das Cortes, e, por conseguinte, como instrumento de promoção da *unidade* do sistema de precedentes. Essa escolha fica clara na redação do artigo 926 do Código de Processo Civil, que, expressamente, cria para os tribunais o dever de, para além de manterem sua jurisprudência estável e íntegra, observarem a coerência<sup>186</sup>.

Não haveria a necessidade de o legislador especificar o modo pelo qual os tribunais em geral, e as Cortes de Vértice em especial, devem promover a unidade do Direito construído judicialmente. Isso porque a ideia de unidade está intimamente relacionada à promoção dos princípios da segurança jurídica e da isonomia<sup>187</sup>, de modo que o caráter normativo de tais princípios constitucionais já seria suficiente para compelir as Cortes a criarem mecanismos próprios dirigidos à promoção da unidade<sup>188</sup>. Não obstante, especificado pela legislação que a *unidade* deverá ser perseguida por meio da *coerência*, esta deve ser observada.

Em síntese: sem desconsiderar que o ordenamento jurídico brasileiro pode ser visto como um sistema, é recomendável, para melhor proveito científico, prático e didático, examinar de maneira destacada o sistema jurídico de precedentes disciplinado pela Constituição Federal e regulamentado pelo Código de Processo Civil. Esse sistema, paulatinamente construído por meio da resolução de casos pelas Cortes de precedentes, deve ser engendrado com vistas à obtenção de *ordem* e *unidade*, por meio de uma compatibilidade material entre seus elementos. A eficácia vinculante dos precedentes, defendida no capítulo 1, ingressa como meio

---

<sup>186</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.  
§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

<sup>187</sup> Esse tema será aprofundado no capítulo 5 do presente trabalho.

<sup>188</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 107.

para a outorga de *ordem*. A *coerência* surge, por imposição da legislação infraconstitucional (Código de Processo Civil), para ser aplicada no momento de formação do precedente, como instrumento de promoção da *unidade* do sistema.

Antes de expor a ideia de coerência, é importante delimitar quais os elementos do sistema de precedentes brasileiro.

### *2.2.1 Precedentes extraídos de decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade*

Nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADI), bem como as ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ADC). Compete, ainda, ao Supremo Tribunal Federal o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nos termos do parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição Federal e, também, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos termos do § 2º do artigo 103 da Carta Política. Trata-se de processos objetivos<sup>189</sup> que integram a denominada jurisdição constitucional em sentido restrito<sup>190</sup>.

As decisões definitivas de mérito proferidas no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade terão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, nos termos do parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição Federal. As decisões definitivas de mérito exaradas nas ADPF também terão eficácia contra todos e efeito vinculante, nos termos do artigo 10 da Lei Federal 9882/99.

Para além da referência constitucional e da Lei Federal 9882/99, o inciso I do artigo 927 do Código de Processo Civil reitera que as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade devem ser consideradas vinculantes. Inexistem dúvidas, desse modo, de que todo o Poder Judiciário, bem

---

<sup>189</sup> “São chamados “processos objetivos”, porque dizem respeito ao direito em tese e não a direitos subjetivos ou a situações jurídicas subjetivas, donde a afirmação da inexistência de ‘partes’.” (TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Krüger. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 267).

<sup>190</sup> “Em sentido restrito, a jurisdição constitucional compreende tão só o controle abstrato. Origina-se da Constituição da Áustria, de 1920, que seguiu as ideias de Hans Kelsen.” (Ibid., p. 272).

como a Administração Pública de todas as esferas da federação, devem observar – o que significa obedecer - as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos processos objetivos.

Sobre o tema, cumpre, todavia, fazer uma distinção importante.

Não se pode confundir o dispositivo da decisão exarada no controle concentrado de constitucionalidade com a *ratio decidendi* extraída da mesma decisão.

A lição de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira é muito objetiva:

As decisões proferidas pelo STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante em relação a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º, CF; art. 28, p. único, Lei n. 9.868/99; art. 10, § 3º, Lei n. 9.882/99). Mas essa vinculação decorre do fato de, nessas hipóteses, a coisa julgada ser *erga omnes* por expressa disposição legal. Por conta disso, o Poder Público está vinculado à norma jurídica estabelecida, pelo STF, no dispositivo da decisão que resolve ação de controle concentrado de constitucionalidade. Mas é possível haver vinculação, também, à *ratio decidendi* desse julgado, que também gera precedente – exatamente o que se refere o inciso I do art. 927 do CPC<sup>191</sup>.

A lição acima deixa claro que, quando a Constituição Federal faz menção à “efeito vinculante” e “eficácia *erga omnes*”, está se referindo ao dispositivo da decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Com isso, o dispositivo deve ser obedecido por todos os demais órgãos do Poder Judiciário e por toda a administração pública do país. O dispositivo da decisão, todavia, não se confunde com a *ratio decidendi* do julgado (tese jurídica utilizada para resolver a questão constitucional)<sup>192</sup>. Essa a imprecisão verificada no inciso I do artigo 927 do Código de Processo Civil, ou seja, confunde-se o momento de interpretação do texto constitucional e o de sua posterior aplicação para declarar a inconstitucionalidade ou não da norma jurídica questionada na ação<sup>193</sup>. O melhor seria que o Código de Processo Civil fizesse menção à eficácia vinculante das razões determinantes do julgamento (precedente), e não mera referência à decisão,

<sup>191</sup> DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 477.

<sup>192</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b, v. 2, p. 648.

<sup>193</sup> MITIDIERO, 2016, p. 107-108.

que já tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes* em decorrência de previsão constitucional<sup>194</sup>.

Eis um exemplo: no âmbito da ADI n. 4.211<sup>195</sup>, foi questionada a constitucionalidade da Lei Estadual nº 10.893/2001, de São Paulo. Referida lei previa a criação de um “Programa Estadual de Saúde Vocal do Professor da Rede Estadual de Ensino”. O processo legislativo que deu ensejo à criação da lei não contou com a iniciativa do Governador do Estado, de modo que o questionamento acerca de sua inconstitucionalidade envolveu o tema do “vício de iniciativa” (inconstitucionalidade formal). Para responder ao questionamento, o artigo 61 da Constituição Federal teve de ser interpretado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>196</sup>. Na hipótese, a Corte precisou responder a duas perguntas (interpretação) antes de decidir (aplicar o Direito): a) Referido dispositivo da Constituição Federal se estende aos Estados membros? b) Caso se estenda, pode-se afirmar que um programa de saúde dirigido a um grupo de funcionários produz mudança no regime jurídico da categoria?

Respondendo às perguntas, o que na verdade retrata o momento da interpretação do texto (pré-aplicação), o Supremo Tribunal Federal entendeu que

<sup>194</sup> O próprio Supremo Tribunal Federal, por meio de seu órgão pleno, acentuou o caráter vinculante da *ratio decidendi* extraída de julgamento de ADIN ao julgar a Reclamação nº 1.987, com a relatoria do Min. Maurício Correa, publicada no DJ 21 maio 2004.

<sup>195</sup> Relator Min. Teori Zavascki. Julgamento: 3 mar. 2016 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *DJe-053 DIVULG* 21 mar. 2016 PUBLIC 22 mar. 2016.

<sup>196</sup> Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

§ 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.



referido dispositivo constitucional se estende obrigatoriamente aos Estados, e, ainda, que a instituição de programas de saúde direcionados a servidores específicos caracteriza benefício funcional, de modo que altera o regime jurídico da categoria<sup>197</sup>. Assim, após interpretar o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal o aplicou para acolher os pedidos da ADIN e decretar a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 10.893/2001, de São Paulo.

O exemplo prova a existência da seguinte distinção: de um lado se pode extrair da decisão uma *tese jurídica*, formada com base na interpretação do artigo 61 da Constituição Federal; de outro, se extrai que a lei paulista é inconstitucional (dispositivo do julgado). Ambos, tese e dispositivo, são vinculantes. Isso significa dizer que a lei em questão não poderá mais ser aplicada (decorrência do dispositivo da decisão) e, ainda, que, na hipótese de surgirem novos casos envolvendo a criação de programas estaduais de proteção à saúde de determinada categoria de servidores, a iniciativa do Chefe do Poder Executivo deverá ser respeitada, sob pena de declaração de inconstitucionalidade (decorrência do precedente formado).

Cumprir enfatizar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal pode se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de determinada disposição legislativa de maneira incidental, ou seja, no curso de um processo subjetivo. É o que se denomina controle difuso de inconstitucionalidade, nos moldes do modelo estadunidense<sup>198</sup>.

Nessa senda, a declaração de inconstitucionalidade da norma não se dá por meio de ação direta (controle concentrado), mas, sim, no julgamento de um caso concreto, o que ocorre, no mais das vezes, na apreciação de recursos extraordinários. Nesse caso, a *ratio decidendi* extraída do julgamento não apresenta nenhuma diferença em relação àquela apreendida em decisão oriunda de controle concentrado. Ambas retratam teses jurídicas formuladas pelo Supremo Tribunal Federal para a solução de uma questão constitucional. E nem ao menos é justificável que os limites subjetivos da coisa julgada sejam diversos. Isto porque o juízo de inconstitucionalidade exarado pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso também se dá sobre uma norma geral, de modo que o efeito *erga omnes* não

---

<sup>197</sup> Vide trecho do Voto do Ministro Teori Zavascki: “Embora o programa, cujos méritos não estão em questão, tenha sido concebido para proteger a saúde, seu alcance é objetiva e subjetivamente restrito, já que destinado a prevenir/reparar um acometimento tipicamente ligado ao exercício do magistério (a disфонia), apenas em proveito de uma classe específica de beneficiários (os professores da rede pública). Isso significa que a Lei 10.893/01 cuidou de instituir um benefício funcional em favor da categoria dos professores estaduais, alterando-lhes o regime jurídico”.

<sup>198</sup> ZAVASCKI, Teori Albino (1948-2017). *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

pode ser negado, sob pena de violação aos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica<sup>199</sup>.

Não se desconsidera que o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal prevê, entre as competências do Senado Federal, a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Ocorre que tal disposição passou por uma verdadeira mutação constitucional, isto é, hodiernamente não se pode conceber que o Senado Federal tenha a prerrogativa de, discricionariamente, suspender ou não a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Essa consequência decorre diretamente da decisão da Corte Constitucional, que tem a competência constitucional para o julgamento<sup>200</sup>. Nesse contexto, o pronunciamento do Senado Federal deve ser concebido como um ato tendente a dar publicidade ao julgado do Supremo Tribunal Federal, apenas isso<sup>201</sup>.

O Código de Processo Civil não diferencia as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos controles concentrado e difuso de inconstitucionalidade. Isso fica claro na redação do parágrafo 12 do artigo 525 e do parágrafo 5º do artigo 535<sup>202</sup>. Referidas disposições normativas permitem que seja

<sup>199</sup> Ibid., p. 30.

<sup>200</sup> Nesse sentido se pronunciou o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação 4335-5/AC, julgada pelo plenário da Corte e publicada no DJ em 20/03/2014. Em sentido contrário, defendendo que sem a resolução do Senado Federal a decisão não se aplica para além das partes envolvidas no processo, vide ROSSI, Júlio César. *Precedentes à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117-129 e STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 550-552.

<sup>201</sup> Sobre o tema, vide a lição de Gilmar Ferreira Mendes: “Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31, (2) publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia”. (MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa* Brasília, v. 41. n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004).

<sup>202</sup> Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.  
§ 1º. Na impugnação, o executado poderá alegar:  
[...]

evocada pelo executado, como matéria de impugnação, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo que tenham amparado a formação do título judicial, sendo indiferente que a declaração de inconstitucionalidade seja oriunda de controle concentrado ou difuso.

Assim, o inciso I do artigo 927 do Código de Processo Civil, para além da imprecisão redacional que apresenta, prevê uma restrição indevida, porquanto tanto os precedentes gerados pelo controle concentrado, como os oriundos de controle difuso de constitucionalidade devem ser considerados obrigatórios, de modo que integram, lado a lado, o sistema de precedentes brasileiro.

### *2.2.2 Precedentes extraídos de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no julgamento de recursos, reclamações e ações originárias*

Como frisado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são Cortes de Vértice. Isso significa dizer que as decisões oriundas de seus órgãos colegiados são de última instância. São Cortes, portanto, que receberam da Constituição Federal a competência para dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição Federal e da legislação federal. Assim, os precedentes extraídos de seus acórdãos são normas que devem orientar os julgamentos realizados por todos os demais órgãos do Poder Judiciário e, ainda, a conduta da sociedade civil.

Para além das hipóteses de controle de constitucionalidade, expostas no capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça

III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

[...]

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

[...]

III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

[...]

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

exaram acórdãos no exercício de sua competência originária e recursal<sup>203</sup>. A competência recursal, por sua vez, pode ser ordinária ou extraordinária, no que tange ao Supremo Tribunal Federal; e ordinária ou especial, no que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça<sup>204</sup>.

A competência originária do Supremo Tribunal Federal está disciplinada no artigo 102, inciso I, da Constituição Federal; a competência recursal ordinária, no artigo 102, inciso II; e a recursal extraordinária no mesmo artigo, no inciso III.

No que se refere ao Superior Tribunal de Justiça, sua competência está prevista no artigo 105 da Constituição Federal, sendo a competência originária, no inciso I; a recursal ordinária, no inciso II; e, por fim, a competência recursal especial, no inciso III.

Deixando de lado as competências em matéria penal e aquelas afetas às chamadas Justiças Especializadas, que fogem aos escopos do presente trabalho, pode-se afirmar que a *ratio decidendi* de todo e qualquer acórdão exarado pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, no exercício de quaisquer das competências acima relacionadas, torna-se precedente.

Precedentes (não) são, assim, apenas as *teses jurídicas* construídas com base nos julgamentos de recursos especiais e extraordinários repetitivos, como pode fazer crer uma leitura apressada da parte final do inciso III do artigo 927 do Código de Processo Civil<sup>205</sup>. Essas decisões geram precedentes, sem dúvida. Todavia todos os demais acórdãos exarados pelas Cortes de Vértice, mesmo que não decorram dessa específica situação, acabam por ter a mesmíssima aptidão de produzirem precedentes. Considerar que apenas *teses jurídicas* extraídas de acórdãos que decidem recursos repetitivos integram o sistema de precedentes brasileiro seria incorrer no equívoco de atribuir “peso” demasiado e injustificado ao aspecto quantitativo que subjaz ao julgamento. Por que o caráter vinculante dependeria do

---

<sup>203</sup> “Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça dispõem de competência recursal, ou seja, para recursos contra acórdãos de outros tribunais (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais), e de competência originária, que inclui causas a serem processadas e julgadas já inicialmente por eles próprios, sem terem passado pelas instâncias ordinárias.” (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 108).

<sup>204</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a, v. 1, p. 165-166.

<sup>205</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

número de recursos envolvendo a matéria? De fato, não há razões para a discriminação<sup>206</sup>.

### 2.3 Os subsistemas da jurisprudência vinculante

O Código de Processo Civil brasileiro prevê dois incidentes que visam à unificação de entendimentos jurídicos no âmbito das Cortes de Justiça: o incidente de assunção de competência, previsto no artigo 947, para as situações que não envolvam múltiplos processos, com notório escopo de *prevenir* a dissipação de entendimentos<sup>207</sup>; e o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos artigos 976 a 987, para as hipóteses em que já existem múltiplos processos relacionados ao tema jurídico controvertido.

Segundo o inciso III do artigo 927 do Código de Processo Civil, as decisões exaradas pelas Cortes de Justiça para a solução dos referidos incidentes são vinculantes.

Diante da disposição normativa expressa, não se pode desconsiderar o caráter obrigatório das razões de decidir oriundas dessas decisões<sup>208</sup>. Sua obrigatoriedade se dá, no âmbito da Justiça estadual, em relação aos juízes estaduais subordinados à Corte de Justiça que decidiu o incidente, bem como em relação ao próprio Tribunal de Justiça, que deve obedecer a suas próprias decisões; caso o incidente tenha sido julgado por Tribunal Regional Federal, a própria Corte de Justiça e todos os juízes federais a ela subordinados devem obedecer à *ratio decidendi* extraída da decisão que resolver o incidente.

Não é possível, todavia, considerar referidos pronunciamentos como precedentes, a não ser que tenham sido proferidos no exercício da reserva material de competência atinente ao “direito local”, consoante será explanado no item 2.4. As decisões exaradas em IAC e IRDR não são precedentes por não serem pronunciamentos definitivos de um órgão colegiado de Corte Suprema<sup>209</sup>. As Cortes de Justiça, ao julgarem os incidentes, estão interpretando o direito de uma forma

---

<sup>206</sup> MITIDIERO, 2016, p. 110-111.

<sup>207</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1032.

<sup>208</sup> Apontando mais uma vez o equívoco do legislador ao considerar vinculante a decisão oriunda de IRDR e IAC, quando o correto seria atribuir caráter vinculante à respectiva *ratio decidendi*. (MITIDIERO, op. cit., p. 108-1090.

<sup>209</sup> MITIDIERO, 2016, p. 106.

provisória, porquanto a definição da matéria será dada pelas Cortes Supremas. Contra as decisões proferidas em IAC e em IRDR caberá, conforme o caso, recurso extraordinário e recurso especial. E no julgamento dos recursos o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça darão a última palavra acerca da interpretação da Constituição Federal e da lei federal, respectivamente.

A jurisprudência vinculante forma, assim, *subsistemas* em relação ao sistema nacional de precedentes. Isso porque as decisões exaradas no âmbito da jurisprudência vinculante devem apresentar compatibilidade entre si, com relativa independência em relação ao sistema nacional. A compatibilidade é necessária para que o direito construído pelo subsistema seja conhecido; a independência é relativa, porque existe até o momento em que sejam fixados precedentes pelas Cortes Supremas. Com a formação de precedentes pelas Cortes Supremas, seja em nível constitucional, seja em nível de lei federal, a jurisprudência vinculante deve a eles se adequar, haja vista o caráter obrigatório inerente à norma precedente.

Por fim, é importante considerar que também integram os subsistemas de jurisprudência vinculante as razões de decidir oriundas dos julgamentos dos órgãos plenos ou especiais das Cortes de Justiça, nos exatos termos do inciso V do artigo 927 do Código de Processo Civil<sup>210</sup>. Em regra, tais julgamentos serão exarados em sede de incidente de arguição de inconstitucionalidade, previsto nos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil. Nada obsta, todavia, que por disposição regimental da Corte de Justiça, outros temas sejam julgados pelo tribunal pleno ou órgão especial.

#### **2.4 Os subsistemas dos precedentes extraídos de decisões dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais no âmbito da definição do direito local**

Consoante exposto no capítulo 1.3.2, a *ratio decidendi* das decisões oriundas das Cortes de Justiça devem ser consideradas precedentes quando versarem sobre a definição do “direito local”. Isso porque o Supremo Tribunal Federal e o Superior

---

<sup>210</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Tribunal de Justiça não têm competência para formar precedentes sobre esses temas<sup>211</sup>.

Desse modo, as Cortes de Justiça, quando julgam casos que, para serem resolvidos, exigem, exclusivamente, a interpretação de disposições normativas de origem municipal ou estadual, estabelecem, como se Cortes de Vértice fossem, o sentido normativo derradeiro de tais textos, exatamente por não ser admitida a interposição de recurso especial ou extraordinário nessa circunstância.

Essa situação peculiar tem origem no princípio federativo, previsto no *caput* do artigo 1º da Constituição Federal e efetivado em âmbito constitucional, principalmente, pelo *caput* do artigo 25 e pelo artigo 30 da Carta Política.

É legítimo afirmar, assim, que se formam verdadeiros subsistemas de precedentes sobre “direito local” nos respectivos Estados (tribunais de justiça) e Regiões (tribunais regionais federais) do país. Esses subsistemas, em regra, não se comunicam com o sistema de precedentes nacional. Os tribunais de justiça e os tribunais regionais federais, na definição do “direito local”, assumem o papel de verdadeiras Cortes de Precedentes.

Importante reiterar que a situação de exceção ora explanada não afasta a regra geral de que as Cortes de Justiça devem respeitar os precedentes oriundos das Cortes Supremas. Essa é uma premissa básica sustentada ao longo de todo o presente trabalho. O fenômeno que ocorre no âmbito do “direito local” diz respeito, apenas, a uma reserva material de competência decorrente do princípio federativo e do entendimento pacífico das Cortes Supremas resumido na Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal.

Em decorrência da natureza de precedente assumida pelas teses jurídicas advindas das Cortes de Justiça nessa circunstância, cumpre referir que adquirem natureza normativa, de modo que devem ser obrigatoriamente observadas por todos os juízes vinculados à respectiva Corte de Justiça (*stare decisis* vertical), e, também, pelos próprios tribunais (*stare decisis* horizontal).

Outra consequência advinda da natureza de precedente é que não pode se admitir divergência perene ou indefinida entre posicionamentos exarados sobre “direito local” pelos órgãos fracionários das Cortes de Justiça. Vale dizer, a

---

<sup>211</sup> Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal: Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

instauração do incidente de assunção de competência ou o incidente de resolução de demandas repetitivas, nesse caso, é obrigatória.

Por fim, cumpre advertir que decisões do Supremo Tribunal Federal que venham a declarar a inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal não podem ser desconsideradas pelas Cortes de Justiça. Aqui se constata um ponto de contato entre o sistema nacional de precedentes e o subsistema ora analisado. Tais decisões podem decorrer de ações diretas de inconstitucionalidade propostas diretamente no Supremo Tribunal Federal, no caso das leis estaduais, e, ainda, de julgamentos de recursos extraordinários contra pronunciamentos dos tribunais de justiça em ações diretas de inconstitucionalidade de leis municipais em face de disposição normativa de constituição estadual que reproduza, obrigatoriamente, texto da Constituição Federal<sup>212</sup>.

Em síntese: as teses jurídicas extraídas de acórdãos exarados pelas Cortes de Justiça, quando envolvem exclusivamente a definição de “direito local”, têm a natureza de precedente, de modo que são de observância obrigatória pelo próprio tribunal e por todos os demais juízes subordinados à respectiva Corte de Justiça. A uniformização de entendimento, por esse motivo, é obrigatória. O conjunto de teses sobre esse tema forma subsistemas de precedentes nos estados (Justiça estadual) e regiões (Justiça federal), que em regra não apresenta conexão com o sistema nacional, a não ser nas hipóteses envolvendo declarações de inconstitucionalidade de leis municipais ou estaduais por parte do Supremo Tribunal Federal.

## **2.5 A função das súmulas vinculantes e não vinculantes**

Súmulas não são precedentes. Súmulas são resumos de entendimentos. Têm finalidade didática. Visam à clareza.

---

<sup>212</sup> Sobre o cabimento de recurso extraordinário na hipótese em análise, interessante citar trecho do *leading case* dessa construção pretoriana, isto é, a Rcl 383, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 21.5.1993: “Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados membros. - Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente.”



As lições de Daniel Mitidiero corroboram essa afirmação:

Súmulas são enunciados que visam a retratar, de modo simples e direto, precedentes. Em uma palavra: são extratos. Súmulas, portanto, são enunciados que visam a retratar precedentes, alocando-se em um nível acima do nível do precedente. Por essa razão é que obviamente devem se ater às circunstâncias fático-jurídicas que deram azo à formação dos precedentes subjacentes (art. 926, § 2º, do CPC). Isso quer dizer que o legislador deveria ter dito que os precedentes – enunciados ou não em súmulas, vinculantes ou não – obrigam juízes e tribunais. Rigorosamente não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes<sup>213</sup>.

Não sendo correto equiparar as súmulas aos precedentes, evidentemente que não fazem parte do sistema de precedentes. E isso vale tanto para as súmulas vinculantes, introduzidas no Brasil por meio da Emenda Constitucional 45/2004, como para as demais.

Do mesmo modo, não é exato o Código de Processo Civil ao preceituar, nos incisos II e IV do artigo 927, que os juízes e tribunais deverão observar enunciados de súmulas<sup>214</sup>. Na verdade, juízes e tribunais devem observar os precedentes que deram origem à súmula. E são os precedentes, dessa forma, que devem apresentar compatibilidade entre si, de modo a formarem um sistema dotado de *ordem* e de *unidade*.

Por óbvio que, se as súmulas retratarem de maneira adequada um sistema de precedentes dotado de *ordem* e *unidade*, acabarão apresentando, também, essas mesmas características. Isso traduz, todavia, mero reflexo da compatibilidade, porventura, havida entre os precedentes. Prova disso é que, se os precedentes forem entre si incompatíveis, as súmulas certamente também serão.

### 3 COERÊNCIA: POSSÍVEIS SIGNIFICADOS.

No capítulo anterior, foi demonstrado que o conjunto de precedentes elaborados pelas Cortes Supremas brasileiras deve ser visto e explicado como um

<sup>213</sup> MITIDIERO, 2016, p. 109.

<sup>214</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

II - os enunciados de súmula vinculante;

[...]

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

[...]

sistema. Também os precedentes construídos pelas Cortes de Justiça, quando envolvem exclusivamente o exame de “direito local”, formam subsistemas normativos. *Ordem e unidade* são elementos indissociáveis de um sistema jurídico. Com a hierarquia – alcançada pelo dever de julgar casos semelhantes de maneira semelhante – alcança-se a *ordem*. A *unidade* deve ser promovida no sistema de precedentes, por conta de disposição expressa do Código de Processo Civil, por meio da coerência.

Sobre a ideia de coerência, a título introdutório, cumpre transcrever a seguinte passagem de Humberto Ávila: “Coerência é tanto um critério de relação entre dois elementos como uma propriedade resultante dessa mesma relação.”<sup>215</sup>

A coerência determina, assim, critérios de relação a serem observados entre elementos de um sistema normativo. A observância dos critérios produz, como resultante, a coerência do sistema.

Para os objetivos do presente trabalho, os elementos a serem relacionados são, exatamente, os precedentes. Mais especificamente, os precedentes que estão em fase de formação devem ser confrontados com os demais elementos (precedentes) já integrantes do sistema jurídico de precedentes. Esse relacionamento deve ser disciplinado pela coerência, o que impõe que deveres instrumentais possam ser identificados e seguidos, a fim de que o sistema seja coerente.

Eis as perguntas a serem enfrentadas: como deve se dar a relação entre os elementos (precedentes) para que, em conjunto, apresentem um resultado coerente? Dito de outro modo: o que a coerência exige do intérprete/aplicador no momento da formação do precedente?

As respostas acima serão respondidas, apenas, no capítulo 5 do presente trabalho. Todavia, para que seja possível identificar os deveres instrumentais impostos pela coerência em um sistema de precedentes, é preciso, primeiramente, expor algumas das principais construções teóricas que trataram do tema. Com base nisso, torna-se possível enfrentar o problema central da pesquisa, qual seja, especificar o que significa dizer que os tribunais brasileiros devem agir de forma coerente.

---

<sup>215</sup> ÁVILA, 2004, p. 30.

### 3.1 Coerência como ausência de antinomias

Como referido no item 2.1, Norberto Bobbio, na primeira edição de seu livro *Teoria Dell'Ordinamento Giuridico*, publicado em 1960, se propõe a definir sistema jurídico. Na definição, afirma que sua característica principal seria de não conter normas incompatíveis entre si<sup>216</sup>. O ordenamento jurídico, desse modo, é visto pelo autor como uma unidade sistemática, se estiver livre de incompatibilidades entre seus elementos normativos<sup>217</sup>. A incompatibilidade, por sua vez, ocorre, quando as normas apresentam antinomias, o que significa, em outras palavras, quando entram em contradição umas com as outras. Em síntese: a ordenação do sistema é atingida, quando entre suas partes singularmente consideradas não existam contradições<sup>218</sup>.

Após definir sistema jurídico, Norberto Bobbio conclui que a incompatibilidade entre as normas é, portanto, um “mal a ser eliminado”<sup>219</sup>, o que impõe seguir um *dever de coerência*<sup>220</sup>. Esse dever teria origem em uma *regra de coerência*, que pode ser formulada nos seguintes termos: “Em um ordenamento jurídico não devem existir antinomias”<sup>221</sup>. A regra, segundo Bobbio, criaria deveres àqueles que se dedicam à produção e à aplicação das normas jurídicas, ou seja, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário<sup>222</sup>. Em relação ao legislador, o dever seria de não criar normas incompatíveis com outras normas do sistema<sup>223</sup>. Já para o Judiciário, o dever assumiria o seguinte formato: caso o julgador se depare com antinomias normativas no julgamento de um caso concreto, deve eliminá-las<sup>224</sup>.

Diante desse contexto, a *regra de coerência* pode ser analisada à luz de três situações distintas, variando os deveres, de juízes e legisladores, conforme o caso.

A primeira situação envolve a constatação de que o ordenamento jurídico é composto de normas superiores e inferiores. Assim, o dever de coerência determina ao legislador que não edite normas inferiores que desrespeitem o conteúdo de normas superiores; impõe, ainda, aos juízes, que, ao decidirem casos que envolvam

---

<sup>216</sup> BOBBIO, 1960, p. 80.

<sup>217</sup> BOBBIO, 1960, p. 69.

<sup>218</sup> Ibid., p. 81.

<sup>219</sup> Ibid., p. 119.

<sup>220</sup> Ibid., p. 119-124.

<sup>221</sup> Ibid., p. 119.

<sup>222</sup> Ibid., p. 119.

<sup>223</sup> Ibid., p. 119.

<sup>224</sup> Ibid., p. 120.

a colisão entre normas inferiores e superiores, apliquem, necessariamente, a norma superior<sup>225</sup>.

A segunda hipótese ocorre, quando as normas são de mesmo nível e sucessivas no tempo. Não há, nesse caso, *dever de coerência* ao legislador, porquanto o Poder Legislativo estaria autorizado a produzir normas posteriores que revoguem as anteriores (produzindo ab-rogação ou derrogação); em relação aos juízes, todavia, a regra de coerência atuaria no sentido de impor que no julgamento do caso seja aplicada, sempre, a legislação posterior<sup>226</sup>.

A terceira circunstância ocorre, quando as normas são de mesmo nível e contemporâneas, como, por exemplo, na publicação de um código. Nessa situação, tanto legisladores quanto juízes estariam liberados do dever de coerência, porquanto, segundo Bobbio, uma mesma lei que contenha disposições contraditórias é válida, isentando o legislador de injuridicidade<sup>227</sup>. No que tange ao Poder Judiciário, também não haveria um dever de coerência, porquanto quaisquer das normas podem ser aplicadas sem que a decisão possa ser invalidada<sup>228</sup>.

Quanto à origem da *regra de coerência*, Norberto Bobbio arremata afirmando que reside, ao fim e ao cabo, na exigência de certeza, entendida como a possibilidade de o cidadão prever as consequências jurídicas da própria conduta<sup>229</sup>. E mais: a regra de coerência seria imprescindível para a promoção da justiça, entendida como um princípio que impõe tratamento igual àqueles que se encontrem na mesma situação<sup>230</sup>.

Sintetizando as ideias de Norberto Bobbio sobre *coerência*, é possível afirmar que é vista como uma *regra* que impõe *deveres* aos Poderes Judiciário e Legislativo, especificamente para que legisladores e juízes evitem antinomias entre as normas do ordenamento jurídico, o que significa, em termos amplos, um dever de prevenir e eliminar contradições normativas. Os fundamentos últimos da regra de coerência

---

<sup>225</sup> Ibid., p. 120.

<sup>226</sup> Ibid., p. 120-121.

<sup>227</sup> Segundo Norberto Bobbio, o dever de o legislador editar disposições normativas simultâneas e livres de contradições seria meramente moral (BOBBIO, 1960, p. 121).

<sup>228</sup> Ibid., p. 121-122.

<sup>229</sup> Percebe-se aqui o embrião de uma ideia atrelada ao que hoje se entende por Segurança Jurídica.

<sup>230</sup> “E’ evidente che là dove due norme contraddittorie sono entrambe valide, e può essere indifferentemente applicata or l’una or l’altra, secondo Il libero giudizio di coloro che sono chiamate ad applicarle, vengono violate due esigenze fondamentali, cui si ispirano o tendono ad ispirarsi gli ordinamenti giuridici: l’esigenza della certezza (che corrispondi al valore della pace o dell’ordine), e quella della giustizia (che corrisponde al valore dell’eguaglianza).” (Ibid., p. 123)

estariam na necessária promoção da certeza do que é o direito, bem como na realização da justiça como igualdade.

### 3.2 Coerência normativa

Exposta a concepção de que a promoção da coerência de um ordenamento jurídico ocorreria, exclusivamente, pela ausência de antinomias entre seus elementos, de modo que a regra de coerência imporia deveres aos Poderes Legislativo e Judiciário destinados, apenas, à prevenção e eliminação de contradições, cumpre explanar uma concepção mais exigente, elaborada por um autor do *common law*, denominada *coerência normativa*.

O desenvolvimento da coerência normativa é feito pelo escocês Neil MacCormick, principalmente em duas obras: a primeira, editada em 1978, chamada *Legal Reasoning and Legal Theory*; a segunda, onde o tema é aprofundado, no livro *Rhetoric and The Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*, publicado em 2005.

Segundo MacCormick, modernamente, a racionalidade jurídica estrutura a manifestação do Direito por meio de sistemas normativos<sup>231</sup>. Assim, é necessário exigir que o conjunto das normas integrantes do sistema “faça sentido”<sup>232</sup>. Valendo-se dessa premissa central, o desenvolvimento da coerência normativa é realizado.

MacCormick inicia fazendo uma distinção, não realizada por Norberto Bobbio, entre coerência e consistência. Um conjunto de normas pode estar isento de contradições entre si, todavia não “fazer sentido”. O exemplo dado pelo autor é bastante didático: suponha-se a existência de uma casa em que os habitantes tenham de obedecer às normas que imponham o dever de deixarem seus quartos tão desarrumados quanto possível nas segundas, quartas e sextas-feiras; e então arrumá-los com a máxima perfeição às terças, quintas e sábados, tendo o domingo como dia de descanso<sup>233</sup>. Essas normas não são contraditórias entre si. Podem conviver, simultaneamente, sem antinomias aparentes. Satisfazem, portanto, o requisito da consistência. Não obstante, pode-se afirmar que, em conjunto, fazem sentido? Em outras palavras, seria possível encontrar um sentido em tais normas?

Para que um sistema jurídico seja coerente não basta, desse modo, que contenha proposições não contraditórias, haja vista essa diretriz constituir, apenas,

---

<sup>231</sup> MACCORMICK, 2005, p. 229.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 190-193.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 189-190.

condição necessária, mas não suficiente, para coibir a arbitrariedade<sup>234</sup>. É insuficiente que as diversas disposições normativas de um sistema jurídico não apresentem contradições entre si se, em conjunto, não apontam para um mesmo sentido normativo. Um conjunto detalhado de normas sem diretrizes superiores comuns não passa de um “amontoado” normativo carente de coerência<sup>235</sup>.

A coerência normativa pode ser definida como uma propriedade de um grupo de proposições (normas) que, tomadas em conjunto, “faz sentido”. A falta de coerência envolve “falta de sentido”<sup>236</sup>. Aqui é dado um passo decisivo para o desenvolvimento da ideia de coerência, que indiscutivelmente vai além da concepção de que se confundiria com a ausência de antinomias (consistência).

Ainda segundo Maccormick, para que se atinja o ideal de que o sistema normativo “faça sentido”, é imprescindível que as normas sejam vistas como instrumentos voltados à realização de princípios e de valores superiores comuns. Vale dizer: um conjunto de normas é coerente, se todas satisfazem ou são concretizações de princípios mais gerais<sup>237</sup>. Na síntese do próprio Maccormick: a coerência de um conjunto de normas é função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e os valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória<sup>238</sup>.

A coerência normativa exerce, desse modo, um papel fundamental na justificação de decisões judiciais proferidas em casos difíceis (*hard cases*), ou seja, aqueles casos em que o método dedutivo – segundo o qual de uma premissa normativa maior, associada a uma premissa fática menor, se extrai uma conclusão – se mostra insuficiente<sup>239</sup>. A coerência normativa apresenta-se, nesse contexto, como um constrangimento real e importante sobre juízes, porquanto limita as alternativas de interpretação no âmbito dos casos difíceis<sup>240</sup>.

---

<sup>234</sup> Ibid., p. 201-205.

<sup>235</sup> MACCORMICK, 2003, p. 156-157.

<sup>236</sup> MACCORMICK, 2005, p. 189.

<sup>237</sup> MACCORMICK, 2005, p. 193.

<sup>238</sup> “In short, the coherence of a set of norms is a function of its justifiability under higher-order principles and values, provided that the higher-or highest order principles and values seem acceptable as delineating a satisfactory form of life, when taken together.” (Ibid., p. 193).

<sup>239</sup> AMAYA, Amalia *The tapestry of reason, an inquiry into the nature of coherence and its role in legal argument*, Oxford: Hart, 2015, p. 15.

<sup>240</sup> MACCORMICK, op. cit., p. 203.

Manuel Atienza esquematiza as situações consideradas por Maccormick como sendo capazes de tornar um caso difícil (*hard case*): a) problema de interpretação, que existe quando a disposição normativa apresenta mais de um sentido possível; b) problema de pertinência, verificado quando há dúvida acerca da existência de uma norma a regular o caso a ser julgado; c) problemas relacionados às provas, relacionados à definição dos contornos da premissa menor do silogismo decisório (premissa fática); d) problemas de qualificação, que envolvem dúvidas acerca da qualificação jurídica de fatos, o que também interfere na premissa fática do julgamento<sup>241</sup>.

A coerência normativa atua na justificação das decisões judiciais, contribuindo para a racionalidade do Direito<sup>242</sup>. Surge como um limite à liberdade do intérprete no que se refere à definição da premissa normativa do silogismo decisório, exatamente nos chamados casos difíceis (*hard cases*). Em síntese: exige que a decisão tenha sentido em relação ao sistema jurídico na qual se insere.

Maccormick estabelece, ainda, uma distinção entre coerência normativa e coerência narrativa. Enquanto a primeira está relacionada a limites na construção da premissa maior do silogismo decisório (premissa normativa), a coerência narrativa está ligada à *verdade* sobre os fatos, ou seja, relaciona-se à premissa fática da decisão. Vale dizer, com a questão dos requisitos para a aceitação de descrições de eventos passados<sup>243</sup>.

Indagar sobre a verdade ou a provável verdade de um conjunto de alegações constante na petição inicial de uma ação é tema afeto à coerência narrativa. Em que pese não se possa ter certeza acerca de como os fatos do passado realmente ocorreram, um teste de coerência narrativa eleva a probabilidade de verdade sobre certa alegação sobre fato. Já os aspectos normativos das decisões, que passam, entre outras coisas, pela escolha de sentidos possíveis do sistema jurídico no qual a decisão se insere, tocam à coerência normativa.

É inegável a aproximação do conceito de coerência normativa cunhado por Maccormick com o de *unidade* – tida como elemento indissociável de um sistema

---

<sup>241</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 178-182.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>243</sup> MACCORMICK, 2005, p. 229-233.

jurídico –, nos termos que definida por Canaris<sup>244</sup>. Pela aproximação dos conceitos, é imperioso reconhecer uma íntima relação entre *unidade* e *coerência*. Dito de outro modo: um sistema normativo coerente é dotado de unidade.

Como finalidade maior a ser alcançada pela observância da coerência normativa, destaca-se o estabelecimento de uma ordem jurídica racional que promove justiça formal<sup>245</sup>.

A título de observação final, é importante mencionar que o próprio Maccormick admite, diante da abertura semântica dos princípios e valores superiores, haver o risco de distorção de seu conteúdo pelo intérprete. Assim, a coerência normativa não pode ser considerada, por si só, uma garantia suficiente para a promoção da justiça<sup>246</sup>.

### 3.3 Coerência e integridade

Em 1961, o inglês Herbert L.A. Hart publicou o livro *The Concept of Law*. No capítulo VII da obra, consta que os padrões de comportamento impostos pelo Direito podem ser comunicados por meio de leis ou precedentes<sup>247</sup>, e ambas as disposições normativas atuam facilmente sobre a grande massa de casos concretos (casos fáceis). As mesmas disposições, todavia, podem apresentar indeterminação, assumindo uma textura aberta, quando diante de “casos difíceis”<sup>248</sup>. Nessa segunda situação, seria permitido ao aplicador do Direito, em especial o Poder Judiciário, exercer uma escolha acerca do sentido a ser atribuído aos textos normativos, criando direito<sup>249</sup>.

Em resposta à posição de Hart sobre a discricionariedade judicial no julgamento de “casos difíceis”, surge a crítica do norte-americano Ronald Dworkin. Em 1977, o autor escreveu *Taking Rights Seriously*, tendo como um dos objetivos criticar o positivismo jurídico, em especial a concepção de Hart de que nos “casos

---

<sup>244</sup> O conceito de unidade cunhado por Canaris foi apresentado no item 2.1 do presente trabalho, sendo importante reiterar que significa a “recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos”.

<sup>245</sup> AMAYA, 2015, p. 22.

<sup>246</sup> MACCORMICK, op. cit., p. 202.

<sup>247</sup> HART, Herbert L. A. (1907-1992). *The concept of law*. 3. ed. Oxford: Clarendon 2012, p. 127-128.

<sup>248</sup> HART, 2012, p. 127-128.

<sup>249</sup> Ibid., p. 135-136.



difíceis” haveria discricionariedade por parte do Poder Judiciário<sup>250</sup>. Segundo Dworkin, mesmo nos *hard cases* a solução deve ser dada com base na utilização de princípios morais e políticos que as decisões explícitas anteriores pressupõem<sup>251</sup>. Em outras palavras: tanto em “casos fáceis” como em “casos difíceis” haveria sempre uma única resposta certa a ser descoberta pelo aplicador do Direito<sup>252</sup>. No Direito, não haveria espaço, desse modo, para discricionariedade.

A ideia “da resposta certa” foi aprofundada por Dworkin na obra *Law’s Empire*, cuja primeira edição remonta ao ano de 1986. No livro, são apresentadas três ideias antagônicas de Direito. Vale dizer, três descrições acerca do que fazem advogados, professores de Direito e juízes. As concepções seriam o “convencionalismo”, o “pragmatismo jurídico” e o “direito como integridade”<sup>253</sup>.

O convencionalismo é apresentado como uma ideia de Direito que sustenta ser a prática jurídica uma atividade de respeito e aplicação das convenções políticas do passado. As convenções seriam, v.g, a Constituição, as leis, os decretos e os precedentes. O convencionalista considera as conclusões das convenções como sinônimo de Direito<sup>254</sup>. Ocorre que, em muitos casos – nos *hard cases*, diria Hart – as convenções do passado não são capazes de dar uma resposta clara e unívoca sobre um dado problema jurídico. Nesses casos – de lacuna ou de falta de clareza das convenções –, os convencionalistas defenderiam o exercício da discricionariedade judicial, que seria exercida sem qualquer preocupação com a coerência da decisão em relação aos princípios constantes nas decisões anteriores<sup>255</sup>. Em outras palavras: em caso de lacuna ou de falta de clareza, a decisão poderia ser proferida ignorando o passado.

O pragmatismo jurídico é o oposto do convencionalismo, porquanto pressupõe que as pessoas não têm, antes da solução judicial do litígio, direito a nada. As decisões judiciais proferidas sob essa ótica devem desconsiderar as convenções do passado (constituição, leis, precedentes, etc), limitando-se a adotar como parâmetro decisório o que seria melhor para a comunidade como um todo. Trata-se de uma visão nitidamente prospectiva da realidade jurídica, pois os

---

<sup>250</sup> DUTRA, Delemar José Volpato. Justiça como integridade: Dworkin e o princípio da coerência na aplicação do Direito. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, v. 2, p. 9-27, 2007.

<sup>251</sup> DWORKIN, 1986, p. 95-96.

<sup>252</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 81-131.

<sup>253</sup> DWORKIN, 1986, p. 94.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 115-116.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 134-135.

fundamentos da decisão passam, unicamente, pelos resultados a serem produzidos pelo pronunciamento estatal<sup>256</sup>. Em síntese, o pragmatismo jurídico rejeita que as decisões políticas do passado ofereçam justificativas adequadas para o reconhecimento de direitos<sup>257</sup>. Os juízes devem decidir, sempre, pensando no melhor para o futuro<sup>258</sup>. Nesse contexto, também não há dever de coerência em relação ao que já foi decidido<sup>259</sup>.

O “direito como integridade” é a terceira forma de explicar no que consiste o trabalho de juízes e advogados, ou, em outros termos, de como se deve conceber o Direito. Essa concepção condena a incoerência de princípio entre os atos do Estado personificado<sup>260</sup>. O Poder Judiciário deve resolver conflitos considerando as decisões judiciais e a legislação anterior, observando uma relação de coerência com os princípios morais e políticos subjacentes às convenções do passado. Não há espaço – na adoção do “direito como integridade” –, para julgamentos discricionários<sup>261</sup>. Isso porque sempre seria possível encontrar a *resposta correta* valendo-se dos princípios anteriormente reconhecidos. Os juízes devem tratar o sistema normativo como se fosse um conjunto coerente de princípios<sup>262</sup>. Nesse diapasão, também o Poder Legislativo deve, ao legislar, respeitar a integridade<sup>263</sup>.

Importante destacar que conceber o direito como integridade não implica reconhecer a necessidade de coerência em relação, apenas, aos princípios expressos nas decisões anteriores; mas, também, num sentido mais amplo, exige-se coerência em relação aos princípios implícitos justificadores das decisões pretéritas<sup>264</sup>. Trata-se de compreender o Direito como um conjunto de princípios que devem ter seus respectivos conteúdos construídos pelo intérprete com o objetivo de formar um sistema coerente de valores morais<sup>265</sup>.

---

<sup>256</sup> DWORKIN, 1986, p. 147-148.

<sup>257</sup> Ibid., p. 151.

<sup>258</sup> Ibid., p. 161.

<sup>259</sup> Ibid., p. 162.

<sup>260</sup> Ibid., p. 183-184.

<sup>261</sup> Nesse sentido, vide a afirmação de Cláudio Ari Mello sobre a teoria de direito como integridade: “Com a teoria do direito como integridade, Dworkin pretende finalmente oferecer uma resposta completa a uma das suas críticas seminais à doutrina positivista do direito: a tese da discricionariedade judicial.” (MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 255, p. 63–90, maio 2016, p. 14).

<sup>262</sup> DWORKIN, op. cit., p. 216-217.

<sup>263</sup> Ibid., p. 217-218.

<sup>264</sup> DWORKIN, 1986, p. 226.

<sup>265</sup> MELLO, 2016, p. 15.

No centro da ideia de integridade, reside uma concepção de coerência. Isso porque, quando Dworkin sustenta que as decisões estatais em geral, e as judiciais em especial, devem ser proferidas da aceitação de que o sistema jurídico seja um “todo coerente”, é preciso explicar exatamente no que consistiria o dever de *coerência*.

Com o objetivo de tornar mais clara a tarefa de decidir questões jurídicas à luz da coerência, Dworkin cria uma analogia bastante conhecida: o *romance em cadeia*<sup>266</sup>. Segundo a metáfora, cada juiz deve ser visto como um romancista com a missão de dar continuidade a um romance em série já iniciado pelos juízes que decidiram casos anteriores. Cada romancista interpreta os capítulos que recebeu, escrevendo um novo capítulo que será interpretado por seus sucessores. O dever de coerência surge exatamente nesse contexto, porquanto a decisão a ser proferida deve ser coerente com as anteriores, como se o romance tivesse sido escrito por um romancista apenas<sup>267</sup>.

Ao lado da ideia do “romance em cadeia”, Dworkin cria a figura de um juiz ideal, o Juiz Hércules, que atento ao dever de coerência deve servir de referência para todos os “juízes humanos”<sup>268</sup>.

A melhor concepção de Direito, segundo Dworkin, seria exatamente a de “direito como integridade”. Isso porque seria a única capaz de promover, de forma satisfatória, a imparcialidade, prevenindo fraudes e outras formas de corrupção<sup>269</sup>.

Traçando um paralelo entre a ideia de coerência em Dworkin e em Maccormick, é inegável que existem semelhanças, porque, nas duas construções, se percebe que a coerência é promovida exatamente da compatibilidade das normas do sistema com um conjunto restrito de princípios superiores. Em outras palavras: o ponto comum entre as construções reside no fato de que são os princípios superiores que outorgam coerência ao sistema normativo. A concepção de direito como integridade é, todavia, mais abrangente que a de coerência normativa, pois, enquanto Maccormick exige compatibilidade das normas com um restrito número de princípios e valores, Dworkin faz referência a uma compatibilidade que integra

---

<sup>266</sup> DWORKIN, op. cit., p. 229.

<sup>267</sup> Ibid., p. 229-230.

<sup>268</sup> A ideia de que o Juiz Hércules deve servir de “modelo” para os julgadores reais é apontada por Raimo Siltala: “Hercules provides a reference for de human judges by means of which the degree of coherence attained in reading a series of precedents, other judicial decisions, or statutes may best be critically evaluated.” (SILTALA. Raimo. *Law, truth and reason: a treatise on legal argumentation*. Dordrecht: Springer, 2011, p. 67).

<sup>269</sup> DWORKIN, op. cit., p. 188.

sistemas morais. É correto concluir, portanto, que a ideia de Maccomick está contida na de Dworkin<sup>270</sup>.

É importante chamar a atenção para o fato de que as concepções de Maccormik e de Dworkin sobre coerência estabelecem verdadeiros estados ideais a serem alcançados, porquanto descrevem um fim a ser perseguido. O fim seria de que todas as normas do sistema jurídico encontrem suporte em princípios superiores.

Não é possível, contudo, extrair claros deveres instrumentais dessas ideias. Ficam sem respostas as seguintes perguntas: o que deve fazer o Poder Judiciário para que as normas sejam suportadas por princípios superiores? E a quem cabe definir o conteúdo dos princípios superiores? Como evitar que uma norma seja construída da evocação de um princípio superior que tenha tido seu conteúdo semântico distorcido pelo aplicador? Essas respostas são fundamentais e exigem que sejam construídos critérios de coerência, isto é, deveres claros a serem observados pelo órgão competente para a criação da norma, controláveis da justificação explicitada. Em outras palavras, é necessário impor ao agente responsável pela construção da norma que respeite deveres claros decorrentes da coerência e que demonstre esse respeito na justificação da decisão. Apenas desse modo é possível fazer com que um sistema normativo seja coerente. Abaixo serão expostas algumas das construções doutrinárias que contribuem decisivamente para esse fim.

### 3.4 Coerência formal: consistência e completude

Na doutrina brasileira, Humberto Ávila trouxe colaboração importante sobre o tema da coerência no Direito. Primeiramente, na obra denominada *Sistema Constitucional Tributário*, cuja 1ª edição remonta ao ano de 2004<sup>271</sup>; posteriormente, em 2006, com a publicação da 7ª edição da obra *Teoria dos Princípios*.

---

<sup>270</sup> Essa a conclusão de Robert Alexy e Aleksander Peczenik: “Ronald Dworkin’s theory of “integrity” (that is, coherence) of law includes Maccormick’s idea that principles make rules coherent. But Dworkin’s theory seems to be more general. He compares a lawyer with a novelist, participating in writing a “chain novel” seriatim. Each novelist, and each lawyer, aims to make his additions fit not only general principles but all the material he has been given, the predictions of what his successors will want or be able to add to it, and his substantive value judgments” (ALEXY; PECZENIK 1990, p. 131).

<sup>271</sup> ÁVILA, 2004.

Com amparo nas lições de Susanne Bracker, o autor gaúcho defende que um conjunto de normas preenche o requisito da coerência formal, se apresentar consistência e completude<sup>272</sup>.

Consistência significa ausência de contradição<sup>273</sup>. Sobre o ponto, é importante reiterar o que fora ressaltado no item 3.2, no sentido de que coerência não é sinônimo de consistência. A exigência de consistência se confunde com a ideia de um sistema livre de contradições, tal qual sustentado por Norberto Bobbio (item 3.1). A consistência é, assim, uma condição necessária para a coerência, mas não, suficiente.

Completude, diferentemente, exige integridade e coesão inferencial<sup>274</sup>. Humberto Ávila qualifica a integridade como a exigência de que o conjunto de proposições (normas) contenha todos os elementos e suas negações; já a coesão inferencial significa que o conjunto de proposições (normas) deva conter suas próprias consequências lógicas<sup>275</sup>.

A coerência formal é promovida em termos de “tudo ou nada”, isto é, “existe” ou “não existe”. Não se admite “graduação”<sup>276</sup>. Por exemplo: se duas normas apresentam contradição, é constatada inconsistência, de modo que não há falar em coerência.

### **3.5 Coerência substancial: dependência recíproca e elementos comuns**

Para além da coerência formal, caracterizada pela exigência de consistência e completude entre os elementos de um sistema, e materializada numa dimensão do tipo “tudo ou nada” (existe ou não existe), Humberto Ávila destaca que a coerência deve ser analisada também no plano substancial. Trata-se da coerência substancial<sup>277</sup>.

Eis o conceito fornecido por Humberto Ávila:

No plano substancial, um conjunto de proposições qualifica-se como coerente quanto maior for a (a) relação de dependência recíproca entre as proposições e (b) quanto maior forem os seus elementos

---

<sup>272</sup> ÁVILA, 2014, 169.

<sup>273</sup> Ibid., 170.

<sup>274</sup> Ibid., 170.

<sup>275</sup> Ibid., 170.

<sup>276</sup> Ibid., 170.

<sup>277</sup> Ibid., 170.

comuns. A coerência substancial em razão da dependência recíproca existe quando a relação entre as proposições satisfaz requisitos de implicação lógica (a verdade da premissa permite concluir pela verdade da conclusão) e de equivalência lógica (o conteúdo de verdade de uma proposição atua sobre o conteúdo de verdade de outra e vice-versa). A coerência substancial em razão de elementos comuns existe quando as proposições possuem significados semelhantes. Ao contrário da coerência formal, existente ou não, a coerência substancial permite graduação. Vale dizer: ela pode ser maior ou menor<sup>278</sup>.

A coerência substancial fornece parâmetros concretos de avaliação da fundamentação jurídica<sup>279</sup>. Nesse ponto, é perceptível uma aproximação das ideias de Humberto Ávila com aquelas defendidas por Peczenik e Alexy (exposição a ser realizada no próximo capítulo do trabalho). Isso porque, ao analisar a coerência substancial, o autor gaúcho enfatiza sua importância como elemento integrante do discurso de justificação das decisões jurídicas, de modo a contribuir para a construção de sentidos normativos coerentes<sup>280</sup>.

Entre os diversos critérios de coerência a serem utilizados na fundamentação jurídica em geral, Humberto Ávila destaca a *fundamentação por suporte* e a *fundamentação por justificação recíproca*.

A primeira preceitua que a fundamentação será tanto mais coerente quanto mais bem suportado por outro for o enunciado<sup>281</sup>. Aqui fica clara a ideia de que devem ser utilizados fundamentos decisórios extraídos do próprio sistema, com vistas à busca de extensão e de intensidade na fundamentação. A extensão é garantida pela busca de fundamentar enunciados específicos em outros mais gerais. A intensidade é promovida pela escolha de premissas e conclusões compatíveis entre si<sup>282</sup>.

A coerência de uma fundamentação será tanto mais coerente quanto maior for a justificação recíproca entre seus elementos<sup>283</sup>. Há justificação recíproca entre

---

<sup>278</sup> ÁVILA, 2014, 170.

<sup>279</sup> ÁVILA, 2004, p. 33.

<sup>280</sup> "Nesse trabalho, investiga-se especialmente a coerência substancial. Ela exerce importante papel na fundamentação jurídica em geral e na fundamentação das limitações constitucionais ao poder de tributar em particular. A pergunta que subjaz a este discurso é a seguinte: dentro os vários sentidos que as limitações ao poder de tributar podem ter, qual deles deve ser privilegiado? O postulado da coerência contribui, justamente, fornecendo critérios para encontrar uma melhor fundamentação." (Ibid., p. 33)

<sup>281</sup> Ibid., p. 33-36.

<sup>282</sup> Ibid., p. 33.

<sup>283</sup> Nesse ponto, Humberto Ávila lança mão das ideias de Peczenik e Alexy acerca da justificação recíproca empírica, analítica e normativa (Ibid., p. 36-37).

dois elementos do sistema, quando um deles “pertence a uma premissa da qual o segundo elemento decorre logicamente, ao mesmo tempo em que o segundo elemento faz parte de uma premissa da qual o primeiro elemento também decorre logicamente”<sup>284</sup>.

Apresentadas as ideias de Humberto Ávila sobre coerência, cumpre expor os critérios de coerência desenvolvidos por Aleksander Peczenik e Robert Alexy.

### **3.6 A estipulação de critérios de coerência como requisitos de racionalidade das decisões judiciais**

Aleksander Peczenik e Robert Alexy publicaram, juntos, um ensaio, no ano de 1990, denominado *The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality*<sup>285</sup>. No artigo, ambos se propõem, num primeiro momento, a conceituar coerência.

Segundo Alexy e Peczenik, a ideia inicial para se atingir um conceito de coerência pode ser traduzida da seguinte afirmação: “The more the statements belonging to a given theory approximate a perfect supportive structure, the more coherent the theory.”<sup>286</sup>

Fica claro que a coerência de uma teoria depende da qualidade da estrutura de suporte (fundamentação) de seus elementos. Os autores esclarecem, ainda, que o termo “teoria” deve ser entendido em sentido amplo, de modo a abranger teorias descritivas e normativas (em especial sistemas normativos)<sup>287</sup>. Esse esclarecimento é fundamental, porque, no presente trabalho, almeja-se utilizar as construções teóricas desenvolvidas sobre coerência para aplicá-las a um sistema normativo específico, qual seja o sistema de precedentes brasileiro.

Cumpre, mais uma vez, ressaltar a diferença, já demonstrada anteriormente, entre coerência e consistência. Uma teoria (sistema) é consistente, se não apresenta contradições. Peczenik e Alexy reiteram que essa noção está integrada ao conceito de coerência, mas é apenas o seu lado negativo, de modo que a consistência é condição necessária, mas não suficiente para a promoção da

---

<sup>284</sup> Ibid., p. 36-37.

<sup>285</sup> ALEXY; PECZENIK 1990, p. 130-147.

<sup>286</sup> Ibid., p. 131.

<sup>287</sup> Ibid., p. 132.

coerência<sup>288</sup>. Em síntese: coerência não é, apenas, sinônimo de respeito ao princípio da nãocontradição.

Após a exposição do conceito de coerência, Alexy e Peczenik passam para um segundo momento de análise, no qual se propõem a indicar *critérios de coerência*, com o objetivo de tornar o conceito mais claro e operacional<sup>289</sup>. Talvez essa tenha sido a principal contribuição dos autores para o desenvolvimento do tema. Até então, não havia formulações que especificassem, de modo detalhado, quais as atitudes concretas a serem observadas pelo intérprete ao fundamentar uma nova decisão no contexto de um sistema normativo. O conceito de coerência fica, assim, mais preciso<sup>290</sup>.

O respeito aos critérios de coerência visa a elevar o grau de coerência do sistema como um todo, isto é, à medida que forem sendo utilizados na fundamentação das normas singularmente consideradas, o sistema vai se tornando paulatinamente mais coerente.

Digna de destaque é, ainda, a ideia de que a coerência se realiza em graus, de modo que um sistema normativo não pode ser considerado coerente ou incoerente, mas, sim, “mais coerente” ou “menos coerente”<sup>291</sup>.

Os critérios de coerência propostos por Alexy e Peczenik foram aprofundados pelo último, na obra *On Law and Reason*, cuja primeira edição remonta ao ano de 1989 (no presente trabalho as referências dizem respeito à 2ª edição, publicada em 2008, após a morte de Peczenik, ocorrida em 2005). Os critérios são divididos em três classes: a) os que dizem respeito às propriedades da estrutura de fundamentação<sup>292</sup>; b) aqueles relacionados às propriedades dos conceitos que

<sup>288</sup> Ibid., p. 131.

<sup>289</sup> “Criteria of coherence make the concept of coherence more precise. The criteria are related to each other. The degree of coherence depends on weighing them up and balancing them against each other. The following discussion of these criteria constitutes one conception of coherence. Since the concept of coherence is vague and contested, it is possible to conceive coherence in different ways.” (Ibid., p. 132).

<sup>290</sup> AMAYA, 2015, p. 35.

<sup>291</sup> ALEXY; PECZENIK 1990, p. 132.

<sup>292</sup> Eis a síntese dos critérios a serem observados no que se refere à estrutura de fundamentação de uma declaração (decisão): “1) The Number of Supportive Relations: Ceteris paribus the more statements belonging to a theory are supported, the more coherent the theory; 2) Length of the Supportive Chains: Ceteris paribus, the longer the chains of reasons belonging to a theory are, the more coherent the theory; 3) Strong Support: Ceteris paribus, the - more statements belonging to a theory are strongly supported by other statements, the more coherent the theory; 4) Connection Between Supportive Chains: Ceteris paribus, the greater the number of conclusions which are supported by the same premise belonging to the theory in question, the more coherent the theory; 5) Priority Orders Between Reasons: 5. If the theory in question contains principles then, ceteris paribus, the greater the number of priority relations between the principles, the more coherent the



encontram emprego na teoria (sistema)<sup>293</sup>; c) e, por fim, os que dizem respeito às propriedades dos objetos abrangidos pelo sistema<sup>294</sup>.

O método sugerido para a aplicação da coerência pode ser assim sintetizado: quanto mais se observam os critérios de coerência na construção dos elementos do sistema, mais coerente esse se torna. Trata-se, pois, de uma proposta quantitativa, do tipo “quanto mais, melhor”. Nesse ponto, percebe-se uma distinção em relação aos conceitos de Dworkin e Maccormick, em que sobressaem elementos qualitativos<sup>295</sup>.

Desse modo, em busca de uma estrutura de suporte perfeita (fundamentação perfeita) das normas pertencentes a um determinado sistema jurídico, devem ser observados, simultaneamente, os três critérios acima indicados. O critério “a” diz respeito, de forma imediata, com a estrutura de fundamentação; já os critérios “b” e “c”, lhe dizem respeito, apenas, de forma mediata<sup>296</sup>.

Em síntese: a concepção de coerência ora apresentada visa a organizar a solução de problemas práticos relacionados a *hard cases*<sup>297</sup>. A resolução dos problemas passa por uma exigência de equilíbrio e de ponderação entre os diversos critérios apresentados na fundamentação de uma decisão<sup>298</sup>. Com base na adoção

theory; 6) Reciprocal Justification: a) *Ceteris paribus*, the greater the number of reciprocal empirical relations between statements belonging to a theory, the more coherent the theory; b) *Ceteris paribus*, the greater the number of reciprocal analytic relations between statements belonging to a theory, the more coherent the theory. c) *Ceteris paribus*, the greater the number of reciprocal normative relations between statements belonging to a theory, the more coherent the theory.” (PECZENIK, 2008, p. 133-140).

<sup>293</sup> A síntese dos critérios que dizem respeito aos conceitos utilizados em uma teoria (sistema), é a seguinte: “1) Generality: a) *Ceteris paribus*, the more statements without individual names a theory uses, the more coherent the theory; b) *Ceteris paribus*, the greater number of general concepts belong to a theory, and the higher their degree of generality, the more coherent the theory; c) *Ceteris paribus*, the more resemblances between concepts used within a theory, the more coherent the theory. 2) Conceptual Cross-connections: a) *Ceteris paribus*, the more concepts a given theory, T1, has in common with another theory, T2, the more coherent these theories are with each other; b) *Ceteris paribus*, the more concepts a given theory, T1, contains which resemble concepts used in another theory, T2, the more coherent these theories are with each other.” (Ibid., p. 140-143).

<sup>294</sup> No que se refere aos objetos abrangidos por uma dada teoria (sistema), tem-se que a síntese das propriedades que devem ser perseguidas é a seguinte: “1) Number of Cases: *Ceteris paribus*, the greater number of individual cases a theory covers the more coherent the theory; 2) Diversity of Fields of Life: *Ceteris paribus*, the more fields of life a theory covers the more coherent the theory.” (Ibid., p. 143-144).

<sup>295</sup> Considerando ser o conceito de Dworkin sobre coerência superior ao de Peczenik e Alexy, exatamente pelo aspecto qualitativo que apresenta, vide SILTALA, 2011, p. 58-59.

<sup>296</sup> ALEXY, Robert. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 297-310, jan. 2006, p. 300.

<sup>297</sup> AMAYA, 2015, p. 25.

<sup>298</sup> “The fact that one can arrange one’s opinions concerning practical problems into a coherent whole means that one can rationally think about these problems. One could try to explicate the very concept of rational thinking as an effort to obtain a balance between the following criteria of coherence: (1) the greatest possible number of supported statements belonging to the theory in

dos critérios propostos, aplicados de forma ponderada e equilibrada, a decisão por eles embasada cresce em coerência, contribuindo para o gradativo aumento da coerência do sistema.

### 3.7 Síntese crítica das teorias abordadas

Acima, foram apresentadas diversas concepções doutrinárias sobre a coerência no Direito. O objetivo foi de apresentar teorias com características transordenamentais, para, valendo-se delas, construir deveres instrumentais que derivem da coerência, com vistas a responder às seguintes perguntas: Quando o artigo 926 do Código de Processo Civil preceitua que os tribunais devem agir de forma coerente, o que isso significa? Quais os deveres a serem observados pelas Cortes? Em que momento esses deveres surgem?

Primeira conclusão possível, consideradas todas as concepções expostas, é de que a coerência no Direito está inexoravelmente relacionada à noção de sistema jurídico<sup>299</sup>. Todos os autores citados entendem decorrer da coerência um dever de autorreferência, ou seja, um dever de que a criação de normas jurídicas deva ser feita com base no respeito ao sistema normativo da qual ela própria fará parte. O que muda de uma teoria para outra, é o modo pelo qual essa relação ocorre. Em Bobbio, o cuidado é para que as normas não apresentem contradições umas com as outras (ausência de antinomias); em Maccormick, o cuidado é para que a norma seja elaborada de princípios e valores subjacentes ao sistema normativo; em Dworkin, a resposta certa para a solução dos casos difíceis é encontrada pela identificação dos princípios morais, políticos e jurídicos que fundamentam o sistema; os critérios de coerência sugeridos por Alexy e Peczenik exigem do intérprete que relacione os fundamentos da norma que está sendo elaborada com os fundamentos

---

question; (2) the greatest possible length of chains of reasons belonging to it; (3) the greatest possible number of strongly supported statements belonging to the theory; (4) the greatest possible number of connections between various supportive chains belonging to the theory; (5) the greatest possible number of preference relations between various principles belonging to it; (6) the greatest possible number and complexity of reciprocal supportive relations between various statements belonging to the theory; (7) the greatest possible number of universal statements belonging to the theory; the greatest possible number of general concepts belonging to it; the highest possible degree of generality of concepts implemented within it; the greatest possible number of resemblances between concepts used within it; (8) the greatest possible number of conceptual cross-connections between various theories; (9) the greatest possible number of cases covered by the theory; and (10) the greatest possible number of fields of life covered by the theory.” (PECZENIK, 2008, p. 146).

<sup>299</sup> ALEXY, 2006, p. 297-310.

das demais normas do sistema jurídico; Humberto Ávila, da mesma forma, defende que a coerência impõe um relacionamento material e formal entre as normas do sistema jurídico com as normas que lhe são superiores.

Merece ênfase, ainda, o caráter normativo atribuído à coerência. Não se trata, portanto, de uma recomendação àqueles que têm competência para criar normas. No Direito brasileiro, Humberto Ávila a qualifica como norma de segundo grau (postulado hermenêutico)<sup>300</sup>, tema que será aprofundado no capítulo 6 do trabalho.

No Direito Positivo brasileiro, tornou-se norma expressa com o novo Código de Processo Civil, por meio do *caput* de seu artigo 926. Não há dúvidas, portanto, de que a coerência não retrata mera recomendação às Cortes de precedentes, de modo que desrespeitá-la produz injuridicidade<sup>301</sup>. Abordar a coerência no Direito significa, pois, transitar pelo plano deontológico, e não meramente axiológico.

O primeiro dever que da coerência decorre – ressaltado por praticamente todos os autores apresentados – é de que os elementos do sistema normativo não apresentem contradições entre si. Vale dizer, a inexistência de antinomias é uma condição necessária para a promoção da coerência. Não obstante, é incorreto pensar a nãocontradição como sinônimo de coerência, pois esta promove, apenas, a consistência de um sistema jurídico. Consistência não é o mesmo que coerência, estando nela contida. Desse modo, o conceito de coerência exposto por Norberto Bobbio em 1960 pode ser considerado superado, visto que insuficiente.

Quando se exige do Poder Judiciário que trate casos semelhantes de forma semelhante (*treat like cases alike*), a ideia que subjaz, imediatamente, é de consistência. O respeito aos precedentes promove consistência porque evita contradições internas no sistema; todavia, isso não é suficiente, por si só, para a promoção da coerência. Vale dizer, não basta que as Cortes de Justiça sigam os precedentes superiores e que as Cortes Supremas mantenham-se fiéis aos seus próprios precedentes para que a coerência do sistema seja promovida.

A concepção de coerência normativa, elaborada por Maccormick, é importante exatamente para explicitar a insuficiência da identificação entre coerência e nãocontradição. Como mencionado no item 3.2, a coerência normativa exige mais do que mera ausência de contradição entre normas de um sistema jurídico. É

---

<sup>300</sup> ÁVILA, 2014, p. 166.

<sup>301</sup> A exposição dos instrumentos institucionais de controle dos tribunais, para garantir a eficácia do postulado da coerência, será realizada no capítulo 6 do presente trabalho.

necessário que as normas possam ser deduzidas de princípios e de valores superiores para que o sistema, como um todo, faça sentido. Nesse ponto, como já referido alhures, o conceito de coerência se aproxima bastante da ideia de unidade, preconizada por Canaris (ideia exposta no capítulo 2 do trabalho). Não se pode desconsiderar, desse modo, que um sistema normativo, para ser coerente, deva apresentar relações adequadas de suas normas em geral com os princípios constitucionais (normas superiores).

Dworkin e Maccormick admitem, todavia, que o conteúdo dos princípios superiores (constitucionais) podem ser distorcidos pelo aplicador do Direito, haja vista sua generosa amplitude semântica. Não há dúvidas, por exemplo, de que os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade ou o da livre-iniciativa têm um conteúdo semântico bastante elástico, de modo que podem ser manipulados pelo intérprete para a elaboração de normas que atendam a concepções morais particulares. Esse é um mal a ser prevenido.

Digna de destaque é, ainda, a divergência doutrinária havida entre Dworkin e Hart sobre *hard cases* e *easy cases*. É preciso observar que um dos principais motivos que levou Dworkin a desenvolver a ideia de direito como integridade, que tem a coerência como base, foi o de contrapor a concepção de Hart de que, nos *hard cases* – casos em que não se encontram soluções claras no ordenamento jurídico positivo –, a discricionariedade judicial poderia ser admitida de tal modo a aproximar a tarefa do juiz com a do legislador. Isso significa que Dworkin construiu a ideia de coerência, principalmente, para combater essa possibilidade, que potencialmente ocorre nas hipóteses em que o método dedutivo se mostra insuficiente.

Essa conclusão é fundamental por explicitar que os deveres instrumentais decorrentes da coerência atuam, primordialmente, nas hipóteses de lacuna ou de falta de clareza do Direito<sup>302</sup>. Especificamente no que tange ao sistema de precedentes, percebe-se que a coerência deve ser observada, quando não exista precedente a regular o caso a ser julgado pela Corte competente para a criação do precedente. Vale dizer: a coerência exerce protagonismo no momento de formação da normaprecedente. Isso porque, se o resultado da interpretação dos fatos da causa a ser julgada (qualificação dos fatos), de um lado, e o sistema de precedentes

---

<sup>302</sup> Tema a ser desenvolvido no capítulo 5 da presente tese.

de outro, indicar que há precedente sobre o caso, a exigência é de mera consistência, isto é, simplesmente se exige obediência ao precedente para evitar contradição no sistema.

Não se pode aceitar, todavia, a posição de Dworkin (exposta no item 3.3) de que todos os problemas jurídicos contam com uma resposta certa se valendo da ideia de direito como integridade. Essa concepção é falha, principalmente, por desconsiderar o pluralismo de valores inerente às sociedades contemporâneas, bem como de a moralidade não se estruturar na forma de um sistema<sup>303</sup>. Tentar identificar, de forma objetiva, princípios morais subjacentes às decisões jurídicas revela-se uma tarefa praticamente inalcançável. Definitivamente essa não é uma premissa adotada no presente trabalho<sup>304</sup>. A coerência certamente não indicará ao aplicador uma resposta certa nas hipóteses envolvendo ausência de precedente sobre o tema a ser julgado. Não obstante, a observância aos deveres de coerência contribui decisivamente para a unidade do sistema jurídico, e, com isso, para a promoção da calculabilidade (elemento fundamental do princípio constitucional da segurança jurídica) e da igualdade.

Nesse contexto, é preciso especificar quais são, afinal, os deveres a serem observados pelas Cortes de precedentes em virtude da coerência. Dworkin e Maccormick apresentam ideias de coerência que sinalizam para a promoção de determinados estados ideais, quais sejam, respectivamente, de busca pela “resposta certa” e por um conjunto normativo que “faça sentido”. Ocorre que nenhuma das duas propostas indica deveres claros a serem observados para a consecução desses objetivos. Quando Dworkin afirma que o juiz deve se sentir como autor de um romance em cadeia, não fica claro como exatamente deve agir para ser coerente com as decisões do passado. A proposta é sedutora, mas muito vaga. Do mesmo modo ocorre com a concepção de coerência normativa, de Maccormick, porquanto argumentos baseados em princípios e em analogia, que estão na base da coerência normativa, permitem ampla margem de manipulação por parte de um intérprete que queira impor suas convicções morais particulares para a solução de um caso judicial.

---

<sup>303</sup> RAZ, 1992, p. 305.

<sup>304</sup> Na doutrina nacional, a concepção de Direito como integridade é questionada por muitos autores, dentre os quais podem ser mencionados: MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012; FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Metaética e a fundamentação do Direito*. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015.

Diante dessas constatações, é imprescindível reconhecer a enorme importância dos critérios de coerência desenvolvidos por Alexy e Peczenik, que em parte são incorporados e reorganizados, na doutrina brasileira, por Humberto Ávila. Duas ideias centrais são extraídas das concepções apresentadas: a) o sistema normativo deve ser construído de modo que sejam estabelecidas conexões materiais e formais entre suas normas (autorreferência)<sup>305</sup>; b) as conexões devem ocorrer no plano das respectivas motivações, ou seja, é preciso identificar um adequado relacionamento entre os fundamentos das normas do sistema<sup>306</sup>. Nesse sentido, a coerência atua na justificação de disposições normativas no contexto de sistemas jurídicos<sup>307</sup>.

No presente trabalho, será adotada uma concepção de motivação como discurso justificativo, tema a ser tratado no capítulo 4<sup>308</sup>. Esse discurso justificativo deve ser observado em todas as decisões judiciais para que o sistema seja construído sobre bases racionais. Não é difícil perceber, ainda, que, por serem extraídos de decisões judiciais, também os precedentes devem apresentar essa característica. No capítulo 5, pretende-se demonstrar que os deveres decorrentes da coerência influenciam, especificamente, na *justificação externa* do discurso de cada nova decisão que gera precedente<sup>309</sup>. Especificamente ao que interessa à tese ora apresentada: esse é o *modo* pelo qual a coerência interfere na formação de um novo precedente. O respeito aos deveres derivados dos critérios de coerência faz, assim, com que o resultado final da atividade interpretativa – a interpretação resultado – seja coerente<sup>310</sup>. Em síntese: o sistema de precedentes será coerente, se na construção de cada novo precedente forem respeitados deveres de coerência que atuam no sentido de limitar as escolhas da Corte no instante da formação do precedente.

Com essa exposição é importante deixar claro, desde já, que, entre os precedentes do sistema, não se deve buscar apenas a ausência de contradição,

---

<sup>305</sup> ÁVILA, 2014, p. 166.

<sup>306</sup> ALEXY, 2006, p. 299.

<sup>307</sup> AMAYA, 2015, p. 12.

<sup>308</sup> TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 53-56.

<sup>309</sup> A diferença entre justificação interna e justificação externa será abordada no capítulo 4 do presente trabalho.

<sup>310</sup> Ressaltando a vinculação entre coerência e o resultado racional da atividade de interpretação em um sistema de precedentes, assim escreveu Daniel Mitidiero: “O resultado da interpretação para ser racional tem de ser coerente”. (MITIDIERO, 2016, p. 71).

caracterizada pela já mencionada consistência (lado negativo da coerência). As conexões precisam, também, ser “positivas”, de modo que sejam encontradas relações (elementos comuns) entre seus respectivos fundamentos.

Terminada a explanação das teorias que irão auxiliar a sustentação das conclusões da tese ora defendida, cumpre expor os pressupostos teóricos indispensáveis para a aplicação da coerência em um sistema de precedentes.

## **PARTE II - AS FINALIDADES A SEREM PROMOVIDAS E OS DEVERES INSTRUMENTAIS EXIGIDOS PELA COERÊNCIA NA FORMAÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES (FUNÇÃO E CONTEÚDO). A EFICÁCIA NORMATIVA DA COERÊNCIA**

A primeira parte da pesquisa objetivou traçar os conceitos fundamentais para a evolução da tese ora apresentada. Na segunda parte, serão apresentadas, primeiramente, as premissas teóricas que precisam ser aceitas para que a coerência tenha aplicabilidade efetiva em um sistema de precedentes. A seguir, serão apresentados os fins perseguidos por meio da aplicação da coerência e, ainda, os deveres que dela decorrem. Ao final, será enfatizada a eficácia normativa da coerência, com a exposição dos meios institucionais de controle de seu cumprimento pelas Cortes de precedentes.

### **4 PREMISSAS PARA A APLICAÇÃO DA COERÊNCIA A UM SISTEMA DE PRECEDENTES**

A observância da coerência na construção de precedentes, consoante previsto no *caput* do artigo 926 do Código de Processo Civil brasileiro, exige a aceitação de alguns pressupostos teóricos. Trata-se de premissas sem as quais se torna impossível extrair deveres decorrentes da coerência. Em outras palavras: sem a aceitação dessas premissas a exigência de coerência não faz o menor sentido. A seguir essas premissas serão apresentadas.

#### **4.1 Teorias da interpretação jurídica: do cognitivismo ao ceticismo**

O que significa uma teoria da interpretação jurídica?

Preliminarmente, cumpre lembrar que “interpretar” não é um termo exclusivo da linguagem jurídica. É comum a utilização da palavra “interpretação” na religião (interpretação das escrituras), nas artes (interpretação de uma pintura), na arqueologia (interpretação de um material encontrado em uma escavação), entre outros ramos do conhecimento<sup>311</sup>. Em linhas gerais, interpretar significa remontar do

---

<sup>311</sup> BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999, p. 212.



*signo* à coisa significada, o que significa individualizar, valendo-se do *signo*, a coisa por ele indicada<sup>312</sup>.

Em relação à expressão “teoria da interpretação”, Guastini a define como um discurso analítico e descritivo sobre o que a interpretação é de fato<sup>313</sup>.

Quando se formula uma teoria da interpretação jurídica o objetivo envolve, portanto, a tarefa de conceituar interpretação, descrever as práticas interpretativas existentes em uma cultura jurídica, realizar uma análise lógica dos diversos tipos de enunciados interpretativos, distinguir os tipos de interpretação, bem como descrever as técnicas interpretativas e as formas e técnicas de construção jurídica<sup>314</sup>.

Ainda segundo Guastini, podem ser identificadas três teorias da interpretação no pensamento jurídico moderno: a) teoria cognitivista; b) teoria cética; e c) teoria eclética ou intermediária<sup>315</sup>.

Segundo a teoria cognitivista, por vezes também chamada de formalista<sup>316</sup>, interpretar seria um ato de descoberta ou de mero conhecimento de um significado previamente existente<sup>317</sup>. Para um cognitivista, as disposições normativas (leis, decretos, regulamentos, portarias, precedentes, etc) seriam sempre potencialmente claras, dotadas de um sentido unívoco: cada texto normativo seria suscetível de uma única e *verdadeira* interpretação, de modo que eventuais embates jurídicos admitiriam sempre uma única solução correta<sup>318</sup>.

Assim, *v.g.*, quando o artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal brasileira preceitua que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, deve-se entender, sob uma perspectiva cognitivista, que o fragmento textual “livre expressão da atividade intelectual” e a palavra “censura” tenham um sentido unívoco. Não haveria, portanto, “espaço” para a escolha de um significado dentre vários. Ao intérprete tocaria a

---

<sup>312</sup> Ibid., p. 212.

<sup>313</sup> GUASTINI, 2011, p. 407.

<sup>314</sup> Ibid., p. 407-408.

<sup>315</sup> GUASTINI, 2011, p. 408.

<sup>316</sup> Segundo Norberto Bobbio, a palavra “Formalismo” é polissêmica no Direito, de modo que pode significar um modo de definir o próprio direito, no qual o critério de juridicidade encontra-se na forma, e não o conteúdo da norma. É o que se denomina de “formalismo jurídico” (característica típica do positivismo jurídico); Ou ainda, quando associada ao adjetivo “ético”, ensejando o “formalismo ético”, significa que a ação justa corresponde, simplesmente, ao cumprimento do dever imposto pela lei, qualquer que seja esta. No sentido proposto no texto, como sinônimo de cognitivismo interpretativo, deve se agregar à palavra formalismo o adjetivo “científico”, ou, ainda, “interpretativo”, gerando a expressão “formalismo interpretativo”. (BOBBIO, 1999, p. 145-146).

<sup>317</sup> GUASTINI, op. cit., p. 409.

<sup>318</sup> Ibid., p. 410.

tarefa de encontrar o significado previamente imaginado pelo autor do documento normativo<sup>319</sup>. O direito, nessa perspectiva, seria um dado a ser descoberto. Um mero fato a ser descrito por um intérprete razoavelmente atento.

Não é difícil perceber que a teoria cognitivista da interpretação jurídica visa a limitar a atividade do intérprete, no mais das vezes o juiz, que passa a ser visto como mera “boca da lei”<sup>320</sup>. Trata-se de proposta teórica claramente comprometida com a doutrina rígida de separação dos poderes, que tem como base teórica a ideia de que, na medida em que os juízes não são investidos no poder por meio de eleição democrática, não poderiam, por falta de legitimidade, substituírem a atividade do parlamento<sup>321</sup>.

A grande vantagem propalada pelos adeptos do cognitivismo interpretativo, para além da contenção do Poder Judiciário (supostamente ilegítimo democraticamente para construir normas), seria assegurar a certeza do direito e a justiça formal. Isso porque, da crença de que o direito é um mero dado a ser descortinado pelo intérprete, não haveria chances de os jurisdicionados receberem tratamento desigual. Todos os juízes, à luz dos mesmos textos, obrigatoriamente chegariam às mesmíssimas conclusões. Bastaria o intérprete estar preparado para encontrar o significado unívoco constante na disposição normativa, e a resposta certa seria dada. É no contexto dessas ideias – próprias da Escola da Exegese<sup>322</sup> -, que surgem, na França, em 1790, a Corte de Cassação<sup>323</sup>. Vale dizer, num ambiente em que impera a teoria cognitivista da interpretação jurídica, o trabalho das Cortes de Vértice é de corrigir a interpretação, porventura errada, praticada pelos órgãos jurisdicionais inferiores, e, com isso, exercer função de “nomofilaquia”, ou seja, de controle sobre o funcionamento do Estado<sup>324</sup>.

Cumprir registrar que o revogado Código de Processo Civil brasileiro, de 1973<sup>325</sup>, mesmo tendo sido elaborado quase cem anos após o declínio da escola da

---

<sup>319</sup> BOBBIO, op. cit., p. 213.

<sup>320</sup> GUASTINI, 2011, p. 410.

<sup>321</sup> Ibid., p. 411.

<sup>322</sup> Segundo Norberto Bobbio, “A história da escola da exegese (cujo conhecimento exige fundamentalmente a obra já citada de Bonnacase e a monografia *Les Interprètes du Code Civil*, de Charmont e Chausse, presente no *Livre du Centenaire*, vol I) pode ser dividida, segundo Bonnacase, em três períodos: os primórdios (1804 a 1830), o apogeu (de 1830 a 1880) e o declínio (de 1880 em diante, até próximo do fim do século XIX)”. (BOBBIO, 1999, p. 84).

<sup>323</sup> MARINONI, 2013. p. 34.

<sup>324</sup> Ibid., p. 35.

<sup>325</sup> Sobre a formação do chamado Código Buzaid, vide MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo, ano 35, n. 83, maio/2010, p. 165-194.

exegese, mantinha, em seu texto, clara influência da teoria cognitivista da interpretação jurídica<sup>326</sup>. Essa afirmação é possível com base na leitura do revogado artigo 126, que assim previa: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito". O dispositivo evidencia a confiança do legislador na completude e na coerência do sistema normativo, determinando que os juízes simplesmente apliquem as "normas legais", ou seja, as normas já existentes no sistema jurídico (a interpretação é vista claramente como um ato de mero conhecimento de normas preexistentes)<sup>327</sup>.

Teoria rival do cognitivismo interpretativo é a teoria cética da interpretação jurídica. O ceticismo, também identificado como realismo jurídico, tem como precursor Hans Kelsen, que, em 1934, escreveu sua *Teoria Pura do Direito*. Da leitura do capítulo VIII da obra, dedicado ao tema da interpretação, fica claro que, para Kelsen, o ato de interpretar envolveria uma escolha. As disposições normativas não apresentariam, assim, um sentido unívoco pré-definido, de modo que a interpretação envolveria um ato de vontade do intérprete (escolha de um dos sentidos possíveis). A necessidade de escolher decorreria de uma indeterminação intencional e, até mesmo, não-intencional das disposições normativas<sup>328</sup>. É conhecida a metáfora elaborada por Kelsen sobre a "moldura", isso é, de que as disposições normativas objeto de interpretação ofereceriam ao intérprete diversos sentidos possíveis de serem escolhidos, todos dentro de uma moldura preestabelecida e reconhecível por quem interpreta<sup>329</sup>. A escolha, em princípio, deveria ocorrer apenas dentro das hipóteses previstas na moldura. Interessante

---

<sup>326</sup> Assim concluiu Cláudio Ari Mello: "De fato, o Código de 1973 sugere um legislador confiante na capacidade dos documentos normativos de possuírem um significado suficientemente claro, determinado e preciso, plenamente apreensível pela mente do juiz. Não há evidência de qualquer suspeita de que o juiz, ao interpretar os textos, pudesse se deparar com problemas de incerteza, ambiguidade ou indeterminação semântica de seus enunciados, ou que fosse constrangido ou induzido a fazer escolhas, a realizar juízos valorativos, que pudesse recorrer à sua vontade ou a concepções subjetivas suas ao sentenciar um processo. Tudo indica que o legislador de 1973 confiava na premissa de que a ordem jurídica é potencialmente completa e coerente, sendo composta de normas semanticamente precisas e de fácil interpretação por parte de seus aplicadores". (MELLO, 2016, p. 64)

<sup>327</sup> Ibid., p. 64.

<sup>328</sup> KELSEN, 2000, p. 388-390.

<sup>329</sup> "O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível." (Ibid., p. 390).

observar, todavia, que o ceticismo de Kelsen é de tal forma radical, que, a certa altura, chega a admitir, no âmbito da interpretação autêntica (realizada pelo Poder Judiciário), a possibilidade, inclusive, de uma escolha de sentido completamente fora da moldura<sup>330</sup>.

O ceticismo interpretativo não compactua com a premissa central sob a qual se assenta a teoria cognitivista, qual seja, de que o direito seria um *fato* e que, por isso, estaria pronto para ser descoberto. Não haveria, assim, a possibilidade de se encontrar um sentido unívoco para as disposições normativas. Em síntese: as teorias céticas são construídas da premissa de que a norma não preexiste à interpretação, sendo seu resultado.

Sistematizando a teoria cética, Guastini identifica duas variantes: a) teoria cética moderada; b) teoria cética radical.

A teoria cética moderada pressupõe que os textos normativos são equívocos, o que significa dizer que admitem interpretações sincronicamente conflitantes e diacronicamente mutáveis<sup>331</sup>. Além disso, as normas seriam dotadas de vagueza, pois diante de propriedades inerentes à linguagem – não apenas da linguagem jurídica – o campo de aplicação da norma por vezes não é claro.

Em decorrência da equivocidade inerente às disposições normativas e da vagueza das normas (dupla indeterminação do direito), há uma pluralidade de interpretações plausíveis; da mesma forma, é admissível uma ampliação ou uma redução do campo de aplicação norma. Tais constatações abrem espaço para escolhas por parte do intérprete, evidenciando a natureza discricionária da atividade de interpretação<sup>332</sup>.

Para a variante radical da teoria cética, os textos normativos não teriam qualquer significado antes da interpretação<sup>333</sup>. Essa a sutil diferença das duas variantes: enquanto a teoria cética moderada admite que, antes da interpretação, as disposições normativas apresentam uma pluralidade de interpretações plausíveis, a variante radical permite que o intérprete esteja livre para atribuir quaisquer significados aos textos normativos. Não existiria, desse modo, numa perspectiva

---

<sup>330</sup> “A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (Ibid., p. 390).

<sup>331</sup> GUASTINI, 2011, p. 413.

<sup>332</sup> GUASTINI, 2011, p. 413.

<sup>333</sup> Ibid., p. 413-414.

cética radical, direitos antes da interpretação, porquanto a criação do direito se daria, exclusivamente, por meio da atividade do intérprete<sup>334</sup>.

Terceira teoria da interpretação jurídica seria a eclética, ou intermediária. Como se pode perceber de sua própria denominação, a teoria eclética situa-se num ponto intermediário entre as duas anteriores (cética e cognitivista)<sup>335</sup>.

A teoria eclética admite, assim como a cética, duas variantes<sup>336</sup>.

A primeira variante sustenta que, em abstrato, as disposições normativas têm sempre um sentido unívoco. Interpretar, em abstrato (desconsiderando as nuances do caso concreto), seria, portanto, um ato de mero reconhecimento de uma norma preexistente<sup>337</sup>. Todavia, em vista das características do caso a ser decidido, haveria discricionariedade judicial tendente a reduzir ou a ampliar o campo de aplicação da norma. Assim, à luz de um caso “claro”, caracterizado como aquele que se enquadra no núcleo de significado da norma, não haveria espaço para um juízo discricionário. Já nos casos dúbios, em que o conceito do fato concreto não coincide de maneira exata e evidente com o núcleo de significado da norma anteriormente revelada, a atividade do intérprete seria discricionária<sup>338</sup>.

A outra variante da teoria eclética preceitua que não é a característica dos casos a serem decididos que outorga ou não discricionariedade ao intérprete, mas, sim, os atributos da disposição normativa objeto de interpretação. Desse modo, haveria, de um lado, textos claros e unívocos; e de outro, textos equívocos e obscuros. No primeiro caso, a atividade do intérprete seria de mera descoberta (cognitivism interpretativo). No segundo, a interpretação envolveria escolha de um dentre os significados possíveis (ceticismo)<sup>339</sup>.

Expostas as teorias da interpretação, cumpre realizar uma breve abordagem crítica com o objetivo de apontar aquela que mais se aproxima da atividade desempenhada pelos tribunais quando decidem casos e, no que mais interessa aos escopos finais do presente trabalho, quando elaboram precedentes. Vale dizer: a teoria que melhor reflete a atividade do Poder Judiciário.

Afirmar que as normas estariam contidas nos textos (cognitivism interpretativo), bastando ao intérprete descobrir o seu sentido unívoco,

---

<sup>334</sup> Ibid., p. 414.

<sup>335</sup> Ibid., p. 415.

<sup>336</sup> Ibid., p. 415-418.

<sup>337</sup> Ibid., p. 428.

<sup>338</sup> Ibid., p. 415-417.

<sup>339</sup> Ibid., p. 415-417.

definitivamente não é o que ocorre no dia a dia dos tribunais. Trata-se de afirmação contraintuitiva para qualquer um que participe do cotidiano forense<sup>340</sup>. Os textos normativos – incluindo precedentes –, ao serem interpretados em abstrato ou à luz de um caso concreto apresentam mais de um sentido aceitável, de modo que o intérprete terá que fazer valorações e escolhas. Sustentar, por exemplo, que a expressão “livre expressão da atividade intelectual” e a palavra “censura” tenham um sentido unívoco soa, inclusive, como leviano. Prova maior disso advém da enorme discussão, travada no Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815/DF, que tratou das biografias não autorizadas no Brasil<sup>341</sup>. Tivessem essas expressões um sentido unívoco, haveria espaço para debates tão profundos e intensos?

---

<sup>340</sup> GUASTINI, 2011, p. 420.

<sup>341</sup> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9.

Outro exemplo, extraído de julgamento do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade, é capaz de reforçar a insuficiência revelada pela teoria cognitivista da interpretação. Vejamos.

Das diversas discussões jurídicas envolvendo o Direito Previdenciário, ganhou destaque o tema da aposentadoria dos professores. Nos termos do artigo 40, parágrafo 5º, e 201, parágrafo 8º, da Constituição Federal, o professor que exercer, ao longo de sua vida funcional, exclusivamente “funções de magistério” na educação infantil, no ensino fundamental e médio, tem o direito de se aposentar com cinco anos de contribuição a menos que os demais trabalhadores.

A grande questão passou a ser, portanto, o que se considera “funções de magistério”. Exerceria “funções de magistério” apenas o servidor que atua em sala de aula? Ou também exerceria “função de magistério” o servidor lotado na biblioteca? E o professor que está na direção da escola, estaria a exercer “funções de magistério”? Note-se que a grande questão para a solução dos problemas envolve a definição da expressão “funções de magistério”.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3772<sup>342</sup>, definiu o que deve se entender por “funções de magistério”. Estabeleceu o Pretório Excelso que “funções de magistério” não são apenas as relacionadas à sala de aula, de modo que

---

Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Julgamento: 10 jun. 2015. *DJe-018* DIVULG 29 jan. 2016. PUBLIC 1 fev. 2016)

<sup>342</sup> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, § 5º, E 201, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. I - A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar. II - As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal. III - Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3772/DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Britto Relator(a) p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 29 out. 2008 *DJe-059* DIVULG 26 mar. 2009 PUBLIC 27 mar. 2009)

também o professor que labora no exercício da direção ou vice-direção do estabelecimento de ensino deveria ser contemplado com a aposentadoria especial.

É evidente que essa definição envolveu escolha. A análise dos votos e o debate entre os ministros deixam muito claro que seria perfeitamente possível fixar o entendimento de que a expressão “funções de magistério” compreenderia apenas a atividade desempenhada pelo professor em sala de aula. Definitivamente não seria essa uma conclusão “errada”. O importante, todavia, é deixar muito claro que a defesa cognitivista de que com base nos textos legais existiria apenas um sentido possível de ser identificado não corresponde ao que acontece na atividade dos tribunais. Trata-se, em síntese, de uma defesa ingênua e, até mesmo, artificial.

O novo Código de Processo Civil brasileiro, ao contrário do revogado Código Buzaid, também se afastou da teoria cognitivista da interpretação. Isso fica claro, principalmente, do que prevê o parágrafo 1º do artigo 489, que impõe rigoroso dever de fundamentação ao prolator de decisão judicial<sup>343</sup>. O grau de detalhamento atribuído ao dever de fundamentação pressupõe, evidentemente, conceber o legislador que a decisão judicial não é uma atividade de mera descoberta de um sentido unívoco constante na lei, mas, sim, de escolha de sentidos valendo-se das possibilidades oferecidas pelas disposições normativas vigentes (objeto da

---

<sup>343</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

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

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

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

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

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

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

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

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.



interpretação)<sup>344</sup>. Se escolhas devem ser feitas, por óbvio que precisam ser devidamente justificadas.

O extremo oposto da teoria cognitivista também não retrata fielmente a atividade dos tribunais. Afirmar que antes da interpretação nada de concreto possa ser extraído das disposições normativas não é verossímil. Evidentemente que as palavras têm significados potenciais que preexistem à interpretação. Por exemplo: Quando a Constituição Federal prevê, no inciso XI do artigo 5º, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”, é evidente que as palavras “casa” e “indivíduo”, assim como a expressão “durante o dia”, têm significados preexistentes à interpretação. Não é razoável que alguém tente defender que “casa” inclua o passeio público em frente à residência, bem como que a palavra “indivíduo” englobe animais. Do mesmo modo, não é crível que se tente sustentar como legítima uma interpretação no sentido de que determinações judiciais possam ser cumpridas às vinte e três horas, sob o argumento de que esse horário poderia se enquadrar no conteúdo semântico da expressão “durante o dia”. Em síntese: interpretar é atribuir um significado admitido pelos usos linguísticos, pelos métodos interpretativos, bem como pela dogmática vigente, e não qualquer significado<sup>345</sup>.

A primeira variante da teoria eclética, que faz depender das características do caso *sub judice* a existência ou não de discricionariedade judicial, retrata, na verdade, uma teoria cognitivista maquiada<sup>346</sup>. A construção teórica desconsidera os problemas de equivocidade das disposições normativas em abstrato, na medida em que aceita a discricionariedade judicial apenas no instante da definição do campo de aplicação da norma, dependendo de o caso ser considerado “claro” ou “dúbio”. Para essa teoria, a interpretação propriamente dita seria sempre um ato de mero reconhecimento de uma norma preexistente. Ademais, considerar um caso “claro” ou “dúbio” já retrata um processo de interpretação que envolve escolha, de modo que discricionariedade, ao fim e ao cabo, sempre haverá<sup>347</sup>.

---

<sup>344</sup> “Diferentemente do Código anterior, que se satisfazia com uma concepção formalista e cognitivista da decisão judicial, o novo estatuto reconhece que os enunciados normativos dos textos legais sempre contêm algum nível de indeterminação e que o seu significado abstrato e concreto é sempre determinado pelo juiz ao interpretá-los.” (MELLO, 2016, p. 66)

<sup>345</sup> GUASTINI, 2011, p. 426.

<sup>346</sup> Ibid., p. 428

<sup>347</sup> ÁVILA, 2013, p. 194.

A segunda variante eclética, que faz depender das características dos textos a necessidade ou não de atuação discricionária do intérprete, da mesma forma não pode ser aceita. Também aqui é preciso dizer que, quando o intérprete classifica determinado texto normativo, para enquadrá-lo como “claro” ou “dúbio”, já está atuando de forma discricionária<sup>348</sup>. O trabalho de enquadramento envolve, assim, discricionariedade, de modo que uma disposição é “clara” ou “dúbia” apenas após ter sido interpretada<sup>349</sup>. Sempre haverá, portanto, escolhas realizadas pelo intérprete.

Concluídas as observações críticas, é importante estabelecer que o presente trabalho se filia à teoria cética moderada da interpretação jurídica. A adesão não advém da necessidade de justificar as conclusões da tese que está sendo apresentada. Esse motivo seria artificial e, inclusive, desonesto intelectualmente. A adoção da teoria cética moderada decorre de uma reflexão acerca de como efetivamente ocorre a interpretação do Direito pelos tribunais. A definição do Direito para a solução de um caso concreto não envolve apenas encontrar um artigo de lei e ler a resposta<sup>350</sup>. Em outras palavras: tendo a atividade dos tribunais como objeto, a teoria cética moderada é, sem dúvida, a que descreve esse objeto da maneira mais precisa e fiel. No que diz respeito à formação de um precedente pela Corte competente, cumpre reconhecer que se trata de uma atividade discricionária, que envolve valorações e escolhas com base em significados possíveis em disposições normativas.

O novo Código de Processo Civil brasileiro compartilha dessa premissa, de modo que é por isso que impõe sejam as fundamentações das decisões judiciais analíticas e, também por isso, prevê o dever de coerência às Cortes competentes para a criação de precedentes.

#### *4.1.1 A justificação como requisito de racionalidade da interpretação atividade*

Com o desenvolvimento da sociedade ocidental, principalmente após a Segunda Grande Guerra, estudos sociológicos apontam que a sociedade civil tem

---

<sup>348</sup> Ibid., p. 194.

<sup>349</sup> CHIASSONI, 2007, p. 62.

<sup>350</sup> SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Belknap, 2011, p. 237.

uma “falta de fé” nas autoridades estatais<sup>351</sup>. Como consequência desse descrédito, surge a exigência de uma mudança de postura por parte daqueles que tomam decisões representando o Estado. Vale dizer: a aceitação das decisões não se dá mais pelo simples fato de serem autoridades constituídas.

A legitimação das decisões estatais em geral, e em especial aquelas oriundas do Poder Judiciário, pressupõe que os pronunciamentos exarados sejam adequadamente justificados. Em outras palavras, o requisito de aceitação das decisões se desloca de um ultrapassado fundamento de autoridade para um atual juízo crítico sobre a justificação necessária e suficiente para a sustentação de uma decisão. Constata-se, assim, uma verdadeira demanda social por justificação<sup>352</sup>.

Estabelecida a premissa – da adoção de uma teoria cética moderada da interpretação do Direito – de que, ao decidir casos, o Poder Judiciário se depara com disposições normativas dotadas de equivocidade (códigos, decretos, instruções normativas, etc), significa dizer que é preciso fazer valorações e escolhas. E que, após a definição da norma, subsiste ainda a vagueza que lhe é inerente, a impor nova atividade discricionária dirigida a determinar seu campo de aplicação. É preciso reconhecer a enorme importância do controle sobre o processo de escolha do sentido normativo e da consequente definição do campo de aplicação da norma. É contrário à própria noção de “direito” que exista uma liberdade sem limites no desenvolvimento da atividade interpretativa. Esse controle somente é possível, entretanto, quando houver a visualização clara das etapas dessa construção de sentido. Só admite controle o que é visualizado. Passa a importar, nesse contexto, a fundamentação da decisão, que no presente trabalho será tratada como um discurso justificativo.

Nesse contexto, é necessário sublinhar que a atividade de interpretar disposições normativas estatais tem duplo propósito: a) promover a tutela dos

---

<sup>351</sup> “Especially after the Second World War, this faith in authority decreased. There are many clear signs of this development. Certain sociological studies in the United States and the OECD countries note that, among other things, only a minority of citizens have confidence in the administrative authorities. The same trend applies to the courts even though they continue to enjoy more confidence than other in society.” (AARNIO, Aulis. Introdução. In: PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. 2. ed. Dordrecht: Springer, 2008, p. 4).

<sup>352</sup> “As Gunnar Bergholtz has noted, the demand for justification of decisions thus its roots in the development of society. Authority on its own is no longer sufficient. Every institution, the courts included, must repeatedly regain the confidence of citizens, and this can only be done by giving justification for decisions”. (AARNIO, 2008, p. 4).

direitos numa dimensão particular; b) tutelar os direitos em dimensão geral<sup>353</sup>. A tutela do direito numa dimensão particular impõe que uma decisão justa e efetiva seja proferida. Já a tutela dos direitos numa dimensão geral ocorre por meio do necessário respeito que se deve ter aos precedentes. A primeira tarefa é afeta ao Poder Judiciário como um todo; a segunda, limitada às Cortes de Precedentes<sup>354</sup>.

Com os sucessivos processos de interpretação, o Direito vai ganhando em densidade e, com isso, paulatinamente se tornando mais claro<sup>355</sup>. Ocorre que a interpretação, em ambas as dimensões, deve ser realizada com parâmetros racionais<sup>356</sup>. Segundo Daniel Mitidiero, “uma interpretação é racional quando a atividade do intérprete é justificada e o seu resultado coerente e universalizável<sup>357</sup>”.

A justificação da decisão judicial é, portanto, decisiva para demonstrar a racionalidade da interpretação do Direito, permitindo, simultaneamente, que essa racionalidade seja controlada<sup>358</sup>. Trata-se, ao fim e ao cabo, do critério determinante da racionalidade da interpretação, porquanto, se a atividade do intérprete for justificada com bases racionais, o resultado coerente e universalizável será uma decorrência inexorável. Não é crível que de uma justificação racional decorra um resultado incoerente e não universalizável.

É importante descrever, portanto, as características que o discurso justificativo das decisões judiciais deve apresentar para que o processo de interpretação do Direito seja racional. Com isso não se está a desconsiderar o fato, de todo notório, de que a atividade de interpretação envolve um processo mental individual realizado pelo intérprete. É preciso distinguir entre o contexto de descoberta da decisão (*context of discovery*) e seu respectivo discurso justificativo (*context of justification*)<sup>359</sup>. O primeiro reflete o procedimento que leva à solução do problema jurídico; o segundo é dirigido a demonstrar, por meio de justificação, que a

---

<sup>353</sup> “A tutela dos direitos que o processo civil se propõe a promover, no entanto, está longe de ter uma dimensão puramente particular – como se a ordem jurídica não fosse impactada pelas razões elaboradas pelos juízes em suas decisões. Por isso, a tutela dos direitos no processo, além de viabilizar a proteção dos direitos individuais ou transindividuais afirmados pelas partes, mediante decisão justa e, em sendo o caso, sua adequada efetivação (dimensão particular da tutela dos direitos), também visa a proporcionar a unidade do direito mediante a afirmação e respeito aos precedentes judiciais (dimensão geral da tutela dos direitos).” (MITIDIERO, 2015, p. 27-28)

<sup>354</sup> Ibid., p. 32.

<sup>355</sup> MITIDIERO, 2016, p. 68.

<sup>356</sup> Ibid., p. 68.

<sup>357</sup> MITIDIERO, 2016, p. 68.

<sup>358</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The judicial application of law*. Dordrecht: Kluwer, 1992, p. 209.

<sup>359</sup> TARUFFO, 2015, p. 196-197.

solução adotada é válida<sup>360</sup>. A tomada de decisão é, sem dúvida, resultado de uma reflexão íntima do julgador, que pode ter sido baseada, inclusive, em pensamentos destituídos de qualquer racionalidade. Essa atividade é incontrolável. O que se pode controlar é a justificação apresentada para a solução do problema. Essa justificação, para ser racional, deve apresentar determinadas características. Deve ser estruturada de uma forma adequada, de modo a permitir que sobre ela seja exercido um verdadeiro controle de racionalidade.

A justificação da decisão pode ser dividida, assim, em duas partes, a depender da natureza da atividade envidada pelo intérprete. Trata-se da justificação interna e da justificação externa da decisão<sup>361</sup>.

#### 4.1.1.1 Justificação interna

A justificação interna de uma decisão judicial diz respeito ao seu aspecto lógico. Impõe a demonstração de um adequado relacionamento entre as premissas e as conclusões do julgamento. Uma decisão devidamente justificada do ponto de vista interno é aquela em que se verifica uma transição aceitável entre as premissas e a conclusão. Em outras palavras: das premissas decorre logicamente a conclusão, por meio de um processo dedutivo<sup>362</sup>. Trata-se do conhecido “silogismo jurídico”, que visa a combinar a premissa normativa (premissa maior) com a premissa de fato (premissa menor); a conclusão seria o dispositivo da sentença<sup>363</sup>.

A justificação interna da decisão é, assim, requisito para que esta seja considerada internamente racional<sup>364</sup>. Trata-se de uma racionalidade formal, que passa pelo respeito ao princípio da não contradição<sup>365</sup>. É realmente inconcebível que uma decisão seja racional se de suas premissas não decorre logicamente a conclusão. Trata-se de irracionalidade palmar. Um verdadeiro *nonsense*.

---

<sup>360</sup> Ibid., p. 196.

<sup>361</sup> O presente trabalho adota uma estruturação da justificação da decisão judicial elaborada, pioneiramente, pelo polonês Jerzy Wróblewski, no trabalho denominado *Legal Decision and its Justification*, *Logique et Analyse*, 1971, n. 14. Teoria posteriormente aprofundada na obra (WRÓBLEWSKI, op. cit.).

<sup>362</sup> ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 5, ago. 2001.

<sup>363</sup> ALEXY, 2013, p. 219-228.

<sup>364</sup> WRÓBLEWSKI, 1992, p. 210-211.

<sup>365</sup> CHIASSONI, 2007, p. 14.

No sistema jurídico processual brasileiro, há, inclusive, previsão de recurso de embargos de declaração para sanar problemas de contradição interna do julgado<sup>366</sup>.

Vejamos um exemplo de como o método dedutivo, com base no silogismo decisório demonstrado na justificação interna, atua para a solução de um caso concreto. Suponhamos que uma mulher tenha adotado uma criança de dois anos de idade. Ao postular o benefício previdenciário de licença-maternidade, teve-o negado pelo Instituto de Previdência sob o fundamento de falta de amparo legal. Diante disso, recorre ao Poder Judiciário. Ao ajuizar a ação contra o ato estatal, obtém uma sentença que apresentou a seguinte justificação interna: Diante de premissa maior (normativa), “é assegurada licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (artigo 7º, inciso XVII, da Constituição Federal)”, associada à seguinte premissa menor (fatos da causa): *restou demonstrado que a autora adotou uma criança de 02 anos de idade, extrai-se, a título de conclusão, que a autora tem direito à licença pelo prazo de 120 dias.*

A proposta decisória acima propõe uma “subsunção” de conceitos. Vale dizer: é subsumido o conceito do fato concreto ao conceito jurídico previsto no texto normativo<sup>367</sup>. A decisão pressupõe que tenha havido uma coincidência exata entre o conceito do fato (caso concreto) e o conceito da norma. Diante da coincidência de conceitos, a conclusão é de que a norma deve incidir e disso são extraídas as consequências jurídicas previstas normativamente, no caso em tela, a determinação de que o Instituto de Previdência conceda licença à mãe adotiva.

A estruturação do silogismo simplifica o procedimento decisório. Com isso é gerada uma sensação de clareza e de segurança. O silogismo jurídico é sedutor exatamente porque é claro. É simples. A ideia é de que a lei contém previsões hipotéticas (suporte fático hipotético) que, caso ocorram no mundo (suporte fático concreto), devem produzir os efeitos jurídicos previstos na norma<sup>368</sup>. O Direito, baseando-se nesse método, se aproxima da Matemática, de modo que chega a ser

---

<sup>366</sup> Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:  
I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

[...]  
<sup>367</sup> ENGLISH, Karl (1899-1990). *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 95.

<sup>368</sup> No Brasil, o estudo das ideias de “suporte fático concreto”, “suporte fático abstrato”, “fato jurídico”, entre outros conceitos relacionados com a técnica da subunção, foram desenvolvidos, pioneiramente, por Pontes de Miranda. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1892-1979). *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 1998b, v. 4; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998a, v. 1.)

impensável que juízes diferentes possam exarar decisões díspares diante da mesma situação fática.

A questão fundamental, todavia, diz respeito à suficiência da justificação interna como requisito de racionalidade da decisão. Não há dúvida de que se trata de uma condição necessária de racionalidade. Não é possível deixar o Direito à margem da lógica. Seria, entretanto, uma condição suficiente? Bastaria a justificação interna para a outorga de racionalidade a uma decisão judicial?

Respondendo a essas indagações, cumpre afirmar que a justificação interna é insuficiente para uma racional aplicação do Direito, por diversos motivos<sup>369</sup>. Entre as principais causas de sua insuficiência para a solução de problemas jurídicos está a já mencionada equivocidade das disposições normativas. Consoante mencionado no item 4.1, norma e disposição normativa não se confundem. A norma é o resultado da interpretação. Não há um sentido unívoco nas disposições normativas. Há, sempre, mais de um sentido possível, de modo que o ato de interpretar envolve valorações e escolhas por parte do intérprete.

Não se pode aceitar que a premissa normativa do silogismo jurídico esteja pré-pronta para utilização pelo intérprete<sup>370</sup>. Não havendo um sentido unívoco a ser simplesmente descoberto pelo juiz, deve-se reconhecer, obrigatoriamente, que a premissa normativa demonstrada na justificação interna foi escolhida pelo intérprete e não meramente revelada. O processo de escolha das premissas, todavia, não é demonstrado pelo silogismo.

Utilizando o mesmo exemplo mencionado acima – envolvendo a licença-maternidade –, é inevitável reconhecer que houve uma *escolha* por parte do intérprete no que se refere aos contornos da norma aplicada ao caso concreto. Não seria sério afirmar que da expressão “*licença à gestante*” se compreenda, de maneira clara e unívoca, que uma mãe adotiva tenha os mesmos direitos da mãe biológica. Seriam sinônimas as palavras “gestante” e “adotante”? O sentido da expressão *licença à gestante* é unívoco?

---

<sup>369</sup> Robert Alexy aponta alguns motivos que levam à insuficiência da justificação interna: “O esquema (J. 1.1) é insuficiente em casos complicados, que se apresentam, por exemplo: 1) quando uma norma, como a do § 823, ap. 1, do BGB, contém diversas propriedades alternativas do fato hipotético, 2) quando sua aplicação exige um complemento por meio de normas jurídicas explicativas, limitativas ou extensivas, 3) quando são possíveis diversas consequências jurídicas, ou 4) quando na formulação da norma se usam expressões que admitem diversas interpretações”. (ALEXY, 2013, p. 221)

<sup>370</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do Método Jurídico*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 157-160.

Certamente as respostas acima são todas negativas. É óbvio que a inclusão das mães adotivas como beneficiárias da licença não decorre claramente da disposição normativa. É evidente que as palavras “gestante” e “adotante” não são sinônimas. E é exatamente por isso que se pode afirmar que a equiparação promovida pela decisão foi precedida de escolhas. O intérprete decidiu, com base em determinados argumentos, que a licença à gestante, garantida pela Constituição Federal, deve ser estendida às mães adotivas. Sem dúvida esse é um sentido possível de ser identificado da disposição constitucional, mas certamente não é o único.

Esse exemplo foi retirado de uma decisão do Supremo Tribunal Federal<sup>371</sup>. No julgamento, os ministros entenderam, por meio da utilização de *interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor*, que a licença prevista no inciso XVII do

---

<sup>371</sup> EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE. 1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condições menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. 5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF. 6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008. 7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir   recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruic o do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante. 8. Tese da repercussão geral: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não   possível fixar prazos diversos em função da idade da crianç a adotada”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 778889/PE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Tribunal Pleno. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 10 mar. 2016).



artigo 7º da Constituição Federal *abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias.*

Não é difícil perceber, no caso concreto, a notável importância que a escolha do argumento sistemático teve para a solução do problema. Pode-se dizer que foi a adoção da interpretação sistemática, como diretriz para a construção da premissa normativa do silogismo jurídico, decisiva para que o conflito tenha tido o desfecho que teve. Tivesse sido utilizado um argumento linguístico (semântico ou sintático)<sup>372</sup>, certamente o resultado seria outro.

No caso ora exposto, também é importante ressaltar o acerto do Supremo Tribunal Federal ao indicar, já na ementa do acórdão, que estava a utilizar a interpretação sistemática para a construção da premissa normativa da decisão. Essa postura, como será demonstrada no item 4.2.1.2, faz parte de uma adequada justificação externa.

Há que se concluir, ainda, que existe uma inexorável vinculação entre a teoria cognitivista da interpretação jurídica, exposta no item 4.1, e o método exclusivamente dedutivo de aplicação do Direito. Essa relação é clara, porque numa visão cognitivista não existem diversos sentidos possíveis das disposições normativas. Em verdade, a teoria cognitivista nem ao menos aceita a distinção entre texto e norma. Por isso, nenhuma justificativa precisaria ser apresentada para a definição da premissa normativa do silogismo jurídico. É como se a premissa normativa pudesse ter apenas um sentido (univocidade), sendo um dado preexistente à estruturação do silogismo decisório<sup>373</sup>. Ao julgador caberia apenas se apropriar desse sentido unívoco para resolver o conflito.

O presente trabalho, como já definido anteriormente, não adota como premissa as conclusões da teoria cognitivista da interpretação. A teoria da interpretação adotada é a cética moderada. É a teoria que, sem dúvida, retrata de maneira mais fiel a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário na resolução de casos. Por esse motivo, é preciso reconhecer a insuficiência da justificação interna para a outorga de racionalidade às decisões judiciais.

---

<sup>372</sup> ÁVILA, 2001.

<sup>373</sup> Essa relação é apontada por Michelle Taruffo nos seguintes termos: “Com efeito, a doutrina do silogismo, mais do que descrevê-lo, constrói um modelo abstrato e ideal de juízo: parte de uma situação em que a norma é um dado preexistente, em um ordenamento positivo completo e sistematizado, cuja interpretação para a aplicação ao caso concreto consiste em uma atividade essencialmente cognitiva e com natureza sistemática”. (TARUFFO, 2015, p. 158).

Como observação final e da exposição feita acima sobre a justificação interna, é possível concluir que seu principal papel não está relacionado ao processo de interpretação do Direito, mas, sim, com sua aplicação.

Interpretar significa identificar sentidos possíveis das disposições normativas para que, posteriormente, sejam feitas valorações e escolhas. A justificação interna da decisão não contribui para a racionalidade dessa atividade. A racionalidade formal, advinda da demonstração de que das premissas decorre logicamente a conclusão, diz respeito ao processo de aplicação do Direito<sup>374</sup>. Aplicar o Direito significa utilizar o material jurídico para justificar uma decisão<sup>375</sup>. O material utilizado, por excelência, é a norma. A definição da norma é, portanto, anterior ao processo de aplicação e, por isso, não guarda relação direta com a justificação interna da decisão.

A demonstração de racionalidade da interpretação do Direito encontra-se na justificação externa da decisão, o que será objeto de análise no próximo item da exposição.

#### 4.2.1.2 Justificação externa

Acima foi demonstrado que a justificação interna de uma decisão judicial não se relaciona diretamente com a racionalidade da *interpretação* do Direito. Sua funcionalidade se limita a descrever um processo guiado pela lógica formal, com base no silogismo e no método dedutivo, em tudo relacionado à *aplicação* do Direito. Desse modo, é importante acrescentar ao discurso justificativo uma justificação externa, essa, sim, em grande parte, ligada à *interpretação*, porquanto são exatamente as justificativas que são apresentadas para a escolha das premissas que integram o silogismo decisório<sup>376</sup>.

Na justificação externa, devem ser visualizados, entre outras coisas, os motivos pelos quais a premissa normativa assume o significado adotado pelo intérprete no silogismo decisório (interpretação do Direito) Da mesma forma, na justificação externa é que são visualizados os motivos determinantes da construção da premissa menor do silogismo (fatos da causa).

<sup>374</sup> “La giustificazione interna è un ragionamento dedutivo, mediante il quale il giudice applica una regola.” (GUASTINI, 2011, p. 258).

<sup>375</sup> Ibid., p. 253.

<sup>376</sup> “O objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna.” (ALEXY, 2013, p. 228).

O discurso utilizado na justificação externa não pertence ao campo da lógica formal. Não é possível justificar a escolha das premissas do silogismo jurídico por meio do método dedutivo. Uma adequada justificação externa não tem, portanto, relação com a racionalidade formal (nãocontradição), mas, sim, com uma racionalidade substancial, por meio da promoção do princípio da *razão suficiente* (*nihil sine ratione*)<sup>377</sup>.

Diferentemente da justificação interna, que se relaciona diretamente com o processo de *aplicação* do Direito ao caso concreto (das premissas à conclusão), a justificação externa apenas indiretamente a ela se refere, por isso são condições externas de racionalidade da decisão<sup>378</sup>. Trata-se da racionalidade externa<sup>379</sup>.

Voltando ao exemplo mencionado no item 4.2.1.1, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito de a mãe adotiva ser beneficiada com a licença-maternidade, os fundamentos principais para o reconhecimento do Direito passaram pela escolha de um significado para a disposição normativa prevista no inciso XVII do artigo 7º da Constituição Federal. Vale dizer: foi escolhido pelo intérprete um *meio* – no caso a interpretação sistemática do texto da Constituição Federal – que produziu, como resultado para o caso concreto, uma norma mais abrangente. Em outras palavras: o tribunal, por meio de um argumento sistemático, concluiu por conferir uma interpretação extensiva à disposição normativa constitucional. Exatamente por conta desse sentido dado ao texto é que, no momento seguinte de aplicação do Direito, se tornou viável incluir a mãe adotiva como beneficiária da licença-maternidade.

A solução do caso concreto, como mencionado no item anterior, poderia ter sido outra, sem que isso pudesse ser considerado um erro (o presente trabalho não se vincula à ideia de que no Direito existam respostas certas). Para isso bastaria que o tribunal tivesse adotado outro argumento para interpretar o texto da Constituição Federal.

Essas considerações demonstram que para a racionalidade da interpretação do Direito – considerada pelo presente trabalho, valendo-se da adoção de uma teoria cética moderada, como uma atividade de valoração e escolha de um sentido possível de disposições normativas – a justificação externa é decisiva.

---

<sup>377</sup> CHIASSONI, 2007, p. 15.

<sup>378</sup> Ibid., p. 15.

<sup>379</sup> WRÓBLEWSKI, 1992, p. 213.

Entre os elementos que integram a justificação externa, é fundamental destacar a importância decisiva dos argumentos interpretativos. O tema é tão relevante que, ao longo do século XX, foram estruturados modelos metodológicos de raciocínios interpretativos. Vale dizer, modelos que visam a outorgar boas razões para a escolha de significados propostos para as disposições normativas<sup>380</sup>.

O italiano Pierluigi Chiassoni demonstra a existência de cinco modelos metodológicos: a) o modelo argumentativo simples; b) o modelo argumentativo estruturado; c) o modelo das diretivas interpretativas; d) o modelo das regras interpretativas; e) o modelo dos códigos interpretativos<sup>381</sup>.

Transcende os limites propostos pelo presente trabalho a exposição de cada um dos modelos apresentados. Nem ao menos é necessário que um seja defendido em detrimento de outro. O que realmente importa para as conclusões que serão defendidas é que, por imposição da coerência no Direito, não se pode admitir uma aleatoriedade na escolha dos argumentos interpretativos no momento de formação de um sistema de precedentes.

Os precedentes, na condição de normas que revelam o produto da atividade interpretativa com vistas à tutela dos direitos numa dimensão geral, não podem ser formados por argumentos interpretativos que revelem preferências particulares do intérprete. É preciso ressaltar que os precedentes compõem, em conjunto, um sistema normativo, de modo que a construção de cada nova norma deve ser feita em atenção aos argumentos extraídos do próprio sistema para casos que digam respeito ao mesmo ramo do Direito. Essa imposição decorre do dever de autorreferência imposto pela coerência.

No que diz respeito à definição da premissa fática do silogismo (premissa menor), é preciso reconhecer, preliminarmente, uma dimensão epistêmica do processo judicial. Vale dizer, deve ser visto como um instrumento, que tem como sujeito epistêmico o juiz, para a busca da verdade<sup>382</sup>. Decisão justa pressupõe que tenha sido proferida com base em fatos verídicos<sup>383</sup>. Para isso, é importantíssimo o papel desempenhado pelos meios de prova. No contexto do processo, o fato é

---

<sup>380</sup> CHIASSONI, op. cit., p. 65.

<sup>381</sup> CHIASSONI, 2007, p. 65-123.

<sup>382</sup> TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 159-222.

<sup>383</sup> Sobre os requisitos para que uma decisão judicial seja considerada justa vide TARUFFO, Michelle. *Idee per una teoria della giusta decisione, sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 2002.

considerado verdadeiro, quando confirmado pelas provas produzidas<sup>384</sup>. A verdade a ser perseguida é, por sua vez, uma verdade por correspondência, o que significa dizer que um fato narrado no processo é verdadeiro se, e somente se, efetivamente corresponde ao evento que descreve<sup>385</sup>.

Ainda no que diz respeito à premissa fática do silogismo, é necessário que seja justificada a qualificação atribuída aos fatos e aos atos da causa<sup>386</sup>. Por vezes, para além de serem devidamente provados, os fatos precisam ser qualificados. Por exemplo, numa ação indenizatória por dano moral, pode ter sido provado que o autor fora agredido verbalmente pelo réu. Se esse fato deve ser considerado apto a produzir dano moral passível de ser indenizado depende da interpretação levada a efeito pelo julgador. Na mesma situação, é possível que a atitude do réu tenha que ser interpretada. Nesse caso, trata-se de um ato humano, de modo que sua qualificação certamente passará por uma avaliação das intenções do suposto ofensor<sup>387</sup>.

Em síntese: a justificação externa está relacionada às razões que são apresentadas para a definição, em toda sua extensão, das premissas de fato e de direito que farão parte do silogismo decisório.

Cumprido, no próximo capítulo, tratar do resultado da interpretação.

#### *4.2.2 Universalidade e coerência como requisitos de racionalidade da interpretação resultado*

A tendência natural de qualquer atividade é levar a um resultado. Não faz sentido desenvolver uma atividade, qualquer que seja ela, não tendo um objetivo concreto a alcançar. A atividade de interpretação do Direito não é diferente, de modo que também produz um resultado. Esse resultado é uma norma construída das disposições normativas estatais (objeto da interpretação). A norma é, portanto, não o objeto – como pressupõe a teoria cognitivista da interpretação jurídica –, mas, sim, o produto da atividade de interpretação.

Ao decidir um caso, o juiz deve utilizar argumentos interpretativos em favor da interpretação (produto) que entende ser a melhor. Ao assim agir, acaba

---

<sup>384</sup> TARUFFO, 2012, p. 72.

<sup>385</sup> Ibid., p. 100.

<sup>386</sup> GUASTINI, 2011, p. 9.

<sup>387</sup> ÁVILA, 2013, p. 188.

argumentando para defender uma hipótese de tradução legítima da disposição (objeto da interpretação) em norma (produto da interpretação). Essa norma, fruto da interpretação, comporá a premissa normativa do silogismo decisório para a resolução da questão jurídica concreta. Percebe-se, assim, que o produto da interpretação do Direito é retratado na premissa normativa do silogismo decisório (premissa maior). A premissa maior é o Direito interpretado à luz do caso concreto.

Quando a interpretação do Direito é realizada por uma Corte de precedentes, ela retrata uma interpretação vinculante para a solução de novos casos.

Retomando o que foi tratado no capítulo 1 da presente tese sobre o conceito de precedente, cumpre reafirmar que o precedente é uma tese jurídica (*ratio decidendi*) que transcende os limites do caso em que foi construído. E a tese jurídica replicável a outros casos se encontra, exatamente, na premissa maior do silogismo decisório utilizado para resolver a questão controvertida judicialmente<sup>388</sup>.

Essas considerações não infirmam o que foi sustentado no capítulo 1 do trabalho acerca de *como* o precedente deve ser identificado. Lá foi dito, e a aqui se repete, que o precedente é extraído de uma decisão colegiada de uma Corte de precedentes (em regra as Cortes Supremas), sendo que sua identificação exige uma compreensão da íntegra da decisão (relatório, votos e conclusão do julgamento). Essa análise integral é indispensável, porque a tese jurídica (*ratio decidendi*), retratada na premissa normativa do silogismo decisório, é construída à luz do caso concreto. As circunstâncias do caso, muitas vezes descritas em detalhes no relatório da decisão assumem desse modo, um papel importante, sobretudo para permitirem a aplicação do precedente no futuro<sup>389</sup>. Cumpre reiterar que a aplicação do precedente será justificada por meio de um argumento com base na analogia entre as circunstâncias fáticas dos casos (*precedent case* e *instant case*).

A exigência de racionalidade em relação à interpretação-produto é de que seja universalizável e coerente<sup>390</sup>.

---

<sup>388</sup> “Il giudice che, in una sentenza, argomenti a favore di una interpretazione (prodotto) testuale di una disposizione, argomenta in favore di un certo modo di tradurre la disposizione in una norma – per definizione: esplicita – che userà, contestualmente, come premissa normativa della sua decisione su determinanda quastio iuris. Questa premissa costituisce, infatti, la c.d regola della decisione (*ratio decidendi*), o, quantomeno, una della regole della decisione nella catena inferenziale normativa che costituisce l’ossatura lógico-dedutiva del ragionamento giudiziale.” (CHIASSONI, 2007, p. 123-124).

<sup>389</sup> PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 70.

<sup>390</sup> MITIDIERO, 2016. p. 68.

A universalidade da norma (precedente) está relacionada à sua utilização para a solução de outros casos futuros que apresentem idêntico ou semelhante contexto fático. A universalidade retrata, portanto, a replicabilidade do precedente<sup>391</sup>. Assim, se a tese jurídica foi construída diante de um dado contexto fático, em havendo a repetição dos fatos a mesma tese deve ser aplicada. O oposto da norma universalizável é a norma *ad hoc*, que vale apenas para o caso específico.

A universalidade, para além de conferir racionalidade ao produto da interpretação, pode ser qualificada como um instrumento de controle da atuação jurisdicional<sup>392</sup>. Com a exigência da universalidade, promove-se objetividade na prestação jurisdicional e, por conseguinte, assegura-se a imparcialidade<sup>393</sup>. Essas propriedades acabam sendo fundamentais para a racionalidade do sistema de precedentes<sup>394</sup>.

Thomas da Rosa Bustamante, apoiado em lições filosóficas de Kant sobre racionalidade prática, atribui uma importância de tal forma grandiosa para a universalidade que chega ao ponto de considerá-la como o principal fundamento do dever de respeitar precedentes<sup>395</sup>. Nas palavras do próprio autor, “parece claro que a exigência de universalizabilidade – núcleo da concepção kantiana de racionalidade prática – é o principal fundamento para a técnica do precedente judicial<sup>396</sup>”.

A universalidade, todavia, não determina os critérios interpretativos a serem utilizados na formação do precedente<sup>397</sup>. A exigência de que para novos casos seja dada a mesma solução jurídica do passado – o que significa dizer que a tese jurídica formada com base no caso concreto (precedente) deve ser utilizada para resolver outros casos idênticos ou relevantemente semelhantes – não resolve questões que dizem respeito à formação da tese paradigma. Por esse motivo, inclusive, não se pode considerar que as exigências decorrentes da *universalidade* se confundam com aquelas oriundas da *coerência*. Como referido acima, a racionalidade exige que o produto da interpretação não seja apenas universalizável, mas também coerente.

---

<sup>391</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 10-12.

<sup>392</sup> PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 108.

<sup>393</sup> MITIDIERO, 2016, p. 73.

<sup>394</sup> MACCORMICK, 2005, p. 91.

<sup>395</sup> BUSTAMANTE, 2012, p. 268.

<sup>396</sup> *Ibid.*, p. 268.

<sup>397</sup> PEREIRA, 2014, p. 108.

São exigências que se somam, e, por isso, apenas quando realizadas em conjunto tornam a interpretação do Direito racional.

No presente trabalho, sustenta-se que a coerência da norma precedente (produto da interpretação do Direito) é tida como uma resultante do adequado relacionamento entre a fundamentação do precedente em estado de formação e os fundamentos dos demais precedentes integrantes do sistema de precedentes. A coerência impõe um relacionamento positivo entre as normas, que não se limita à observância do princípio lógico da não contradição<sup>398</sup>. Essa adequada vinculação entre os fundamentos das normas precedentes se estabelece por meio da observância de deveres instrumentais a serem seguidos no momento da formação da norma precedente.

No capítulo 5, serão propostos deveres instrumentais, decorrentes da coerência, a serem seguidos pelas Cortes competentes no momento da formação de precedentes. Esses deveres atuam sobre a justificação externa da decisão judicial da qual se extrairá a norma precedente, mais especificamente, limitando a escolha de argumentos interpretativos, dos conceitos jurídicos e do conteúdo atribuído aos princípios constitucionais. Essa limitação de escolhas produzirá, conseqüentemente, uma definição mais objetiva da premissa normativa do silogismo decisório.

Em síntese: o precedente judicial deve ser visto como o resultado de uma atividade de interpretação do Direito. Esse resultado, por uma exigência de universalidade, deve ser utilizado para resolver outros casos judiciais que apresentem idênticas ou semelhantes circunstâncias fáticas. Ocorre que, na formação do precedente a ser universalizado, é preciso que determinados deveres, decorrentes da coerência, sejam observados a fim de que a interpretação-produto, para além de universalizável, seja coerente.

## 5 FUNÇÃO E CONTEÚDO DA COERÊNCIA: AS FINALIDADES E OS DEVERES INSTRUMENTAIS

O *caput* do artigo 926 do Código de Processo Civil estipula deveres institucionais relacionados ao sistema de precedentes. Os deveres são: a) de

---

<sup>398</sup> Como dito ao longo do capítulo 3 do trabalho, a nãocontradição é uma imposição decorrente da consistência, não sendo suficiente para a promoção da coerência.



uniformização da jurisprudência; b) de manter a jurisprudência estável; c) de respeitar a integridade; d) de respeitar a coerência<sup>399</sup>.

Partindo-se de um pressuposto hermenêutico de base, de que não existem palavras vãs na legislação, os deveres acima relacionados devem ser considerados distintos, e, por isso, dotados de conteúdos diversos. Não há falar, portanto, em sobreposição de deveres.

Assim, o dever de uniformizar a jurisprudência está claramente relacionado à eliminação de divergências entre os órgãos fracionários de um tribunal. Constatada a divergência interna, o tribunal não pode ser omisso em eliminá-la<sup>400</sup>. Atrelado ao dever de uniformizar a jurisprudência, o artigo 926, § 1º, determina que os tribunais sintetizem (resumam) sua jurisprudência dominante, por meio da criação de enunciados de súmulas<sup>401</sup>. Isso reforça o que foi afirmado no capítulo 2.5, no sentido de que vinculantes são os precedentes, sendo as súmulas apenas resumos elaborados para fins didáticos.

O dever de estabilidade relaciona-se à mudança de entendimento por parte dos tribunais, de modo que a superação de um precedente (*overruling*) deve ser adequadamente justificada<sup>402</sup>. Conforme o caso, a superação de entendimento poderá ter sua eficácia modulada, nos termos do parágrafo 4º do artigo 927 do Código de Processo Civil<sup>403</sup>. Nesse ponto, é importante destacar que esse dever pressupõe precedentes já formados, isto é, somente pode ser estável um entendimento já conhecido. Se ainda não se conhece a posição da Corte sobre determinado tema, não há falar em estabilidade, tendo em vista ser impossível exigir estabilidade de algo que ainda não existe.

O dever de integridade relaciona-se, em grande parte, com a doutrina de Ronald Dworkin, que, ao refutar concepções pragmáticas e convencionalistas do Direito, desenvolve a ideia de Direito como integridade, nos termos em que exposto no item 3.3. É no mínimo questionável que um Código de Processo Civil possa

---

<sup>399</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016a, p. 384.

<sup>400</sup> *Ibid.*, p. 384.

<sup>401</sup> *Ibid.*, p. 385.

<sup>402</sup> Sobre os princípios que devem orientar o *overruling*, vide EISENBERG, 1991, p. 104-145.

<sup>403</sup> DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 385.

impor aos tribunais uma concepção acerca do que é o Direito<sup>404</sup>. Exigir que os tribunais, ao decidir casos, adotem a concepção de direito como integridade visa a um ideal de busca pela resposta correta valendo-se de princípios morais, políticos e jurídicos identificáveis como subjacentes às decisões do passado<sup>405</sup>. Essa não é, definitivamente, uma premissa adotada pelo presente trabalho.

O objetivo primordial do presente capítulo é propor um sentido ao dever de coerência.

Consoante tratado no capítulo 3.6 do presente trabalho, a coerência, na visão praticamente unânime da doutrina, atua como elemento importante da argumentação jurídica nas situações em que o silogismo decisório e o método dedutivo a ele inerente são insuficientes para a solução de um caso concreto.

Adaptando essa ideia a um sistema de precedentes, é correto afirmar que os deveres decorrentes da coerência atuam no momento da formação de um novo precedente. Vale dizer: quando não há precedente no sistema sobre caso idêntico. A coerência (não) determina, simplesmente, que casos idênticos tenham que receber o mesmo tratamento (*treat like cases alike*)<sup>406</sup>. Essa imposição decorre de se conceberem os precedentes como obrigatórios. Nesse sentido, o respeito ao dever de coerência equivaleria ao dever de respeitar precedentes. Fosse isso verdade, nem ao menos haveria a necessidade de a coerência estar prevista em lei. Os deveres dela decorrentes são, portanto, diversos, e, ao serem observados, promovem estados de coisas relacionados, em grande parte, com a realização de normas constitucionais<sup>407</sup>.

O problema maior atrelado à ideia de interpretação judicial do Direito com vistas à tutela dos direitos numa dimensão geral surge, exatamente, diante da

---

<sup>404</sup> Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart são ainda mais enfáticos: “Nesse passo, o art. 926, CPC, incorre no equívoco de adotar uma específica proposta a respeito da compreensão do conceito de direito: especificamente, vê-lo a partir do conceito de integridade, defendido por determinados setores da doutrina”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016c, p. 989.)

<sup>405</sup> Alfredo Copetti Neto e Hermes Zaneti Jr sustentam, a partir do artigo 926 do Código de Processo Civil, haver uma diferença entre coerência em sentido lato, que seria equiparável à integridade, e coerência em sentido restrito, equiparável à ausência de contradição entre os precedentes. (COPETTI NETO, Alfredo; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da mesma medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e Maccormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. In: HERMENÊUTICA e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 135-155, p. 147-152.)

<sup>406</sup> Em sentido contrário, CRAMER, 2016, p. 128-129.

<sup>407</sup> DIDIER JÚNIOR, 2016a, p. 384.

constatação de que não há precedente sobre o caso a ser julgado pela Corte Suprema. A função imediata do novo precedente é de eliminar controvérsias interpretativas porventura constatadas nos tribunais ou, ainda, solucionar questões jurídicas novas<sup>408</sup>.

A coerência atua, nesse momento importante da construção de um sistema de precedentes, como um critério de julgamento que impõe limite às escolhas interpretativas<sup>409</sup>. A nova norma precedente, que, depois de concluída, será universalizada, deve ser construída de maneira coerente. Não é possível universalizar o que não é coerente<sup>410</sup>.

É preciso, portanto, concretizar o conteúdo normativo da coerência<sup>411</sup>. Isso significa outorgar sentido a uma disposição normativa integrante do ordenamento jurídico brasileiro, o que confirma o viés dogmático da presente pesquisa.

Para esse desiderato, não será feita uma proposta de adesão irrestrita a uma das teorias expostas no capítulo 3. A ideia é utilizar o manancial teórico lá exposto para, com base nele, propor soluções possíveis de serem aplicadas às peculiaridades de um sistema de precedentes.

O desenvolvimento do capítulo obedecerá à seguinte ordem: primeiro, serão apresentados os aspectos teleológicos relacionados aos deveres de coerência, vale dizer, é preciso responder ao que se busca com a aplicação da coerência em um sistema de precedentes; ao depois, serão propostos deveres a serem observados pelos tribunais na construção de um sistema de precedentes.

### **5.1 Aspectos finalistas: o que se busca promover com a aplicação da coerência?**

A coerência não tem um fim em si mesmo, de modo que deve ser vista como um instrumento de racionalidade e de unidade de sistemas normativos. Dessa realidade, constata-se que princípios constitucionais também por ela são promovidos.

Nos 5.1.1 a 5.1.2.4, abaixo, serão enfatizados os elementos teleológicos atrelados à coerência.

---

<sup>408</sup> MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 44.

<sup>409</sup> GREENAWALT, Kent. *Statutory and common law interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 285.

<sup>410</sup> DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 389.

<sup>411</sup> Ibid., p. 387.

### 5.1.1 Finalidade imediata: limite ao poder de criação normativa – instrumento de controle do resultado interpretativo

Como demonstrado no capítulo 1 do presente trabalho, o precedente é norma construída do julgamento de um caso concreto. Também foi dito que a normaprecedente tem a forma de uma tese jurídica (*ratio decidendi*), tida como necessária e suficiente para embasar o resultado do julgamento. O sistema de precedentes é, portanto, um conjunto de normas (teses jurídicas) que convivem simultaneamente e são aplicadas em um mesmo espaço territorial. Não é difícil perceber que a convivência precisa ser harmônica, sob pena de causar dúvidas e confusões nos demais órgãos do Poder Judiciário e nos próprios jurisdicionados.

Ainda no capítulo 1, ficou expresso que uma das premissas do presente trabalho é de que os precedentes, no Brasil, devem ser tidos como vinculantes, e não meramente persuasivos. Na condição de norma e diante da necessária eficácia dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade, o precedente *deve* ser aplicado sempre que surja um caso idêntico ou que não apresente distinção fática relevante. É a máxima do *treat like cases alike*. Não se trata, portanto, de um estado de coisas meramente desejável, mas obrigatório.

Assim, diante da existência de precedente sobre o tema a ser julgado, o ônus argumentativo de quem postula em juízo nele amparado é singelo, bastando demonstrar que distinção fática relevante inexistente entre o *instant case* e o *precedent case*<sup>412</sup>. Não por outro motivo o Código de Processo Civil prevê uma série de dispositivos que permitem medidas judiciais abreviadas em favor de quem postula em juízo, alicerçado em entendimento constante em precedente, bem como medidas sumárias em desfavor de quem se defende contra entendimento previsto em normaprecedente<sup>413</sup>.

Vejamos um exemplo que demonstra ser singelo o ônus argumentativo de quem postula em juízo baseado em entendimento jurídico respaldado em precedente. O órgão especial do Superior Tribunal de Justiça firmou precedente no sentido de que não cabe a incidência de imposto de renda sobre base de cálculo

---

<sup>412</sup> Ressaltando que, em determinados casos, diante da existência de precedentes, não há nenhuma dúvida de como se deve julgar, vide ALEXY, 2013, p. 25.

<sup>413</sup> Como exemplos podem ser citados os seguintes dispositivos do Código de Processo Civil: inciso II do artigo 311; artigo 332; inciso IV do artigo 521; incisos IV e V do artigo 932; inciso I do artigo 1011 e inciso I do artigo 1030.

composta por lucro inflacionário<sup>414</sup>. Recentemente, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região extinguiu vultosa execução fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional para a cobrança de imposto de renda sobre lucro inflacionário. A extinção ocorreu exatamente diante da existência de precedente do STJ<sup>415</sup>. De maneira subjacente à decisão, constata-se, claramente, o reconhecimento do *stare decisis vertical* pelo Tribunal Regional Federal. A Fazenda Nacional, em que pese o elevado valor em disputa (mais de 130 milhões de reais), não interpôs recurso especial. O pedido de dispensa do procurador da fazenda certamente foi embasado no *stare decisis horizontal*, que impõe ao Superior Tribunal de Justiça a obediência a seus próprios

---

<sup>414</sup> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - CSSL. CORREÇÃO MONETÁRIA . BASE DE CÁLCULO. LEI 7.689/88. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSENSO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA 168/STJ. INCIDÊNCIA.

1. É cediço na Corte que: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado" (Súmula n. 168/STJ). 2. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, firmou entendimento segundo o qual a base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro é o lucro real, excluído o lucro inflacionário (Precedentes das Turmas integrantes da Primeira Seção: Esp 415761/PR, Primeira Turma, publicado no DJ de 21.10.2002; AgRg no REsp 636344/PB, Primeira Turma, publicado no DJ de 04.12.2006; REsp 409300/PR, Segunda Turma, publicado no DJ de 01.08.2006; REsp 610963/CE, Segunda Turma, publicado no DJ de 05.09.2005; e AgRg no REsp 409384/PR, Primeira Turma, publicado no DJ de 27.09.2004). 3. A correção monetária posto não ser um plus que se acrescenta, mas um minus que se evita, não traduz acréscimo patrimonial, por isso que sua aplicação não gera qualquer incremento no capital, mas tão-somente restaura dos efeitos corrosivos da inflação. 4. Os precedentes assentam que: (a) esta contribuição não pode incidir sobre o lucro inflacionário. A contribuição só pode incidir sobre o lucro real, o resultado positivo, o lucro líquido e não sobre a parte correspondente à mera atualização monetária das demonstrações financeiras; (b) o chamado lucro inflacionário não realizado não é lucro real. A correção monetária não representa qualquer acréscimo ao valor corrigido e visa preservar o valor aquisitivo da moeda através do tempo; (c) o artigo 43, do CTN, estabelece que o imposto de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda e de proventos de qualquer natureza, sendo certo que lucro inflacionário não é renda, não é aumento de capital; (d) não se confunde lucro inflacionário com lucro real. O primeiro engloba no seu quantitativo os ganhos reais da empresa devidamente atualizados. O ganho real, diferentemente, é unicamente o resultado da atividade econômica; (e) as demonstrações financeiras devem refletir a situação patrimonial da empresa, com o lucro efetivamente apurado, que servirá de base de cálculo para a cobrança do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro e do imposto sobre o lucro líquido; e (f) a correção monetária não traduz acréscimo patrimonial. Sua aplicação não gera qualquer incremento no capital, mas tão-somente o restaura dos efeitos corrosivos da inflação. Por este prisma, não há como fazer incidir, sobre a mera atualização monetária, Imposto de Renda, sob pena de tributar-se o próprio capital. 5. Agravo regimental desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 436302/PR Agravo Regimental nos Embargos de Divergencia no Recurso Especial 2006/0200591-6. Primeira Seção. Relator: Ministro Luiz Fux (1122) S1. DJ 17 set. 2007 p. 197)

<sup>415</sup> TRIBUTÁRIO. IRPJ. LUCRO INFLACIONÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. O saldo credor da conta de correção monetária das pessoas jurídicas consistente em seu lucro inflacionário não é base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica. Precedentes do STJ. 2. Honorários advocatícios mantidos conforme fixados pelo julgador, pois em consonância com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC e com os precedentes desta Turma. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5000606-25.2014.404.7106. 1ª Turma. Relator: Des. Federal Jorge Antonio Maurique. Por Unanimidade. Juntado aos Autos em 29 abr. 2016).

precedentes. O feito teve essa solução, porque o precedente do Superior Tribunal de Justiça tornou a discussão simples, independentemente de seu elevadíssimo valor. A única discussão desenvolvida ao longo do processo envolveu a prova pericial, com o objetivo de esclarecer se o montante cobrado era ou não decorrente de imposto de renda sobre lucro inflacionário (não fosse lucro inflacionário haveria uma distinção fática que impediria a aplicação do precedente). Definido pelo laudo pericial que, de fato, essa era a natureza da dívida, o deslinde do feito foi simples, porquanto bastou a aplicação do precedente da Corte Suprema.

Ocorre que, muitas vezes, não há precedente sobre a questão a ser julgada pela Corte de precedentes. Trata-se dos temas ainda não enfrentados pelas Cortes Supremas. Nos *sítes* do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal consta um rol de temas que aguardam definição por meio do julgamento de recursos especiais e extraordinários, todos representativos de controvérsias ainda não resolvidas em última instância. Esses recursos, quando decididos, produzirão novos precedentes a serem seguidos pelas próprias Cortes de Vértice e pelos demais órgãos judiciais do país.

A decisão judicial da qual se extrai o precedente visa, imediatamente, à solução de um caso concreto. Não há dúvida em relação a isso. A criação do precedente é totalmente dependente de uma situação concreta a ser julgada. Por isso foi dito, no capítulo 1, que o precedente é uma norma geral e concreta. Entretanto, à luz da necessidade de promoção da tutela dos direitos em uma dimensão geral, o caso concreto acaba sendo visto como um pretexto para a criação do precedente<sup>416</sup>.

A fundamentação utilizada pela Corte para a solução do caso concreto envolve justificção interna e justificção externa, consoante demonstrado no capítulo 4. A fundamentação do precedente, evidentemente, só pode estar contida nesse discurso justificativo. Onde mais poderia estar?

Assim, pode-se afirmar que está localizada nas razões usadas pela Corte para a escolha da premissa normativa da decisão (premissa maior do silogismo). Em outras palavras: como o precedente é extraído da premissa normativa do silogismo decisório do julgamento de um caso concreto pela Corte Suprema<sup>417</sup>, as justificativas

---

<sup>416</sup> MITIDIERO, 2015, p. 55 *et seq.*

<sup>417</sup> É importante ressaltar aqui o que foi escrito no capítulo 1 no sentido de que em determinadas situações as Cortes de Justiça atuam como se Cortes de precedentes fossem.

da premissa normativa (justificação externa) são os fundamentos do precedente. E, diante da constatação de que a premissa normativa não retrata simplesmente a descoberta de uma norma jurídica preexistente, ela precisa ser justificada de uma maneira adequada a essa realidade.

Como exposto no capítulo 3, principalmente quando foram expostas as concepções de coerência de Humberto Ávila, Robert Alexy e Aleksander Peczenik, a coerência impõe que os fundamentos do precedente em estado de formação apresentem conexões positivas com os fundamentos dos demais precedentes do sistema. Os vínculos impostos pela coerência são, assim, entre as respectivas fundamentações. Vale dizer: devem ser buscados elementos comuns nos fundamentos do sistema de precedentes.

A coerência é norma que incide sobre a fundamentação jurídica da decisão<sup>418</sup>, exatamente no momento da formação de um novo precedente, limitando a capacidade de escolha da Corte no que tange à justificação externa utilizada no julgamento.

Uma das escolhas mais importantes para a definição do precedente está àquela relacionada com os argumentos interpretativos utilizados pelo intérprete (argumentos semânticos, lógicos, teleológicos, sistemáticos, etc.). Dependendo do argumento interpretativo escolhido, o resultado da interpretação (precedente) oscilará radicalmente. O número de argumentos interpretativos não conta com unanimidade na doutrina, mas se pode afirmar que o mais importante é estabelecer critérios objetivos que indique qual deva ser utilizado<sup>419</sup>.

Também os conceitos jurídicos são fundamentais para a formação de precedentes judiciais. Dependendo do conceito adotado, a interpretação-resultado sofre profunda modificação, de modo que precisam ser universalizados os conceitos jurídicos utilizados em um sistema de precedentes.

Não se pode olvidar, ainda, a enorme importância que o conteúdo dos princípios jurídicos, em especial os princípios constitucionais, exerce sobre o resultado final da atividade de interpretação. Diante de amplitude semântica da

---

<sup>418</sup> GÜNTER, Klaus. *A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification*. Ratio Juris, 1989, p. 155-166.

<sup>419</sup> Nesse sentido a lição de Robert Alexy: “Mais importante do que o problema do número de cânones é o problema de sua ordem hierárquica. Cânones diferentes podem levar a resultados diferentes. Diante desse fato, só se podem considerar adequados para fundamentar com segurança um resultado se é possível articular critérios estritos para sua ordenação hierárquica. No entanto, até hoje não se conseguiu fazer isso” (ALEXY, 2013, p. 21).

norma-princípio, é indispensável que seu conteúdo seja definido, e essa definição respeitada uniformemente na fundamentação dos precedentes integrantes do sistema.

Em síntese: a finalidade imediata da coerência é de limitar o poder de escolha do intérprete/aplicador do Direito no momento de criação de um novo precedente.

### 5.1.2 Finalidades mediatas

Para além da finalidade imediata de limitar o poder de escolha do intérprete/aplicador do Direito, a coerência visa a outorgar racionalidade e unidade ao sistema de precedentes, além de promover “estados de coisas” em grande parte relacionados com princípios constitucionais de altíssima relevância.

A coerência não é, desse modo, mera técnica que estabelece critérios formais para a construção de sistemas normativos. Trata-se, ao contrário, de um postulado hermenêutico que visa à promoção de valores superiores da ordem jurídica<sup>420</sup>.

Abaixo serão apresentadas as finalidades mediatas decorrentes da observância dos deveres de coerência.

#### 5.1.2.1 Conferir racionalidade à interpretação do direito

Segundo Castanheira Neves, “o tema da racionalidade é – ninguém o ignora – um dos temas mais complexos e mais controvertidos da nossa actualidade cultural<sup>421</sup>”. Talvez a complexidade advenha do fato de se tratar de conceito dotado de ambiguidade e aplicado em diferentes áreas do conhecimento. Assim, pode-se falar de racionalidade dedutiva; racionalidade de ações; racionalidade indutiva; racionalidade científica, entre outras hipóteses de aplicação<sup>422</sup>. É possível afirmar, entretanto, com pretensão de aceitação geral, que a antítese da “razão” é a intuição, ou a emoção, de modo que um pensamento dotado de racionalidade é aquele que se propõe a ter validade objetiva<sup>423</sup>.

---

<sup>420</sup> A caracterização da coerência como um postulado hermenêutico será aprofundada no capítulo 6 do trabalho.

<sup>421</sup> NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 34.

<sup>422</sup> PECZENIK, 2008, p. 46

<sup>423</sup> NEVES, 1993, p. 35.



A coerência é um elemento imanente à ideia de racionalidade. São ideias entre si dependentes. Não há racionalidade sem coerência. São conceitos que, juntos, constituem fundamentos para a comunicação humana e, por conseguinte, para a vida em sociedade<sup>424</sup>.

No presente trabalho, de todos os conceitos possíveis de racionalidade, importa aquele relacionado à argumentação jurídica racional, que determina, por conseguinte, a racionalidade das conclusões da atividade de interpretação do Direito<sup>425</sup>.

A relação entre coerência e racionalidade no Direito é visualizada, nessa perspectiva, da interpretação jurídica e de seu discurso justificativo. Consoante mencionado no item 4.1.1, a interpretação do Direito é racional, se for uma atividade devidamente justificada e apresentar um resultado universalizável e coerente. Exige-se, desse modo, como requisito de racionalidade da interpretação do Direito, que o produto da interpretação seja coerente. Nesse diapasão, a coerência pode ser apresentada, como condição necessária para a racionalidade da interpretação do Direito. Por isso a coerência promove a racionalidade.

Cumprir observar, todavia, que o produto da interpretação é absolutamente dependente da atividade de interpretação. Desse modo, para a garantia de coerência do resultado interpretativo e, por conseguinte, para que se possa considerar racional a interpretação do Direito, a argumentação utilizada deve seguir critérios de coerência.

A coerência é, assim, um elemento central do conceito de racionalidade no Direito<sup>426</sup>.

Especificamente no que toca ao sistema de precedentes brasileiro, é importante observar que não pode ser construído com base em intuições ou concepções morais individuais dos membros que integram as Cortes Supremas. Vale dizer, o sistema precisa de justificação adequada para suas decisões<sup>427</sup>. Para

---

<sup>424</sup> AARNIO, 1987, p. 194.

<sup>425</sup> Esse é o sentido de racionalidade estudado por Aleksander Peckenik, ao afirmar que “The concept of rationality is, however, both ambiguous and applicable to vastly different áreas. One speaks about deductive rationality, inductive rationality, scientific rationality in general, rationality of actions, goal rationality, norm rationality, system rationality, ethical rationality, legal rationality, rational reasoning etc. In this work, I will discuss rational reasoning, that is, rationality of conclusions, with particular attention to practical, inter alia moral and legal conclusions.” (PECZENIK, op. cit., p. 46)

<sup>426</sup> PECZENIK, 2008, p. 145.

<sup>427</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. *A sinergia do NCPC: integridade, estabilidade e coerência. In Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 356-360.

isso, a construção de cada novo precedente deve observar deveres impostos pela coerência, porquanto, apenas se os respectivos resultados interpretativos se mostrarem coerentes, o sistema será racional.

Em síntese: para que o produto da interpretação do Direito seja coerente e, portanto, para que seja outorgada racionalidade ao sistema de precedentes, é imprescindível que a interpretação-atividade seja controlada por deveres impostos pela coerência. No item 5.2, serão propostos esses deveres.

#### 5.1.2.2 Promover a unidade do sistema de precedentes

Uma ordem jurídica pautada pela unidade pressupõe a promoção da Segurança Jurídica<sup>428</sup>. Não por outro motivo os deveres previstos no artigo 926 do Código de Processo Civil, todos dirigidos às Cortes competentes para a formação de precedentes<sup>429</sup>, são concretizações dos estados ideais do princípio da segurança jurídica<sup>430</sup>.

A coerência, na condição de um desses deveres, deve ser vista como um instrumento de promoção da segurança jurídica e, por conseguinte, da unidade do direito<sup>431</sup>.

Nesse contexto, soa evidente que a unidade do Direito pressupõe que o próprio sistema de precedentes seja dotado de unidade. É necessário, assim, que adequados vínculos de hierarquia e coerência sejam estabelecidos entre as normas precedentes<sup>432</sup>.

Como mencionado no capítulo 2, o conjunto dos precedentes produzidos pelas Cortes estrutura-se como um sistema normativo. Esse sistema, como também já explicitado no capítulo 2, deve ser dotado não apenas de ordem, mas também de unidade. Essas são características que devem ser perseguidas em quaisquer sistemas normativos.

---

<sup>428</sup> MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 61.

<sup>429</sup> No capítulo 6 do presente trabalho, será exposto que os preceitos previstos no artigo 926 do Código de Processo Civil são deveres para as Cortes de precedentes e recomendações para as Cortes de Justiça.

<sup>430</sup> A relação entre o artigo 926 do Código de Processo Civil e o princípio da segurança jurídica será apresentada no capítulo 5.1.2.3, infra.

<sup>431</sup> “A obtenção da unidade do direito tem a ver, portanto, com a hierarquia, com a coerência e com a universabilidade do direito.” (MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 61).

<sup>432</sup> MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 61.

A *ordem*, como retratado no item 2.1, relaciona-se com a ideia de igualdade. Não se pode admitir tratamento jurisdicional diferente entre jurisdicionados que estejam na mesma situação. Da mesma forma, não se pode admitir tratamento idêntico para pessoas que estejam em situação faticamente diferente. Imposição inexorável para a garantia de *ordem* em um sistema de precedentes é o estabelecimento do *stare decisis horizontal*, o que significa dizer que as Cortes de precedentes devem seguir seus próprios precedentes<sup>433</sup>.

A *unidade*, para além de exigir ausência de contradição interna, impõe que as normas (precedentes) possam ser derivadas de um elemento comum de suporte. Na exposição feita ao longo do capítulo 2, que teve como um dos principais referenciais teóricos Canaris, esses elementos seriam os princípios superiores sistematizadores do ordenamento jurídico.

Não é difícil perceber, portanto, que a *unidade* impõe, ao fim e ao cabo, a identificação de “pontos comuns” entre as normas do sistema. No caso em análise, “pontos comuns” entre os precedentes. É como se fosse exigido um “parentesco” mínimo entre as normas. Como se todas fizessem parte da mesma “família”.

A relação entre coerência e unidade sistêmica é palmar. Esse vínculo fica claro da análise comparativa da definição de *unidade* elaborada por Canaris e do conceito de coerência normativa construído por Maccormick. Esses conceitos foram tratados nos capítulos 2.1 e 3.2, respectivamente. Nesse momento, cumpre a retomada de tais conceitos, exatamente para demonstrar a inexorável aproximação entre eles.

Segundo Canaris, *unidade* de um sistema normativo significa a “recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos”<sup>434</sup>. Já o conceito de coerência normativa de Maccormick é o seguinte: “In short, the coherence of a set of norms is a function of its justifiability under higher-order principles and values, provided that the higher-or highest order principles and values seem acceptable as delineating a satisfactory form of life, when taken together”<sup>435</sup>. A proximidade entre os conceitos é notável. Isso indica que as ideias de unidade e de coerência são muito semelhantes. Os autores citados compartilham, claramente, de

---

<sup>433</sup> O problema do *stare decisis* vertical não está relacionado com a coerência do sistema de precedentes, tendo em vista as Cortes de Justiça, com exceção da definição do direito local, não serem Cortes de precedentes. Estão, portanto, fora do sistema de precedentes, em nada podendo colaborar, diretamente, para sua coerência ou unidade.

<sup>434</sup> CANARIS, 2002, p. 76.

<sup>435</sup> MACCORMICK, 2005, p. 193.

preocupações comuns. Pode-se afirmar que a preocupação central que subjaz aos dois conceitos é exatamente de exigir um “parentesco” entre as normas do sistema. Devem ser visualizados “elementos comuns” entre as normas<sup>436</sup>. A situação a ser evitada, tanto pela ideia de *unidade*, quanto pela definição de coerência normativa, é de impedir que normas, mesmo que não contraditórias, não guardem entre si qualquer relação.

Especificamente no que diz respeito ao sistema de precedentes, é possível estabelecer uma relação de meio e fim entre coerência e unidade. Isso porque, da coerência, é possível extrair deveres instrumentais às Cortes de precedentes no momento da formação de cada novo precedente. Esses deveres se relacionam à fundamentação do precedente, exatamente como preconizado por Peczenik e Alexy, consoante demonstrado no item 3.5. Com a observância a esses deveres (meio), o sistema se torna gradualmente mais coerente e, simultaneamente, ganha em unidade (fim). Com o crescimento da unidade do sistema de precedentes, promove-se, gradualmente, a unidade do Direito.

### 5.1.2.3 Promover calculabilidade no direito

O princípio constitucional da segurança jurídica determina que sejam buscados os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade no Direito<sup>437</sup>.

Em resumo, pode-se dizer que o ideal de cognoscibilidade relaciona-se com o conhecimento dos textos normativos e de seu significado – é preciso que as pessoas conheçam o Direito –, o que inclui aspectos relacionados à existência, validade, vigência e eficácia das normas<sup>438</sup>. A confiabilidade é promovida, quando as normas não têm efeito retroativo e, ainda, quando não sofrem alterações frequentes e repentinas, pois é preciso manter hígido, no presente, aquilo que foi conquistado no passado<sup>439</sup>; promove-se calculabilidade quando as pessoas, por conhecerem as práticas interpretativas que serão utilizadas, conseguem antecipar as alternativas de interpretação do Direito pelos órgãos de aplicação, em especial pelo Poder Judiciário, ou seja, é preciso que as pessoas saibam o que, do presente, deve ser

---

<sup>436</sup> ÁVILA, 2014, p. 170.

<sup>437</sup> ÁVILA, 2016, p. 106.

<sup>438</sup> Ibid., p. 355.

<sup>439</sup> Ibid., p. 359.

mantido na transição para o futuro<sup>440</sup>. Na feliz síntese de Humberto Ávila, os sentimentos que afinal são arredados com a promoção da Segurança jurídica são o engano, frustração e a surpresa<sup>441</sup>.

Quanto ao aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, isto é, dos sujeitos que a devem garantir cumprir observar são os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>442</sup>.

No que tange ao papel do Poder Judiciário na promoção desses estados ideais, vejamos o seguinte trecho da obra *Teoria da Segurança Jurídica*, de Humberto Ávila<sup>443</sup>:

Em virtude, no entanto, das causas sociais e jurídicas expostas na parte introdutória deste trabalho, também a jurisdição tem causado problemas de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade: de cognoscibilidade, em virtude da falta de fundamentação adequada das decisões ou, mesmo, da existência de divergências entre decisões, órgãos ou tribunais; de confiabilidade, em razão da modificação jurisprudencial de entendimentos anteriormente consolidados com eficácia retroativa inclusive para aqueles que, com base no entendimento abandonado, praticaram atos de disposição dos seus direitos fundamentais; e de calculabilidade, pela falta de suavidade das alterações de entendimento ou, mesmo, pela ausência de coerência da interpretação do ordenamento jurídico.

O artigo 926 do Código de Processo Civil concretiza, no plano infraconstitucional, o princípio constitucional da segurança jurídica no que diz respeito ao papel do Poder Judiciário na criação de precedentes. Vale dizer, trata-se de regra que disciplina a formação do sistema de precedentes à luz do princípio da segurança jurídica. É possível, portanto, estabelecer relações claras entre os deveres previstos pelo dispositivo legal e a promoção dos estados ideais determinados pela norma constitucional<sup>444</sup>.

O dever de *uniformizar* a jurisprudência se dirige à promoção do ideal de cognoscibilidade, porquanto entendimentos sincronicamente dissonantes confundem

---

<sup>440</sup> ÁVILA, 2016, p. 359.

<sup>441</sup> Ibid., p. 690.

<sup>442</sup> Ibid., p. 700.

<sup>443</sup> Ibid., 178.

<sup>444</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.  
§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.  
§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

a sociedade e os demais órgãos do Poder Judiciário<sup>445</sup>. Com a divergência sincrônica não é possível identificar o Direito construído pelas Cortes<sup>446</sup>. Não se pode obedecer àquilo que não se conhece. Essa confusão impede as pessoas de tomarem decisões, e os advogados ficam extremamente inseguros de fornecerem pareceres jurídicos.

O dever de manter a jurisprudência *estável* está relacionado à promoção do estado de confiabilidade<sup>447</sup>. Guinadas repentinas de entendimentos, com efeitos retroativos inclusive para alcançar pessoas que agiram apoiadas no entendimento abandonado, violam flagrantemente a confiança que a sociedade deve ter no Poder Judiciário<sup>448</sup>. Quem age com base em entendimento exarado por uma Corte de precedentes, age apoiado no Direito vigente. Assim, caso a mudança de entendimento seja inevitável (*overruling*), deve ocorrer de maneira a preservar situações consolidadas à luz do entendimento superado, o que significa, inclusive, proteger a confiança depositada no entendimento abandonado<sup>449</sup>.

É importante perceber que o respeito obrigatório aos precedentes, consoante tratado no capítulo 1.4, previne a violação do dever de uniformização, contribuindo para a promoção do estado de cognoscibilidade, além de guardar estreita relação com a ideia de estabilidade, e, por conseguinte, com o ideal de confiabilidade<sup>450</sup>. Assim, o artigo 927 do Código de Processo Civil, ao prever, mesmo que de forma incompleta e com nomenclatura imprecisa<sup>451</sup>, a necessidade de respeito aos precedentes, representa uma especificação dos deveres de uniformização e estabilidade constantes no artigo 926, e, com isso, também retrata uma concretização infraconstitucional do princípio constitucional da segurança jurídica.

---

<sup>445</sup> CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 209-333.

<sup>446</sup> CRAMER, 2016, p. 124.

<sup>447</sup> Sobre a mudança de entendimento jurisprudencial e sua relação com a Proteção da Confiança, vide DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

<sup>448</sup> MENKE, Cassiano. *Irretroatividade tributária material: definição, conteúdo e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 114-116.

<sup>449</sup> ÁVILA, 2016, p. 482-525.

<sup>450</sup> “Estabilidade da jurisprudência significa a existência de precedentes firmes e sólidos, capazes de demonstrar, sem dificuldade, o posicionamento do tribunal sobre determinadas questões. E isso somente se alcança se os tribunais respeitarem, além dos precedentes dos tribunais superiores, seus próprios precedentes.” (CRAMER, 2016, p. 125).

<sup>451</sup> Algumas das imprecisões na redação do artigo 927 foram apontadas ao longo do capítulo 2 do presente trabalho.

A exigência de integridade, como mencionado no início do capítulo 5, acima, relaciona-se com uma concepção de direito como integridade, sustentada pelo norte-americano Ronald Dworkin. Essa ideia foi exposta no item 3.3. Como referido acima, é inapropriado que a legislação processual de um país queira impor a seus juízes uma concepção acerca do que é o Direito. Todavia, desconsiderando essa impropriedade, o que se admite apenas para argumentar, é possível visualizar uma tentativa do legislador em impor certo padrão de justificação às decisões judiciais. Um verdadeiro modelo argumentativo que, com base em princípios políticos, morais e jurídicos seria capaz de levar à resposta correta. Na esteira desse propósito, de todo velado, é possível afirmar que o dever de integridade contribuiria para a promoção do estado de cognoscibilidade, na medida em que forneceria elementos para uma melhor fundamentação das decisões judiciais.

No que se refere à coerência, cumpre concluir, na esteira das lições acima transcritas de Humberto Ávila, que o respeito, pelas Cortes de precedentes, aos deveres decorrentes da coerência leva ao ideal de calculabilidade. Isso não significa que a coerência seja uma garantia de previsibilidade do Direito engendrado judicialmente. Essa garantia não pode existir exatamente, porque o Direito depende de processos argumentativos para ser reconstruído. A previsão absoluta é, portanto, inalcançável<sup>452</sup>. Todavia é indispensável para o ideal de cognoscibilidade que as alternativas de interpretação sejam visualizáveis antecipadamente<sup>453</sup>.

Consoante referido acima, a coerência tem papel importante na formação de um novo precedente, a fim de limitar as possibilidades de escolhas interpretativas pela Corte. Desse modo, contribui para que o produto da interpretação do Direito, revelado pelo novo precedente judicial, se enquadre no âmbito de hipóteses interpretativas antecipáveis pela sociedade como um todo e pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Na hipótese de serem desconsiderados os deveres decorrentes da coerência, a interpretação do Direito tende a se mostrar descomprometida com o sistema de precedentes já existente. Isso porque a coerência impõe, exatamente, que o intérprete relacione as normas precedentes – aquela que está em fase de formação com as demais já integrantes do sistema –, especificamente para que a

---

<sup>452</sup> ÁVILA, 2016, p. 609.

<sup>453</sup> MENKE, 2015, p. 117.

fundamentação do novo precedente apresente “elementos comuns” com as demais fundamentações integrantes do sistema.

Diante do necessário vínculo entre os respectivos fundamentos, promove-se a calculabilidade, tendo em vista serem antecipáveis as possibilidades interpretativas diante das limitações impostas pela coerência (*coherence constraints*)<sup>454</sup>. Vale dizer: a aplicação da coerência (não) pode ter a pretensão de “mostrar” ao intérprete a resposta certa, mas, sim, limitar as possibilidades interpretativas à luz do sistema de precedentes que preexiste e do qual o precedente em formação fará parte. Deve ser evitado o “vale tudo” interpretativo, que decorre da falta de referência do aplicador aos elementos internos do sistema jurídico<sup>455</sup>.

Por fim, cumpre mais uma vez enaltecer a seguinte lição de Humberto Ávila, que consta já nas considerações introdutórias de sua Teoria da Segurança Jurídica: “Vale dizer, segurança jurídica ou é inteira, ou não é segurança”<sup>456</sup>.

Dessa afirmação é necessário reconhecer que todos os estados ideais da segurança jurídica devem ser buscados, simultaneamente e com a mesma intensidade, para que o princípio constitucional seja devidamente promovido. Não basta, assim, seguir precedentes, manter a jurisprudência estável e uniforme, se, ao mesmo tempo, a coerência não for respeitada para que o estado de calculabilidade seja devidamente promovido.

#### 5.1.2.4 Promoção da isonomia

A isonomia é um princípio constitucional. Está no rol dos direitos e das garantias fundamentais, especificamente no *caput* do artigo 5º da Carta Magna. Trata-se de princípio que irradia efeitos por todos os ramos do Direito. No capítulo 1.4 do presente trabalho, fora mencionado, inclusive, que um dos fundamentos determinantes para o caráter obrigatório dos precedentes no Brasil é, exatamente, a isonomia. Lá foi dito que assegurar tratamento igualitário perante a legislação não basta para a promoção da igualdade perante o Direito. Isso porque se constata, de

---

<sup>454</sup> “Classical legal positivism constructs law and legal reasoning on a model of rules, thereby reducing legal reasoning to rule-application and legal justification to derivability from de applicable rules. On this view, when rules fail to provide determinate guidance, judges enjoy discretion, as the reasons of law reaches only as far as legal rules do. In contrast, coherence theories claim that there are constraints on what judges may to do in these cases, namely, coherence constraints.” (AMAYA, 2015, p. 11)

<sup>455</sup> ÁVILA, op. cit., p. 271.

<sup>456</sup> ÁVILA, 2016, p. 271.



maneira não rara, que diante do mesmo texto legal e à luz das mesmas circunstâncias fáticas o Poder Judiciário constrói resultados interpretativos completamente diferentes. Assim, fora exposto que a promoção da isonomia pressupõe igualdade de tratamento perante a jurisdição, e não apenas perante a legislação. Trata-se de promover a igualdade pelo processo<sup>457</sup>.

Muitas vezes, entretanto, as Cortes competentes para a formação de precedentes se deparam com a inexistência de precedente a ser seguido. O caso a ser julgado pela Corte Suprema pode ser “o primeiro”, ou seja, é possível que se esteja diante de um precedente em estado de formação. Essa situação impede que a igualdade seja promovida por meio do respeito aos precedentes, exatamente porque não há precedente a seguir.

O fato de o precedente estar em fase de formação não desincumbe, todavia, a Corte de promover o princípio constitucional da isonomia. A promoção da igualdade, nesse caso, passa pelo atendimento aos deveres decorrentes da coerência<sup>458</sup>. Os fundamentos do precedente em estado de formação devem guardar relação com fundamentos de outros precedentes do sistema que tratem do mesmo ramo do Direito<sup>459</sup>. Essa relação exige que sejam definidos “elementos comuns” nas respectivas fundamentações. A igualdade, nesse contexto, deve ser promovida pela identidade de argumentos interpretativos e da generalização dos conceitos jurídicos no âmbito de temas semelhantes do mesmo ramo do Direito.

Corolário lógico de se utilizar o mesmo argumento interpretativo e os mesmos conceitos jurídicos na formação de todos os precedentes que tratam de temas semelhantes no mesmo ramo do Direito é a promoção do princípio da igualdade<sup>460</sup>. Desse modo, todos os precedentes que tratem de temas semelhantes no âmbito de um determinado ramo do Direito devem ser construídos com base nos mesmos argumentos interpretativos e dos mesmos conceitos jurídicos. Com isso se estabelecem vínculos entre os fundamentos dos precedentes (pontos comuns) que levam, inexoravelmente, à promoção do princípio constitucional da igualdade.

---

<sup>457</sup> Sobre a importante distinção entre “Igualdade ao Processo”, “Igualdade no Processo” e “Igualdade pelo Processo”, vide ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 155-247.

<sup>458</sup> STRECK, Lênio Luiz. O que é isto: a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? In: *Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 156-177, p.159.

<sup>459</sup> Esses deveres serão expostos nos itens 5.1.4, 5.1.5 e 5.1.6 do presente trabalho.

<sup>460</sup> DIDIER JÚNIOR, 2016a, p. 390.

Por fim, é preciso afirmar que a utilização dos mesmos argumentos interpretativos e de idênticos conceitos jurídicos pode não conduzir a resultados interpretativos semelhantes aos alcançados por precedentes anteriores. Isso porque a adoção dos deveres decorrentes da coerência não produz como resultado o alcance da “resposta correta”. Definitivamente a coerência não é instrumento para a outorga da resposta certa. Em verdade, é impossível, da constatação de que atividade de interpretar envolve escolhas de sentidos possíveis (teoria cética moderada da interpretação jurídica) acreditar que exista uma única resposta correta para os problemas de interpretação do Direito. O respeito aos deveres de coerência promove a redução das possibilidades interpretativas. Vale dizer: limita a criatividade do intérprete à luz de referenciais extraídos do próprio sistema de precedentes (autorreferência).

## **5.2 A coerência como fonte de deveres instrumentais às Cortes de precedentes**

Definidas as finalidades imediatas e mediatas relacionadas à aplicação da coerência em um sistema de precedentes, cumpre definir: quais os deveres impostos pela coerência na formação do sistema de precedentes? (*Como aplicar a coerência?*).

Para que a pergunta acima possa ser respondida racionalmente, de modo que a resposta não pareça arbitrária, é preciso indicar as causas que levam a diferentes interpretações de mesmas disposições normativas no âmbito do Poder Judiciário. Vale dizer: responder por que a interpretação do Direito varia? Por que à luz dos mesmos textos juízes diferentes chegam, por vezes, a resultados interpretativos diversos?

Nos capítulos antecedentes ficou registrado que o presente trabalho adota como premissa teórica, uma concepção cética moderada da interpretação do Direito. O que significa aceitar que o ato de interpretar não é mera descoberta de significados preexistentes, mas, sim, uma atividade de reconstrução de sentido com base em elementos textuais e extratextuais do ordenamento jurídico. Interpretar envolve, portanto, valorar e escolher sentidos plausíveis da disposição normativa apresentada (a disposição normativa é o objeto da atividade de interpretação, e a norma, o seu resultado/produto).

Guastini aponta quatro motivos que levam à variação da interpretação: a) interesses dos intérpretes; b) diversidade de concepções de justiça de quem interpreta; c) os conceitos jurídicos adotados; d) argumentos interpretativos escolhidos<sup>461</sup>.

A posição processual em que se encontra o intérprete determina, muitas vezes, a defesa da atribuição deste ou daquele sentido a uma determinada disposição normativa. Vale dizer: dependendo de seus interesses, a escolha do sentido pode apresentar variações. Assim, diante do mesmo contexto fático, o autor de uma demanda judicial certamente terá uma proposta interpretativa diferente da sustentada pelo réu, haja vista, exatamente, o conflito de interesses constatado.

As preferências ético-políticas do intérprete também interferem no resultado da interpretação. Tais preferências influenciam decisivamente no sentimento de justiça de quem interpreta o Direito. Por exemplo: certamente a interpretação do inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal, que prevê a função social da propriedade, será diferente dependendo de o intérprete ter uma posição pessoal de cunho liberal ou comunista.

A definição dos conceitos jurídicos relacionados às disposições normativas objeto de interpretação exercem, do mesmo modo, influência marcante no resultado da interpretação do Direito. Assim, por exemplo, o conceito de “consumidor” é fundamental para a interpretação de praticamente todo o Código de Defesa do Consumidor. Dependendo exclusivamente do conceito adotado, os direitos previstos do código terão alcance mais abrangente ou mais restrito.

A eleição do argumento interpretativo pelo qual determinada disposição normativa será interpretada também produz drásticos efeitos no resultado da interpretação. Desse modo, por exemplo, quando é utilizado o argumento teleológico para interpretar uma imunidade tributária, certamente o resultado será diverso de quando se opta pela utilização de argumentos linguístico-semânticos<sup>462</sup>.

Das quatro causas apontadas acima, duas são controláveis por meio da justificação externa da decisão judicial, as outras duas, não.

Não é difícil perceber que é impossível exercer qualquer tipo de controle em relação aos interesses pessoais do intérprete e, ainda, sobre suas concepções particulares de justiça. Essas questões “não aparecem” na justificação externa da

---

<sup>461</sup> GUASTINI, 2011, p. 46-52.

<sup>462</sup> ÁVILA, 2001.

decisão judicial. Nenhum intérprete vai “confessar” que está propondo essa ou aquela alternativa de interpretação, porque tem interesse pessoal de que assim o seja. Ninguém seria capaz de revelar, ainda, que a decisão sobre o sentido dado ao texto advém de um posicionamento liberal ou comunista. Enfim, essas influências são derradeiramente insindicáveis.

Diferentemente ocorre com os “conceitos jurídicos” utilizados no processo de interpretação, bem como com a escolha dos argumentos interpretativos. Esses elementos “aparecem”, ou, no mínimo, devem aparecer na justificação externa do julgamento. Assim, são elementos perfeitamente sindicáveis. É possível o seu controle. Como os precedentes são extraídos de decisões judiciais de Cortes Supremas ou de Cortes que fazem às vezes de Cortes Supremas, é perfeitamente viável comparar os conceitos jurídicos e os argumentos interpretativos utilizados na construção dos diferentes precedentes do sistema. Basta voltar os olhos para a justificação externa da decisão em que o precedente foi identificado.

Essas considerações são importantes para justificar o porquê de os deveres instrumentais que serão apresentados nos capítulos 5.2.1.1, 5.2.1.2 e 5.2.1.3 envolverem, exatamente, o controle sobre os “conceitos jurídicos” e sobre os “argumentos interpretativos” utilizados no processo de interpretação do Direito pelas Cortes Supremas. Esses deveres serão propostos de critérios de coerência compatíveis com um sistema de precedentes.

No capítulo 5.3, diferentemente, será proposto um dever instrumental que decorre diretamente da ideia de coerência normativa, o que não guarda uma relação direta com argumentos interpretativos e conceitos jurídicos, mas, sim, o conteúdo de princípios constitucionais.

### *5.2.1 Deveres instrumentais decorrentes dos critérios coerência*

No capítulo 3.5 foram expostos, com base em trabalhos de Robert Alexy e Aleksander Peczenik, critérios de coerência. Os autores, com o objetivo de tornar a ideia de coerência mais operacional, clara e objetiva, sustentaram a adoção de critérios que servem como parâmetros para as fundamentações das normas integrantes de sistemas normativos. Os critérios de coerência não determinam o conteúdo das normas, mas, sim, um relacionamento entre as fundamentações dos elementos que integram um sistema normativo. Em síntese: a coerência está

relacionada à estrutura de fundamentação das normas do sistema, de modo que “The more the statements belonging to a given theory approximate a perfect supportive structure, the more coherent the theory”<sup>463</sup>. Especificamente no que se refere a um sistema de precedentes, pode-se dizer que são as características encontradas nos fundamentos dos precedentes do sistema que importam para a promoção de sua coerência. Apenas com fundamentos adequados a norma precedente produzirá um resultado interpretativo coerente.

Como mencionado no capítulo 5.2, dos motivos que fazem a interpretação do direito variar, o que equivale a dizer, entre os motivos que fazem os precedentes apresentarem variação, é possível controlar aqueles relacionados aos “conceitos jurídicos” e aos “argumentos interpretativos” utilizados na interpretação de determinada disposição normativa. Como dito anteriormente, os interesses pessoais do intérprete e seu sentimento de justiça são incontroláveis.

Dos critérios de coerência apresentados ao longo do capítulo 3.5, dois, em especial, mostram-se extremamente úteis como fontes de deveres às Cortes responsáveis pela construção de um sistema de precedentes. Vale dizer, são critérios cuja aplicação se amolda às características peculiares por esse sistema reveladas.

Dos critérios relacionados à estrutura de fundamentação da norma, cumpre destacar aquele que estabelece que as normas de um sistema normativo (precedentes) devem apresentar, na maior medida possível, premissas comuns pertencentes ao sistema. Trata-se, em síntese, de promover a coerência por meio da exigência de um enlace entre as correntes de fundamentação das normas do sistema. Eis a síntese elaborada por Peczenic:

**Connection Between Supportive Chains:** Ceteris paribus, the greater the number of conclusions which are supported by the same premise belonging to the theory in question, the more coherent the theory<sup>464</sup>.

Em relação aos critérios de coerência relacionados aos conceitos utilizados para a interpretação de disposições normativas, a busca de sua *generalidade* no

---

<sup>463</sup> ALEXY; PECZENIK, 1990, p. 131.

<sup>464</sup> PECZENIK, 2008, p. 135-136.

âmbito de um sistema normativo (sistema de precedentes) deve ser destacada, nos seguintes termos:

**Generality:** **a)** Ceteris paribus, the more statements without individual names a theory uses, the more coherent the theory; **b)** Ceteris paribus, the greater number of general concepts belong to a theory, and the higher their degree of generality, the more coherent the theory; **c)** Ceteris paribus, the more resemblances between concepts used within a theory, the more coherent the theory<sup>465</sup>.

Com base nos dois critérios acima, será possível construir deveres dirigidos às Cortes de precedentes brasileiras, o que será objeto dos próximos três capítulos.

#### 5.2.1.1 Identificação do ramo do Direito a que o precedente em estado de formação pertence

Conforme foi exposto ao longo de todo o capítulo terceiro do presente trabalho, a coerência impõe, basicamente, que a fundamentação do precedente em estado de formação – considerada na presente tese como um discurso justificativo – apresente adequados vínculos com as fundamentações dos precedentes já existentes no sistema. É necessário identificar “elementos comuns” entre os respectivos fundamentos.

Nesse contexto, é fundamental, no momento de criação de um novo precedente, estabelecer precedentes “paradigmas”. O que significa definir os fundamentos de quais precedentes terão de se relacionar com os fundamentos do precedente em estado de formação. Essa fixação deve acontecer de forma expressa, tendo em vista a necessidade de se permitir o controle adequado.

Cumprido ressaltar, desse modo, que a fundamentação do precedente que está sendo formado não precisa apresentar vínculos com todo o sistema de precedentes. Essa exigência, além de utópica, desconsideraria as especificidades inerentes aos diversos ramos do Direito. Os fundamentos de um precedente que verse sobre Direito Penal, por exemplo, certamente não precisa apresentar vinculação com o discurso justificativo utilizado em precedentes formados em matéria de Direito de Família ou de Direito Previdenciário.

---

<sup>465</sup> Ibid., p. 140-143.

Maccormick, ao tratar da coerência normativa, ressalta a importância de se buscar a promoção da coerência no âmbito dos temas tratados em campos definidos do Direito<sup>466</sup>. O autor ressalta a importância de se buscar uma visão coerente dos ramos do Direito<sup>467</sup>, o que se aplica integralmente a um sistema de precedentes, em que, inclusive, as ementas dos julgados já costumam trazer, de modo explícito, o campo do Direito a que pertence o precedente. Essa menção, já na ementa do julgamento, não deve mais, inclusive, ser vista como uma recomendação às Cortes, mas, sim, como um dever decorrente da coerência.

O critério mais adequado para a escolha dos “precedentes paradigmas” é, sem dúvida, o ramo do Direito a que pertencem<sup>468</sup>. Precedentes que estão sendo formados sobre matéria tributária devem adotar como paradigmas outros precedentes envolvendo Direito Tributário. Vale dizer: por imposição da coerência, os fundamentos do precedente em estágio de formação devem-se relacionar com os fundamentos de outros precedentes pertencentes ao mesmo ramo do Direito. Sendo possível, é importante definir, inclusive, o *tema* especificamente tratado, *v.g.*, “imunidades”, “alimentos”, “títulos de crédito”, “intervenção de terceiros”, entre outros.

O primeiro dever que decorre da coerência é, portanto, de que a Corte de precedentes, ao formar um novo precedente, defina o *ramo* do Direito a que o precedente pertence, bem como, se possível, o *tema* tratado. Disso, o dever desdobra-se para exigir que sejam fixados “precedentes paradigmas”, que deverão pertencer ao mesmo ramo do Direito, além de versarem, preferencialmente, sobre o mesmo *tema*.

Definido o primeiro dever que da coerência decorre, é preciso descrever *como* essa relação entre a fundamentação do precedente em estado de formação e dos “precedentes paradigmas” deve ocorrer. Vale dizer: é preciso desdobrar o dever de

---

<sup>466</sup> “So far as concerns the coherence argument, the task the judges undertake is a twofold one. First, the inquiry is as to principles or values which as far as possible make sense of a relevant set of legal norms: statutes and precedents dealing with similar subject matter in the same field of law”. (MACCORMICK, 2005, p. 199).

<sup>467</sup> *Ibid.*, p. 199

<sup>468</sup> Sobre o ganho de se buscar a coerência em um sistema de precedentes valendo-se de sua segmentação ajustada aos ramos do Direito, vide a seguinte lição de afirmação de Juraci Mourão Lopes Filho: “Cada ramo do Direito tem nota que o individualiza, sem prejuízo para a ideia de um todo coerente. Cada um tem características e história, as quais interferem, necessariamente, na compreensão de seus precedentes”.(LOPES FILHO, 2016, p. 436)

autorreferência para especificar as condutas a serem adotadas pelas Cortes de precedentes.

Esse será o tema dos dois próximos capítulos.

#### 5.2.1.2 Identificação dos argumentos interpretativos utilizados em precedentes anteriores e obediência a eles

É dever das Cortes de precedentes, em decorrência da força normativa do postulado da coerência<sup>469</sup>, utilizar os mesmos argumentos interpretativos para a construção de precedentes sobre o mesmo tema no mesmo ramo do Direito. Trata-se de dever claramente decorrente do critério de coerência segundo o qual as correntes de fundamentação das normas de um sistema normativo devem ter, na maior medida possível, premissas comuns (critério de coerência destacado no capítulo 5.2.1). As premissas utilizadas para a formação do precedente, encontradas na justificação externa da decisão, precisam apresentar generalização dentro de um mesmo ramo do Direito.

De todas as premissas que fazem parte da fundamentação de um precedente, não há dúvidas de que o argumento interpretativo eleito pela Corte é das mais importantes. Os precedentes referentes ao mesmo ramo do Direito devem, assim, compartilhar dessa mesma premissa. Vale dizer: os precedentes precisam ser construídos por meio dos mesmos argumentos interpretativos. Com isso se atende à exigência de que precedentes afins, entendidos estes como aqueles que tratam do mesmo tema em idêntico ramo do Direito, tenham uma premissa de partida comum. Em outras palavras: apresentem, entre si, “elementos comuns” importantíssimos entre suas respectivas fundamentações.

Com a adoção dessa premissa argumentativa comum evita-se que a Corte escolha o argumento interpretativo sem considerar o sistema de precedentes, desconectando-se da ideia central de autorreferência imposta pelo postulado da coerência.

Importante destacar que considerar os precedentes vinculantes, consoante exposto no capítulo 1.4 do presente trabalho, definitivamente não garante o essencial vínculo que deve ser encontrado entre as fundamentações dos precedentes do sistema. Respeitar precedentes significa adotar a mesma *ratio*

---

<sup>469</sup> A eficácia normativa da coerência será aprofundada no capítulo 6 do trabalho.



*decidendi*, quando as circunstâncias fáticas do *instant case* apresentam identidade ou significativa semelhança com os fatos do *precedent case*. Aplicar precedentes pressupõe, desse modo, comparar fatos. Sendo semelhantes, dá-se a mesma solução do passado. *Treat like cases alike*. Não há precedente a ser formado, mas simplesmente a ser seguido.

É impossível, todavia, respeitar precedentes, se o caso a ser julgado apresenta peculiaridades fáticas que o afastam dos precedentes já existentes no sistema. Por isso, ao longo do presente trabalho está sendo sustentado que a coerência exerce um papel importante na formação de um *novo* precedente. É a criação da norma precedente que se submete a um controle de coerência.

Vejamos um exemplo.

Recentemente, o Pleno do Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema referente à sua competência originária para julgamento de mandado de segurança contra ato do Presidente do Senado Federal<sup>470</sup>. A dúvida sobre a competência da Corte exigiu a interpretação do artigo 102, inciso I, alínea “d”, da Constituição Federal. Segundo referida disposição normativa, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente, mandados de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Tribunal.

O Presidente do Senado não consta, modo expreso, em nenhum dos incisos do mencionado artigo.

Ocorre que, ao julgar o mandado de segurança impetrado, a Corte elegeu a interpretação teleológica para enfrentar o tema da competência. Desse modo, reconheceu que como o Presidente do Senado Federal personifica o Senado em termos até maiores que a mesa da Casa Legislativa, a competência originária deveria ser reconhecida<sup>471</sup>. Assim foi formado o precedente. Vale dizer: identificando e considerando a finalidade da norma, o Supremo Tribunal Federal concedeu

---

<sup>470</sup> Mandado de Segurança n. 28.538 do distrito federal, julgado em 23/04/2014.

<sup>471</sup> Importante transcrever trecho do voto do Ministro Marco Aurélio Melo: “Não desconheço que a alínea “d” do inciso I do artigo 102 da Constituição de 1988 versa sobre o julgamento de mandado de segurança contra ato do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Tribunal. O que imprimo ao preceito é uma interpretação integrativa ao admitir a impetração contra aquele que personifica, em termos até mesmo maiores, como ressaltei no voto, a própria Casa Legislativa, no caso, o Presidente do Senado Federal. Então, a interpretação que faço do dispositivo é uma interpretação teleológica. Busco o objetivo da norma”.

interpretação extensiva ao dispositivo constitucional para reconhecer sua própria competência para o julgamento da ação proposta.

Caso fosse adotado um argumento interpretativo semântico, certamente a Corte teria que negar sua competência para julgamento do *mandamus*, de modo que o precedente seria diferente. Fica clara a importância da escolha do argumento interpretativo para a definição da premissa maior do silogismo decisório, donde será extraído o precedente.

Vejamos outro exemplo envolvendo a escolha do argumento interpretativo, em que o Supremo Tribunal Federal, mesmo sem mencionar explicitamente a coerência, a seguiu exemplarmente.

Ao apreciar a incidência das contribuições do PIS e da COFINS sobre as variações cambiais positivas decorrentes de exportações, o Supremo Tribunal Federal entendeu que tais tributos não incidem sobre esse montante. O fundamento utilizado foi o seguinte: “A intenção plasmada na Carta Política é a de desonerar as exportações por completo, a fim de que as empresas brasileiras não sejam coagidas a exportarem os tributos que, de outra forma, onerariam as operações de exportação, quer de modo direto, quer indireto”. Ao recorrer à “intenção plasmada na Carta Política”, fica clara, mais uma vez, a adoção do argumento teleológico para a decisão do caso e, por conseguinte, para a formação do precedente. Pode-se dizer, inclusive, que a escolha do argumento interpretativo foi o principal tema debatido no julgamento<sup>472</sup>. A Relatora do processo, Ministra Rosa Weber, justificou a escolha

---

<sup>472</sup> EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. HERMENÊUTICA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. NÃO INCIDÊNCIA. TELEOLOGIA DA NORMA. VARIAÇÃO CAMBIAL POSITIVA. OPERAÇÃO DE EXPORTAÇÃO. I - Esta Suprema Corte, nas inúmeras oportunidades em que debatida a questão da hermenêutica constitucional aplicada ao tema das imunidades, adotou a interpretação teleológica do instituto, a emprestar-lhe abrangência maior, com escopo de assegurar à norma supralegal máxima efetividade. II - O contrato de câmbio constitui negócio inerente à exportação, diretamente associado aos negócios realizados em moeda estrangeira. Consubstancia etapa inafastável do processo de exportação de bens e serviços, pois todas as transações com residentes no exterior pressupõem a efetivação de uma operação cambial, consistente na troca de moedas. III - O legislador constituinte - ao contemplar na redação do art. 149, § 2º, I, da Lei Maior as “receitas decorrentes de exportação” - conferiu maior amplitude à desoneração constitucional, suprimindo do alcance da competência impositiva federal todas as receitas que resultem da exportação, que nela encontrem a sua causa, representando consequências financeiras do negócio jurídico de compra e venda internacional. A intenção plasmada na Carta Política é a de desonerar as exportações por completo, a fim de que as empresas brasileiras não sejam coagidas a exportarem os tributos que, de outra forma, onerariam as operações de exportação, quer de modo direto, quer indireto. IV - Consideram-se receitas decorrentes de exportação as receitas das variações cambiais ativas, a atrair a aplicação da regra de imunidade e afastar a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS. V - Assenta esta Suprema Corte, ao exame do leading case, a tese da inconstitucionalidade da incidência da contribuição ao PIS e da COFINS sobre a receita decorrente da variação cambial positiva obtida

evocando outros precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre imunidades tributárias, nos seguintes termos: “Por seu turno, cabe destacar que esta Suprema Corte, nas inúmeras oportunidades em que debatida a questão da hermenêutica constitucional aplicada ao tema das imunidades, adotou a interpretação teleológica do instituto, a emprestar-lhe abrangência maior, com escopo de assegurar à norma supralegal máxima efetividade”.

É preciso atentar que o caso em análise retrata um precedente em estado de formação. Isso porque até a decisão acima mencionada não havia definição da Corte Suprema sobre o tema envolvendo a incidência ou não de PIS e COFINS sobre valores decorrentes de variação cambial positiva em operação de exportação. A imunidade, à luz dessa circunstância fática específica, ainda não tinha sido analisada. Na construção do novo precedente a Corte demonstra muito bem a preocupação em estabelecer vínculos entre os fundamentos do precedente em estado de formação e a fundamentação dos demais precedentes do sistema. É evidente o esforço em justificar a adoção do *argumento teleológico* pelo fato de ter sido o argumento utilizado em outros precedentes do Supremo Tribunal Federal que versaram sobre *imunidades no Direito Tributário*. Reitere-se: não havia precedente do Supremo Tribunal Federal acerca da incidência de PIS e COFINS sobre “variações cambiais ativas em exportações”. O precedente foi formado exatamente no julgamento do RE n. 6.27815/PR. A Relatora, para ser coerente com o sistema de precedentes, escolheu o *argumento teleológico* porque em outros precedentes, envolvendo a temática “imunidades” no “Direito Tributário”, fora também esse o argumento utilizado.

Como mencionado no capítulo 4.2.1.2, a escolha do argumento interpretativo faz parte da justificação externa da decisão judicial, exercendo papel fundamental na definição da premissa normativa (maior) do silogismo decisório. Como o precedente retrata exatamente a tese jurídica constante da premissa normativa da decisão, é forçoso concluir que o argumento interpretativo faz parte da fundamentação do precedente.

---

nas operações de exportação de produtos. VI - Ausência de afronta aos arts. 149, § 2º, I, e 150, § 6º, da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e não provido, aplicando-se aos recursos sobrestados, que versem sobre o tema decidido, o art. 543-B, § 3º, do CPC. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 627815/PR - PARANÁ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Tribunal Pleno. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgamento: 23 maio 2013. DJe-192 DIVULG 30 set. 2013. PUBLIC 1 out. 2013).

No caso do PIS e da COFINS, o Supremo Tribunal Federal seguiu rigorosamente um dos principais deveres impostos pelo postulado da coerência, qual seja, de utilizar, para a formação de um novo precedente, os mesmos argumentos interpretativos utilizados na criação de outros precedentes do sistema que trataram do mesmo assunto no mesmo ramo do Direito, *in casu, imunidades no Direito Tributário*. Ao assim agir, a Corte Constitucional estabelece uma relação entre os fundamentos do precedente em estado de formação e os fundamentos dos demais precedentes já integrantes do sistema. Trata-se, portanto, de precedente que faz o sistema ganhar em coerência.

Vejamos, agora, um exemplo em que a coerência foi desrespeitada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao analisar a imunidade tributária conferida aos livros, jornais e periódicos, o Supremo Tribunal Federal teve de definir se ela alcança somente o chamado papel fotográfico ou se abrangeria qualquer insumo ou ferramenta indispensável à edição de veículos de comunicação. O precedente foi firmado no sentido de restringir a imunidade ao papel, de modo que o argumento teleológico não foi observado para esse caso específico de imunidade<sup>473</sup>. Trata-se de um precedente elaborado em 1996 e que vem sendo confirmado reiteradamente pela Corte Constitucional.

No julgamento de recente recurso foi reafirmado que a “imunidade tributária referida no art. 150, VI, d, da Carta deve ser interpretada restritivamente, não abrangendo todo e qualquer insumo ou ferramenta indispensável à edição de veículos de comunicação”<sup>474</sup>.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao abandonar, para a solução de uma imunidade tributária específica, o argumento interpretativo teleológico, reduz a coerência do sistema de precedentes, em manifesto prejuízo à unidade, à racionalidade, à segurança jurídica e à isonomia. Isso porque, consoante visto no

---

<sup>473</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 203859/SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 11 dez. 1996.

<sup>474</sup> EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. LIVROS, JORNAIS E PERIÓDICOS. ABRANGÊNCIA. INSUMOS UTILIZADOS NA PRODUÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. 1. O Supremo Tribunal vem se posicionando no sentido de que a imunidade tributária referida no art. 150, VI, d, da Carta deve ser interpretada restritivamente, não abrangendo todo e qualquer insumo ou ferramenta indispensável à edição de veículos de comunicação. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 915014 AgR/SE - SERGIPE AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 24 maio 2016. DJe-130 DIVULG 22 jun. 2016 PUBLIC 23 jun. 2016)

exemplo anterior, o argumento teleológico é, invariavelmente, aquele utilizado para a construção de precedentes cujo tema seja *imunidade no Direito Tributário*.

A escolha de argumento interpretativo diverso para formar precedente sobre *imunidade no Direito Tributário* revela evidente violação ao dever de coerência ora proposto. Isso porque não está sendo estabelecida uma relação entre as fundamentações dos precedentes que versam sobre o mesmo tema em um mesmo ramo do Direito.

Atento à incoerência produzida no sistema de precedentes, o Ministro Marco Aurélio exarou voto divergente, já no RE 203859/SP, ou seja, quando o precedente estava sendo formado, tendo reiterado a divergência, recentemente, no julgamento do RE 915014 AgR/SE, nos seguintes termos: “Entendo dever ser generosa a interpretação, tendo em conta a imunidade. Portanto, numa interpretação teleológica, há de consagrar-se essa imunidade quanto a insumo ou a ferramenta que seja utilizada para a fabricação de veículo de comunicação”.

Dos exemplos acima formulados, fica claro que, quando a Corte de precedentes utiliza argumentos interpretativos *ad hoc*, afastando-se das escolhas anteriores reveladas pelo próprio sistema de precedentes no âmbito do mesmo ramo do Direito, desatende ideia central decorrente da coerência, qual seja, de que as fundamentações dos precedentes que versem sobre os mesmos temas no mesmo ramo do Direito devem guardar relação entre si.

Com o desrespeito à coerência, não é difícil perceber que uma total falta de calculabilidade acaba sendo produzida, porquanto, se o jurisdicionado não faz ideia do argumento interpretativo que será utilizado na formação do precedente, é impossível fazer qualquer prognóstico de decisão. Com isso, fica prejudicado sensivelmente o exercício da liberdade. Aproveitando o exemplo apresentado acima, é perceptível que também a isonomia é violada, porquanto pessoas que postulam imunidades no Direito Tributário receberão tratamento jurisdicional completamente diferente, sem que, para tanto, se vislumbre uma justificativa minimamente plausível.

### 5.2.1.3 Identificação dos conceitos jurídicos definidos em precedentes anteriores e obediência a eles

Os conceitos jurídicos podem ser divididos em dois grupos: a) conceitos jurídico-fundamentais (lógico-jurídicos); b) conceitos jurídico-positivos<sup>475</sup>.

Os primeiros – conceitos jurídico-fundamentais – têm a função de auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico. Detêm uma pretensão de universalidade, de modo que sua apreensão prescinde da análise de um dado direito positivo<sup>476</sup>. São exemplos de conceitos jurídico-fundamentais: “norma”, “preceito”, “disposição normativa”, “fato jurídico”, “defesa”, “demanda”, “ato processual”, “capacidade”, “decisão”, “sujeito de direito”, “relação jurídica”, “princípio”, etc.

Os conceitos jurídico-positivos, ao contrário, são construídos por meio da observação de uma determinada realidade normativa, tendo aplicação apenas nesse contexto. Descrevem a realidade criada pelo homem em certo lugar, num dado momento da história. Assim, por exemplo, o conceito de *casamento* é jurídico-positivo, porquanto depende da análise das disposições normativas específicas de um determinado ordenamento jurídico. Vale dizer: é necessário examinar o direito positivo, de modo que haverá alteração do conceito sempre que os referenciais normativos variarem<sup>477</sup>. Como outros exemplos de conceitos jurídico-positivos, podem ser citados: “decisão interlocutória”, “petição inicial”, “recurso especial”, “estupro”, “aposentadoria por invalidez”, etc.

A influência que os conceitos jurídicos exercem no processo de interpretação e aplicação do Direito é notória. Isso porque, as disposições normativas – objeto da atividade de interpretação – trazem em seu bojo esses conceitos.

A coerência impõe limites às Cortes de precedentes no que se refere aos conceitos jurídicos utilizados na construção de um novo precedente<sup>478</sup>.

Fredie Didier menciona que a coerência exigiria que as decisões dos tribunais estivessem de acordo com o repertório conceitual da Teoria do Direito e da Ciência Dogmática do Direito. Bastaria aos tribunais mostrarem-se obedientes a essas construções teóricas para que a coerência fosse devidamente atendida no que se

---

<sup>475</sup> DIDIER JÚNIOR, 2016b, p. 48-71.

<sup>476</sup> Ibid., p. 52-55.

<sup>477</sup> Ibid., p. 50.

<sup>478</sup> PECZENIK, 2008, p. 140-143.

refere aos conceitos jurídicos<sup>479</sup>. A coerência imporá, nessa perspectiva, apenas uma subserviência dos tribunais às definições da ciência.

Não parece seja essa a melhor solução. Não há dúvidas de que a Teoria do Direito e a Ciência Dogmática são as fontes precípua de conceitos lógico-jurídicos e dos conceitos jurídico-positivos, respectivamente. Apesar disso, não se pode desconsiderar que esses conceitos não apresentam, assim como todas as demais disposições normativas do sistema, univocidade.

Apenas para exemplificar, é interessante observar que sobre os conceitos lógico-jurídicos de “princípio” e de “norma” existem inúmeras divergências doutrinárias, tendo sido travados debates longuíssimos e vigorosos sobre tais definições<sup>480</sup>.

O mesmo vale para inúmeros conceitos jurídico-positivos. Por exemplo: há muito tempo se constata controvérsia doutrinária ferrenha sobre o conceito de “consumidor”. Dependendo da adesão a uma teoria maximalista ou finalista, o conceito ganha contornos bastante diferentes<sup>481</sup>.

Diante dessas considerações, o que deve ser exigido dos tribunais, quanto aos conceitos jurídicos, é que os generalizem no âmbito do sistema de precedentes<sup>482</sup>. As Cortes de precedentes devem, em razão do dever de coerência, adotar os mesmos conceitos jurídicos na construção de todos os precedentes elaborados em um mesmo ramo do Direito. Os referenciais fornecidos pela Teoria do Direito e pelas Ciências Dogmáticas são absolutamente fundamentais. Certamente é desses referenciais que os conceitos deverão ser *escolhidos*. Feita a escolha, o que se exige das Cortes é que adotem os mesmos conceitos em todos os precedentes que versem sobre o mesmo ramo do Direito.

Vejamos exemplos.

À luz do Código de Processo Civil de 1973, o Superior Tribunal de Justiça foi instado a se pronunciar sobre o conceito de sentença de mérito para fins de

---

<sup>479</sup> DIDIER JÚNIOR, 2016a, p. 392-393.

<sup>480</sup> Para uma exposição das divergências existentes na doutrina sobre o conceito de Princípio, vide ÁVILA, 2014.

<sup>481</sup> Sobre o tema, vide MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 253-255.

<sup>482</sup> “**Generality: a)** Ceteris paribus, the more statements without individual names a theory uses, the more coherent the theory; **b)** Ceteris paribus, the greater number of general concepts belong to a theory, and the higher their degree of generality, the more coherent the theory; **c)** Ceteris paribus, the more resemblances between concepts used within a theory, the more coherent the theory”. (PECZENIK, op. cit., p. 140-143).

interposição do recurso de embargos infringentes (recurso não mais existente em nosso sistema processual).

Ao julgar o recurso especial, a Corte Suprema definiu que “Em regra, a sentença homologatória de transação não se enquadra no conceito de ‘sentença de mérito’ exigido pelo artigo 530 do Código de Processo Civil para efeito de interposição de embargos infringentes”.<sup>483</sup> Foi definido, assim, um conceito restrito de sentença de mérito.

Em outro caso, versando sobre direito do consumidor, o Superior Tribunal de Justiça teve de definir, exatamente, o conceito de consumidor. Assim, o caso concreto tratava de ação ajuizada pelos pais de uma criança falecida em decorrência dos serviços prestados por uma clínica pediátrica. A questão que precisava ser definida envolvia a inversão do ônus da prova, o que impunha o delineamento do conceito de consumidor, especificamente para incluir ou não os pais da criança, autores da ação, na condição de consumidores.

Ao julgar o recurso interposto, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que “tratando-se de acontecimento resultante do serviço prestado pela recorrente (fato do serviço), o qual atingiu indiscutível e reflexamente os recorridos (pais do falecido), é plenamente possível a extensão do conceito de consumidor a estes para fins de aplicação da inversão do ônus probatório. Inteligência do art. 17, do CDC”.<sup>484</sup> Assim,

---

<sup>483</sup> RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. ACÓRDÃO QUE REFORMA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE TRANSAÇÃO. POLÊMICA EM TORNO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO DO RECURSO NO CASO.

1. Em regra, a sentença homologatória de transação não se enquadra no conceito de "sentença de mérito" exigido pelo artigo 530 do Código de Processo Civil para efeito de interposição de embargos infringentes.

2. Situação excepcional, na espécie, em que o recurso de apelação fora interposto por advogados de uma das partes, que não participaram do acordo formalizado após a prolação de sentença em ação ordinária, discutindo o montante dos seus honorários.

3. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1203973/MG RECURSO ESPECIAL 2010/0122542-6. 3ª Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 21 set. 2012)

<sup>484</sup> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL - INSURGÊNCIA RECURSAL DA AUTORA.

1. Não subsiste a alegada ofensa ao artigo 535 do CPC, pois o Tribunal de origem enfrentou as questões postas à apreciação, não havendo no aresto recorrido omissão a ser sanada. Precedentes.

2.1. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que "a inversão do ônus da prova fica a critério do juiz, conforme apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor e de sua hipossuficiência, conceitos intrinsecamente ligados ao conjunto fático-probatório dos autos delineado nas instâncias ordinárias, cujo reexame é vedado em sede especial" (AgRg no REsp 662.891/PR, 4ª turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 16.5.2005). Súmula 7 do STJ.

2.2. Tratando-se de acontecimento resultante do serviço prestado pela recorrente (fato do serviço), o qual atingiu indiscutível e reflexamente os recorridos (pais do falecido), é plenamente possível a



sempre que houver morte do consumidor em virtude de fato do serviço, seus pais, na condição de autores de demanda indenizatória, também se enquadram no conceito de consumidor.

Os exemplos poderiam se multiplicar.

O que importa para os fins do presente trabalho é perceber que, muito embora se reconheça a inestimável contribuição da Teoria do Direito e da Ciência dogmática na construção de conceitos jurídicos, a sua definição institucional ocorre no sistema de precedentes. Em havendo essa definição, esses devem ser utilizados na formação de todos os demais precedentes que versem sobre o mesmo ramo do Direito. Vale dizer: os conceitos devem ser generalizados. Com a generalização, evita-se a formação de precedentes de conceitos díspares, o que indubitavelmente revela incoerência e, por conseguinte, insegurança jurídica e violação da isonomia.

### **5.3 Dever instrumental decorrente da coerência normativa: identificação dos conteúdos dos princípios jurídicos constitucionais já definidos pelo Supremo Tribunal Federal e obediência a eles**

As disposições normativas constitucionais encontram-se no vértice superior do ordenamento jurídico brasileiro. E o texto da Constituição Federal, assim como qualquer outro, deve ser interpretado. A norma, como mencionado no capítulo 1 do presente trabalho, é o resultado da interpretação. O intérprete de última instância da Constituição, no Brasil, é o Supremo Tribunal Federal. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal retratam, portanto, a Constituição interpretada. É com base nesses precedentes que a ambiguidade do texto constitucional é afastada, e a Carta Magna tem o seu sentido normativo definido.

Como mencionado no capítulo 3.2, segundo Maccormick, a coerência de um conjunto de normas depende de sua justificação sob princípios e valores de ordem superior. No Brasil, como não existem disposições normativas que estejam acima da Constituição Federal, é nela que estão situados os princípios superiores do

---

extensão do conceito de consumidor a estes para fins de aplicação da inversão do ônus probatório. Inteligência do art. 17, do CDC. Precedentes.

3. A incidência da Súmula 7/STJ sobre o tema objeto da suposta divergência impede o conhecimento do recurso lastreado na alínea “c” do permissivo constitucional ante a inexistência de similitude fática.

4. Agravo regimental desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1151223/SP AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0146220-8. 4ª Turma. Relator: Ministro Marco Buzzi. *DJe* 24 nov. 2015)

ordenamento jurídico brasileiro. O conteúdo dos princípios superiores é encontrado, assim, nos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Voltando-se os olhos para a coerência do sistema de precedentes, é preciso reconhecer que, na condição de sistema normativo, precisa apresentar coerência normativa<sup>485</sup>. Para isso, é imprescindível que os conteúdos dos princípios constitucionais, tal qual definidos pelo Supremo Tribunal Federal, sejam observados. Vale dizer: a formação de cada novo precedente deve ser feita mediante uma interpretação que esteja em consonância com os princípios constitucionais. Mais precisamente: de acordo com os conteúdos dos princípios constitucionais tal qual definidos em precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Não basta, portanto, para a satisfação da coerência normativa, que se afirme a necessidade de respeito aos princípios constitucionais (disposições normativas constitucionais). Essa afirmação soa evidente. É óbvio que, na construção de um sistema de precedentes, os princípios constitucionais devem ser observados. Ninguém se atreveria a dizer o contrário.

Ocorre que não se pode desconsiderar que os princípios constitucionais, pela amplitude semântica que lhes é peculiar, permitem uma gama generosa de opções interpretativas. Especificamente no que interessa a um sistema de precedentes, é importante impedir que, na construção de um novo precedente, se vislumbre, por parte do intérprete, uma oportunidade de definir o conteúdo dos princípios constitucionais valendo-se de convicções morais pessoais.

A coerência do sistema de precedentes exige que, na fundamentação de cada novo precedente, sejam respeitados os sentidos atribuídos pelo Supremo Tribunal Federal aos princípios constitucionais. Não se trata, portanto, de simplesmente seguir a Constituição Federal, mas, sim, de obedecer à Constituição interpretada. Vale dizer: o sistema de precedentes deve ser construído de modo que o sentido da Constituição Federal seja universalizado.

Essa postura não se confunde com a ideia, já exposta no capítulo 1, de que casos semelhantes devam ter tratamento análogo (*treat like cases alike*)<sup>486</sup>. A exigência é mais ampla, porquanto se impõe que, na fundamentação utilizada para embasar o precedente em estado de formação, sejam rigorosamente observados os sentidos normativos atribuídos pelo Supremo Tribunal Federal aos princípios

---

<sup>485</sup> A coerência normativa foi apresentada no capítulo 3.2.

<sup>486</sup> BARBOZA, 2014, p. 249.

constitucionais. A observância ao que já foi decidido anteriormente enaltece o dever de diálogo com os precedentes constantes do sistema<sup>487</sup>.

Importante deixar claro que o dever ora apresentado não se aproxima da ideia de direito como integridade, preconizada por Dworkin e exposta ao longo do capítulo 3.3. Isso porque a coerência normativa não exige fidelidade a princípios morais subjacentes a decisões pretéritas, mas, sim, uma adesão ao sentido atribuído a princípios constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Vejamos um exemplo.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, ao julgar Agreg no Recurso Extraordinário n. 930.454<sup>488</sup>, que não fere o princípio constitucional da separação dos poderes a imposição de obrigações de fazer, pelo Poder Judiciário à Administração Pública, para que sejam realizadas obras em instalações prisionais com vistas a promover direitos fundamentais dos presos.

Ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal definiu, em grande parte, o conteúdo do princípio constitucional da separação dos poderes. Assim, essa definição terá de ser observada nos futuros precedentes a serem construídos pela própria Corte Constitucional e pelo Superior Tribunal de Justiça. O sistema de precedentes, integrado que é por razões de decidir extraídas de pronunciamentos colegiados das Cortes Supremas, deve, para adquirir coerência normativa, ser construído com base nas definições do Supremo Tribunal Federal sobre os princípios constitucionais.

A definição do conteúdo dos princípios constitucionais pela Corte Constitucional determina, por conta da exigência de coerência normativa, limites ao próprio Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça no momento de formação de um novo precedente. Mais especificamente: no discurso justificativo de um novo precedente, não poderá haver mudança do sentido anteriormente fixado.

---

<sup>487</sup> DIDIER JÚNIOR, 2016a, p. 391.

<sup>488</sup> EMENTA: AGRÁVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. SEGURANÇA PÚBLICA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal já decidiu ser lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, tendo em conta a supremacia da dignidade da pessoa humana (RE 592.581-RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski) 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 930454 AgR/MT - MATO GROSSO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 26 ago. 2016 *DJe-198 DIVULG* 15 set. 2016. PUBLIC 16 set. 2016).

## 6 EFICÁCIA NORMATIVA DA COERÊNCIA E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE

Após definir os deveres instrumentais decorrentes da coerência em um sistema de precedentes, é preciso, ainda, tratar de responder a algumas perguntas importantes: 1) A que categoria normativa pertence à coerência prevista no artigo 926 do Código de Processo Civil? 2) Na hipótese de os deveres serem desrespeitados pelas Cortes, qual a consequência imediata? 3) Esses deveres têm como destinatários todos os tribunais brasileiros, independentemente de serem Cortes de precedentes? 4) Quais os instrumentos previstos no ordenamento jurídico nacional para que as partes possam reagir diante do desrespeito à coerência? 5) As Cortes dependeriam sempre da iniciativa das partes para restabelecerem a coerência do sistema de precedentes?

Responder a essas perguntas será o objetivo do capítulo 6.

### 6.1 O artigo 926 do Código de Processo Civil e a positivação da coerência no ordenamento jurídico brasileiro

A coerência foi introduzida, de forma expressa em disposição normativa integrante do ordenamento jurídico brasileiro, pela primeira vez, por meio da Lei Federal 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil. O artigo 926 do estatuto processual vigente tem a seguinte redação:

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

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

O texto originário previsto no artigo 882 do PLS 166/2010 previa, apenas, os deveres de os tribunais uniformizarem e tornarem sua jurisprudência estável<sup>489</sup>.

---

<sup>489</sup> Assim era a redação do artigo 882 do PLS 166/2010: “Os tribunais, em princípio, valerão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte [...]”.

Integridade e coerência foram inseridas em momento posterior pelo relator do Projeto na Câmara dos Deputados, o Deputado Paulo Teixeira<sup>490</sup>.

Essa inserção posterior reforça o que fora afirmado no capítulo 5, no sentido de que não podem ser confundidos os deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência. Não existem palavras vãs na lei, de modo que, se coerência e integridade foram acrescentadas ao texto do Código de Processo Civil, consequências disso devem ser extraídas.

A previsão expressa da coerência, antecedida da palavra “devem”, evidencia seu inequívoco caráter normativo<sup>491</sup>. Nesse ponto, o legislador foi ainda mais claro do que fora no *caput* do artigo 927, em que optou pela utilização da expressão “os juízes e os tribunais observarão”. Se alguma dúvida referente ao respeito obrigatório pode suscitar a palavra “observarão”, não parece existirem dúvidas quando se utiliza a palavra “devem”. A coerência é, portanto, norma. Na condição de norma, *deve* ser respeitada.

É preciso, assim, avançar na atividade de interpretação para definir a que categoria normativa a coerência pertence. Seria uma regra? Um princípio? Um postulado aplicativo?

## 6.2 A coerência como um postulado hermenêutico

A coerência não deve ser considerada um princípio. Isso porque é característica da norma-princípio estipular, imediatamente, um estado de coisas ideal a ser promovido, além de serem cumpridos de forma gradual e, ainda, possuírem peso móvel e circunstancial<sup>492</sup>. Não é o que ocorre com a coerência, que é instrumento de promoção da unidade e da racionalidade do sistema jurídico de precedentes, bem como de realização dos estados de coisas atrelados aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade. Para isso, fornece diretrizes metódicas para que o intérprete possa adequadamente justificar essa ou aquela alternativa de interpretação e aplicação do Direito<sup>493</sup>.

---

<sup>490</sup> A inserção da “coerência” e da “integridade” no texto do código se deu por sugestão de Lênio Luiz Streck, consoante afirmado pelo próprio, ao se referir a esta emenda como “minha emenda”. (STRECK, 2016, p. 157)

<sup>491</sup> “O texto legal que prevê que os tribunais devem manter coerência e integridade é normativo, tem finalidade dogmática concreta e está arraigado a uma premissa filosófica.” (COPETTI NETO; ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 135-155).

<sup>492</sup> ÁVILA, 2014, p. 165.

<sup>493</sup> *Ibid.*, p. 165.

Não se pode, igualmente, enquadrar a coerência na categoria das regras. Essas se caracterizam por imediatamente descreverem um comportamento a ser observado pelo destinatário, ou, ainda, por reservarem parcela de poder, instituir procedimentos ou estabelecerem definições<sup>494</sup>. Nada disso decorre da coerência dirigida a um sistema de precedentes, que se limita a organizar o raciocínio decisório na construção da norma precedente<sup>495</sup>.

Ao lado dos princípios e das regras haveria, ainda, como categoria normativa própria e inconfundível, os postulados normativos (normas de segundo grau ou metanormas).

Segundo Humberto Ávila, a interpretação de qualquer objeto cultural deve se submeter a determinadas condições essenciais para que este seja devidamente apreendido. Tais condições seriam, exatamente, os postulados<sup>496</sup>. Os postulados normativos, por sua vez, se dividem em postulados normativos aplicativos e postulados normativos hermenêuticos<sup>497</sup>. Os primeiros têm a função precípua de estruturar a aplicação do Direito; os segundos, de viabilizarem sua compreensão geral<sup>498</sup>.

Os postulados normativos aplicativos estabelecem os critérios de aplicação de outras normas, de modo que se caracterizam como normas que tratam de como outras normas devem ser aplicadas<sup>499</sup>. São exemplos de postulados normativos aplicativos: *ponderação, concordância prática, proibição de excesso, proporcionalidade e razoabilidade*<sup>500</sup>.

Os postulados hermenêuticos permitem a compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico. Também têm característica normativa. São normas de segundo grau. Servem para disciplinar a interpretação do Direito e - o que é muito importante - funcionam para suportar essa ou aquela alternativa de interpretação e aplicação do Direito<sup>501</sup>.

---

<sup>494</sup> Ibid., p. 164.

<sup>495</sup> MARQUES, Mauro Campbell. *Hermenêutica: coerência e integridade como vetores interpretativos no discurso jurídico*. In: *Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 178-204, p. 199.

<sup>496</sup> ÁVILA, 2014, p. 163.

<sup>497</sup> Ibid., 164.

<sup>498</sup> Ibid., 164.

<sup>499</sup> Ibid., 164.

<sup>500</sup> Ibid., p. 184-223.

<sup>501</sup> Ibid., p. 165.

A coerência é considerada, por Humberto Ávila, um postulado normativo hermenêutico<sup>502</sup>, caracterizada como subelemento do *postulado da unidade do ordenamento jurídico*, estabelecendo para o intérprete o dever de “relacionar as normas com as normas que lhe são formal ou materialmente superiores”<sup>503</sup>.

No presente trabalho a coerência será enquadrada exatamente como um postulado normativo hermenêutico, previsto expressamente no Código de Processo Civil, destinado a estabelecer diretrizes sobre o modo pelo qual a fundamentação de um sistema de precedentes deve ser construída. Mais especificamente: trata-se de uma norma que estabelece deveres relacionados à fundamentação do precedente em estado de formação. A coerência deve integrar a base de justificação de decisões jurídicas das quais serão extraídos precedentes. Vale dizer: atua como fator determinante na escolha de significados no momento de formação da norma jurídica.

Nesse contexto, quando se formam normas gerais valendo-se de casos concretos (precedentes), essas normas em estado de formação devem, necessariamente, se relacionar com as normas já existentes no sistema. A exigência de que o intérprete relacione as normas com as normas que lhe são formal ou materialmente superiores se materializa, no sistema de precedentes, exatamente por meio do relacionamento entre o precedente em estado de formação e os demais que já integram o sistema. Isso porque, consoante exposto no capítulo primeiro do trabalho, o *stare decisis* horizontal faz com que as novas decisões tenham que respeitar as anteriores, pelo simples fato de estas terem sido proferidas antes. Em outras palavras: as decisões que “vieram antes” devem ser consideradas superiores e, com elas, as novas normas devem obrigatoriamente se relacionar.

Ainda segundo Humberto Ávila, não se pode confundir hierarquia e coerência. Isso porque a relação de hierarquia está, sempre, associada à ideia de que uma das normas “vale mais”<sup>504</sup>, de modo que se verifica “uma sistematização linear (a norma superior constitui o fundamento da norma inferior, simples (baseada numa relação de hierarquia linear entre as normas) e não gradual entre duas normas jurídicas (as normas estão, ou não, sistematizadas enquanto hierarquicamente postas) com

---

<sup>502</sup> Ibid., p. 165.

<sup>503</sup> Ibid., p. 166.

<sup>504</sup> ÁVILA, 2014, p. 167.

implicações no plano da sua validade<sup>505</sup>. Ocorre que a noção de hierarquia é insuficiente para cobrir e explicar adequadamente todo o complexo relacionamento existente entre normas jurídicas<sup>506</sup>. Uma das principais causas da insuficiência decorre da constatação de que, muitas vezes, não há como se estabelecer uma sistematização linear e simples entre normas pelo fato de não haver norma superior a ser respeitada. Especificamente no que se refere a um sistema de precedentes, a hierarquia se mostra inútil no momento de formação de um novo precedente, isto é, quando o precedente está sendo definido em caso que apresenta circunstâncias fáticas ainda não enfrentadas em precedentes anteriores.

Diante dessa constatação, entra em cena o postulado hermenêutico da coerência, a introduzir um “um modelo de sistematização circular (as normas superiores condicionam as inferiores, e as inferiores contribuem para determinar os elementos das superiores), complexo (não há apenas uma relação vertical de hierarquia, mas várias relações horizontais, verticais e entrelaçadas entre normas) e gradual (a sistematização será tanto mais perfeita quanto maior for a intensidade da observância dos seus vários critérios), cuja consequência preponderante está alocada no plano da eficácia<sup>507</sup>.

Especificamente no que se refere ao sistema de precedentes brasileiro, o postulado hermenêutico da coerência *determina* que, na fundamentação de cada novo precedente, sejam observados “elementos comuns” em relação a outros precedentes já integrantes do sistema que pertençam ao mesmo ramo do Direito. Como mencionado no capítulo 5, existe o dever de a Corte que está formando o novo precedente utilizar na fundamentação da norma os mesmos argumentos interpretativos e os mesmos conceitos jurídicos já adotados em outros precedentes do sistema que versem sobre o mesmo tema no mesmo ramo do Direito. Deve, ainda, por uma imposição de coerência normativa, respeitar o conteúdo dos princípios constitucionais tal qual fixados em precedentes do Supremo Tribunal Federal.

E na hipótese de descumprimento do dever de coerência? Qual a consequência?

---

<sup>505</sup> Ibid., p. 167.

<sup>506</sup> Ibid., p. 166.

<sup>507</sup> Ibid., p. 169.



A resposta deve partir da premissa fixada logo acima, qual seja, de que a coerência, na condição de postulado hermenêutico, é norma. Sendo norma, de inequívoco caráter cogente para as Cortes competentes para a formação de precedentes, seu descumprimento leva à antijuridicidade. Desse modo, a formação de um precedente em desrespeito ao postulado normativo da coerência viola o Código de Processo Civil e, ainda, a própria Constituição Federal (princípios da segurança jurídica e da igualdade). Não se trata, todavia, de caracterização de invalidade processual, porquanto a coerência, muito embora prevista no Código de Processo Civil, não é norma processual<sup>508</sup>, mas, sim, um postulado hermenêutico que determina como deve ser interpretado o Direito no contexto de um sistema de precedentes. O desrespeito à coerência deve levar, assim, à reforma da decisão, a fim de que outra seja proferida.

A seguir, é necessário precisar quais as Cortes brasileiras são destinatárias da norma. Vale dizer: a partir do texto *Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*, deve-se concluir que “os tribunais” sejam todas as Cortes do país? Ou quando se lê “os tribunais” deve-se entender apenas as Cortes competentes para a formação de precedentes?

### **6.3 Orientação às Cortes de Justiça e dever às Cortes de precedentes**

Ao longo do capítulo 2, ficou demonstrado que os tribunais brasileiros, na chamada Justiça Comum, são muitos<sup>509</sup>. Na cúpula, estão o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Das decisões exaradas por órgãos colegiados dessas Cortes de Vértice, são extraídos precedentes que, em conjunto, formam um sistema normativo (sistema exposto no capítulo 2.2).

Ao lado do sistema nacional de precedentes, é preciso observar que, no âmbito dos estados e das regiões do país (justiça federal) formam-se subsistemas normativos dos julgamentos de incidentes de resolução de demandas repetitivas - IRDR e incidentes de assunção de competência – IAC pelos tribunais de justiça e

---

<sup>508</sup> MARDER, Alexandre S. *Das invalidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 74-75.

<sup>509</sup> Não se desconsidera a aptidão que as Cortes de Vértice que integram as denominadas Justiças Especializadas têm para a formação de precedentes. Assim, por exemplo, o Tribunal Superior do Trabalho é, inequivocamente, uma Corte de precedentes. A atenção do presente trabalho a elas não se volta por conta da necessidade de se delimitar o objeto de estudo a fim de não o tornar demasiadamente amplo.

tribunais regionais federais. São subsistemas normativos, porque, por disposição expressa do Código de Processo Civil (artigo 927, inciso III), as razões de decidir extraídas dessas decisões devem ser obrigatoriamente seguidas no âmbito da justiça estadual ou federal correspondente. São, portanto, verdadeiras normas. O caráter vinculante dessas decisões é, todavia, limitado no espaço territorial (estado ou região). Trata-se dos subsistemas da jurisprudência vinculante, consoante descrito no capítulo 2.3.

Não se pode conceber, em regra, que as razões de decidir extraídas dos julgamentos de IRDR e de IAC sejam consideradas precedentes (por isso a utilização da expressão “jurisprudência vinculante”). Isso porque (não) são pronunciamentos de última instância no que se refere à interpretação da Constituição Federal e da legislação federal. Nesse aspecto, revelam interpretações provisórias do Direito, porquanto serão mantidas até que haja apreciação do tema pelas Cortes Supremas. Assim, além de serem limitadas no espaço (estado ou região), ainda são limitadas no tempo (até pronunciamento do STJ e do STF). Como referido ao longo do capítulo 1, é inerente ao conceito de precedente a outorga de última palavra sobre o sentido de determinada disposição normativa, o que não ocorre nesses julgamentos. Esses subsistemas não são compostos, portanto, por precedentes.

As razões de decidir extraídas de julgamentos colegiados de tribunais estaduais e tribunais regionais federais devem ser consideradas precedentes apenas quando outorgam sentido ao “direito local”. Consoante exposto no capítulo 2.4, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm competência para a definição do “direito local”. Esse entendimento foi resumido no enunciado da Súmula 280 da Corte Constitucional. Assim, o sentido dado ao “direito local” pelas Cortes de Justiça é definitivo, passando essas razões de decidir a integrarem o conceito de precedente. O conjunto desses precedentes formam subsistemas no âmbito das justiças estaduais e nas respectivas regiões da justiça federal (subsistemas descritos no capítulo 2.4, supra).

No que se refere ao alcance do artigo 926 do Código de Processo Civil, especificamente no que se refere ao postulado normativo hermenêutico da coerência, cumpre reconhecer que os destinatários desse dever são apenas as Cortes competentes para a formação de precedentes.

Assim, quando a disposição normativa preceitua que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, isso significa, inequivocamente, que onde se lê “tribunais”, deve se entender “Cortes de precedentes”. Já a palavra “jurisprudência” significa, apenas, o coletivo de precedentes, de modo que a referência a esse termo não se confunde com a jurisprudência vinculante citada anteriormente. Nem ao menos significa jurisprudência como um conjunto de julgamentos em um determinado sentido<sup>510</sup>. Aqui, jurisprudência significa apenas o “ambiente” no qual são formados precedentes<sup>511</sup>.

A interpretação ora sugerida parte do inexorável vínculo entre o postulado da coerência e a promoção dos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica, bem como da sua evidente aproximação com a ideia de unidade e racionalidade. Esses vínculos demonstram que a coerência deve influenciar na fundamentação de decisões com natural vocação transcendente, isto é, aquelas das quais se podem extrair normas gerais. Vale dizer: decisões produtoras de precedentes.

Não fosse essa a melhor interpretação do *caput* do artigo 926, não haveria motivos para se deixar de fora desse dever os juízes de primeira instância. Explicasse: As Cortes de Justiça têm competência limitada à resolução do conflito a elas submetido, a fim de promoverem a tutela dos direitos numa dimensão particular, com a conseqüente promoção da justiça do caso<sup>512</sup>. Ocorre que essa mesmíssima função têm os juízes de primeiro grau. Assim, se o dever de coerência tivesse como destinatárias as Cortes de Justiça quando desempenham sua tarefa natural dentro da estrutura do Poder Judiciário, os juízes de primeiro grau também teriam de ser destinatários desse dever. Deveriam seguir obrigatoriamente a coerência na prolação de suas sentenças. A redação do dispositivo *teria* de ser algo assim: “todas as decisões judiciais deve seguir a coerência”.

Desse modo, como o legislador se referiu aos “tribunais” como destinatários do dever de coerência, o que expressamente exclui os juízes de primeira instância, é evidente que não estão incluídos os tribunais que exercem a mesma atividade dos

---

<sup>510</sup> Sobre a distinção entre jurisprudência e jurisprudência vinculante vide MITIDIERO, 2016, p. 109.

<sup>511</sup> “O *caput* do art. 926 do NCPC exige que o Poder Judiciário deva uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, compreendendo-se jurisprudência, por óbvio, como coletivo de precedentes. O dispositivo refere-se à jurisprudência, em vez de precedente, porque aquela constitui o ambiente no qual são criados e superados os precedentes.” (CRAMER, 2016, p. 124).

<sup>512</sup> MITIDIERO, 2015, p. 31-34.

magistrados de primeiro grau, mas apenas aqueles competentes para a formação de normas gerais construídas com base no julgamento do caso. Leia-se: as Cortes competentes para a formação de precedentes.

Isso não significa que, no plano axiológico, a coerência não seja algo desejável para as decisões das Cortes de Justiça e, até mesmo, para guiar os fundamentos das sentenças dos juízes de primeiro grau. É indubitavelmente recomendável que a coerência oriente a interpretação e a aplicação do Direito em todas as instâncias jurisdicionais. Porém recomendação não significa dever. As consequências do descumprimento, em um e em outro caso, são diversas.

Conclui-se, desse modo, que os destinatários dos deveres impostos pelo postulado normativo hermenêutico da coerência são as Cortes Supremas, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Além delas, as Cortes de Justiça, quando definem o sentido do “direito local”, devem, obrigatoriamente, seguir a coerência.

Importante observar, por fim, que a relação entre os fundamentos normativos, tal qual imposto pela coerência (exposição feita ao longo do capítulo 5), deve-se restringir ao sistema ou subsistema no qual o precedente em estado de formação irá integrar-se. Por exemplo: um novo precedente do Superior Tribunal de Justiça deve apresentar vínculos de fundamentação com os demais precedentes do próprio STJ e, ainda, com os fundamentos de precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o mesmo tema no mesmo ramo do Direito, assim como um novo precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deve manter vínculos de fundamentação com outros precedentes do mesmo tribunal que versarem sobre o mesmo ramo do Direito. Não se exige, todavia, vínculos entre fundamentos de precedentes integrantes de sistemas diversos, ou seja, não se impõe ao tribunal estadual, na definição de sentido do direito local, que busque estabelecer “elementos comuns” de fundamentação com precedentes integrantes do sistema nacional.

A título de observação final é importante destacar que a constatação de que exista independência entre o sistema nacional de precedentes e os subsistemas da jurisprudência vinculante e da definição do “direito local” não invalida uma das premissas fundamentais sob a qual se assenta o presente trabalho, qual seja, de que os precedentes, no Brasil, devem ser considerados fontes formais normativas. Precedentes são normas.

Definido o conteúdo da Constituição Federal e da legislação federal pelas Cortes Supremas, essa definição deve ser observada pelas próprias Cortes Supremas (*stare decises horizontal*) e pelas demais Cortes e juízes do país. Exatamente por isso os subsistemas de jurisprudência vinculante têm como uma de suas principais características a provisoriedade. Vale dizer: os entendimentos envolvendo o sentido da Constituição Federal e da legislação federal valem até que a respectiva Corte Suprema o confirme ou promova sua redefinição.

No que se refere aos subsistemas do “direito local”, a independência em relação ao sistema nacional se dá diante de uma reserva material de competência decorrente do princípio federativo e do entendimento pacífico das Cortes Supremas, resumido na súmula 280 do Supremo Tribunal Federal. Não se trata, portanto, de excetuar a hierarquia nessa hipótese, pois a ideia de hierarquia depende, como dito anteriormente, de a competência das Cortes ser a mesma, o que não ocorre nessa situação específica.

#### **6.4 Os embargos de divergência como instrumento de controle de decisões das Cortes supremas que violem a coerência**

Identificar instrumentos de controle do cumprimento dos deveres de coerência na formação de um sistema de precedentes não é uma tarefa fácil. Isso porque as Cortes competentes para a construção desse sistema são de vértice. Estão, assim, no “topo” da estrutura piramidal do Poder Judiciário. Às próprias Cortes, portanto, caberá esse controle.

Feito o esclarecimento inicial, é importante reiterar que o precedente não se confunde com a decisão judicial, estando, todavia, nela contida. A norma precedente é construída, sempre, do julgamento de um caso concreto. A interposição de recurso contra a decisão da Corte Suprema que decide uma situação concreta significa, portanto, recorrer contra a formação do precedente. A afirmação de incoerência do precedente ocorre, assim, por meio da interposição de recurso contra a decisão da qual ele será extraído. Não existe, desse modo, no sistema processual brasileiro, a previsão de recursos cabíveis contra precedentes (normas gerais), mas, sim, contra as decisões das quais precedentes são extraídos. E os legitimados para isso são,

evidentemente, as partes imediatamente atingidas pelo julgamento<sup>513</sup>. É preciso, pois, identificar recursos cabíveis contra acórdãos das Cortes Supremas (precedentes são extraídos, sempre, de decisões colegiadas).

Para além dos embargos de declaração, cabíveis contra qualquer pronunciamento judicial, o Código de Processo Civil prevê, nos artigos 1043 e 1044, o recurso de embargos de divergência contra acórdãos exarados pelas Cortes Supremas (STJ e STF). O recurso é regulamentado pelos artigos 330 a 336 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e pelos artigos 226 e 227 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

O artigo 1043 prevê as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, nos seguintes termos:

Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:

I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito;

II - (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;

IV - (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 1º Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária.

§ 2º A divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual.

§ 3º Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros.

§ 4º O recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

Cumpra observar, preliminarmente, que apenas (acórdãos) do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça podem ser objeto de embargos de

---

<sup>513</sup> Ressaltando que, embora a função precípua das Cortes Supremas seja de criar precedentes, estas não podem criar teses jurídicas em prejuízo da decisão do caso concreto, vide MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016b, p. 656.

divergência, sendo irrelevante que tenham sido proferidos por unanimidade ou por maioria de votos<sup>514</sup>. Excluem-se das hipóteses de recorribilidade, diante disso, as decisões monocráticas. Como os precedentes são extraídos apenas de julgamentos colegiados (acórdãos), consoante demonstrado no capítulo 1 do presente trabalho, essa limitação em nada interfere no controle de coerência do sistema.

A primeira hipótese de cabimento, constante do inciso I do artigo 1043, diz respeito à constatação de divergência, no julgamento de recurso extraordinário ou especial, entre a decisão oriunda do recurso e o julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal. A divergência, nesse caso, deve ocorrer entre dois acórdãos que retratem julgamentos de mérito.

A segunda hipótese de cabimento, prevista do inciso II do artigo 1043, também pressupõe divergência entre julgamentos da mesma Corte Superior. Todavia permite que apenas um dos acórdãos seja de mérito. O outro não precisa ter enfrentado o mérito, mas deve ter apreciado a controvérsia.

Para demonstrar que os embargos de divergência prestam-se claramente para o controle da coerência do sistema de precedentes, é preciso responder a duas perguntas: 1) O que significa exatamente “divergir do julgamento” de qualquer outro órgão do tribunal? 2) Qual a função precípua do recurso de embargos de divergência no ordenamento jurídico brasileiro?

Em resposta à primeira pergunta, impende especificar exatamente qual a intensidade de semelhança entre os acórdãos é exigida pela lei como hipótese de cabimento dos embargos de divergência. Vale dizer, é necessário que os acórdãos divergentes tenham sido proferidos em casos rigorosamente idênticos? Seria o cabimento do recurso limitado a situações em que a identidade entre os fatos seja rigorosa?

A melhor resposta é dada por Teresa Arruda Alvin Wambier, nos seguintes termos:

Nesse dispositivo fica claro o que já sustentei em outra sede: essa ferramenta de uniformização de jurisprudência não se presta exclusivamente a corrigir discrepâncias de decisões sobre casos absolutamente idênticos. Há necessidade, isto sim, de que exista identidade jurídica estrutural, de essência, embora, às vezes, os fatos possam ser diferentes. É que nem sempre a desarmonia se revela quando são decididos de modos diferentes casos iguais: por

---

<sup>514</sup> ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 820.

exemplo, a incidência de um tributo sobre certa operação jurídica. Às vezes, os fatos não são idênticos, mas o fenômeno jurídico é o mesmo<sup>515</sup>.

Do posicionamento acima é importante destacar o seguinte: não se deve exigir identidade fática entre o acórdão vergastado pelo recurso de embargos de divergência e aquele adotado como representativo da divergência. O que importa é a identidade jurídica estrutural. Isso significa que os embargos de divergência não pressupõem que a decisão embargada tenha violado precedente. Fosse os embargos de divergência cabíveis contra a violação de precedente, dever-se-ia exigir, necessariamente, a referida identidade fática entre os acórdãos. Vale lembrar que a justificativa para a aplicação de precedentes se dá por meio do argumento por analogia, que exige uma comparação entre as circunstâncias fáticas das decisões (*instant case e precedent case*). Apenas se distinções relevantes houver, é que se deixa de aplicar o precedente.

Não havendo a imposição de que os casos sejam iguais, cumpre registrar que *identidade jurídica estrutural* significa exigir que os acórdãos tenham abordado o mesmo tema no mesmo ramo do Direito. Trata-se de identidade de temática, independentemente da coincidência fática.

Desse modo, é correto afirmar que os embargos de divergência prestam-se perfeitamente para controlar o discurso justificativo dos novos precedentes construídos pelas Cortes Supremas. Isso porque, se os fatos não são idênticos, é de um novo precedente que se está falando. Os fundamentos desse novo precedente devem, por imposição da coerência, apresentar “elementos comuns” com os fundamentos dos demais precedentes do sistema que tratem do mesmo tema no mesmo ramo do Direito (identidade jurídica estrutural).

Assim, formado novo precedente do julgamento de um caso concreto, é cabível a interposição dos embargos de divergência com o objetivo de exigir que a Corte Suprema (STJ ou STF) respeite o dever de coerência, que passa, inexoravelmente, pela imposição de que o novo precedente adote, em sua fundamentação, os mesmos conceitos jurídicos e os mesmos argumentos interpretativos adotados em outros precedentes que tratem da mesma temática no mesmo ramo do Direito. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, os embargos de

---

<sup>515</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: de acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 1396.



divergência podem, ainda, ser utilizados para a preservação do conteúdo dos princípios constitucionais definidos em precedentes da Corte Constitucional, promovendo coerência normativa ao sistema de precedentes.

Em resposta à segunda pergunta formulada acima, é preciso reconhecer que o objetivo precípuo do recurso de embargos de divergência (não) é simplesmente de unificar os entendimentos constantes em precedentes das Cortes Superiores, de modo a reconhecer que uma das duas interpretações do Direito está “correta”, e a outra, “errada”<sup>516</sup>. Ao longo do capítulo 4, foi demonstrado que diante das características que a interpretação das disposições normativas apresenta não se pode conceber erro e acerto no resultado da interpretação. É preciso, desse modo, concordar com Marinoni, Mitidiero e Arenhart, quando afirmam, ao tratarem dos embargos de divergência, que “a divergência decorre, em regra, de opções valorativas, diretivas interpretativas e, muitas vezes, de diferentes opções teóricas, ideológicas ou dogmáticas, o que fecha qualquer espaço para que se possa cogitar de uma decisão que se aproxime do verdadeiro ou falso”<sup>517</sup>. Mais importante que uniformizar os resultados interpretativos é uniformizar os fundamentos que embasaram esses resultados. Decorre da coerência que as Cortes Supremas, na criação de precedentes, adotem percursos interpretativos que permitam a identificação de “elementos comuns” entre as fundamentações dos precedentes construídos no mesmo ramo do Direito.

Os embargos de divergência devem ser vistos, nesse contexto, como uma oportunidade que as Cortes Supremas têm de revisarem o discurso justificativo que gerou a interpretação-resultado (precedente)<sup>518</sup>. Trata-se da revisão dos fundamentos que suportaram os precedentes. É preciso analisar as distintas fundamentações, identificando os motivos que levaram às escolhas que se mostraram decisivas para o produto da interpretação. Como mencionado no capítulo 5, o conteúdo atribuído aos princípios constitucionais, os argumentos interpretativos utilizados e os conceitos jurídicos exercem um papel fundamental nesse discurso.

A interpretação do Direito pelas Cortes Supremas passa, nessa perspectiva, a ser fruto de um debate efetivo e profícuo entre teses contrárias identificadas no próprio tribunal, de modo que o recurso de embargos de divergência representa uma

---

<sup>516</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016b, p. 571.

<sup>517</sup> Ibid., p. 571.

<sup>518</sup> MARINONI, 2013, p. 213.

oportunidade de desenvolvimento do Direito por meio da revisão dos fundamentos que embasaram os precedentes contrários, em busca de coerência<sup>519</sup>. Reitere-se que o postulado normativo hermenêutico da coerência exige que a Corte promova um “enlace” entre os fundamentos jurídicos dos precedentes que tratem no mesmo tema no mesmo ramo do Direito, de modo que os embargos de divergência, ao permitirem a revisão desses fundamentos, são um poderoso instrumento para a consecução desse propósito.

No que se refere à legitimidade para a interposição dos embargos de divergência, tem-se que é das partes imediatamente interessadas no julgamento. Mais precisamente, é da parte sucumbente. Não há dúvidas, assim, de que o recurso serve, em primeiro plano, aos interesses da parte recorrente. Todavia, no ambiente de uma Corte competente para a criação de precedentes, existe um escopo maior no julgamento do recurso, que é o desenvolvimento do Direito, a se dar por meio de discussões efetivas acerca das teses jurídicas contrárias<sup>520</sup>.

Exposta a possibilidade de controlar a coerência por meio dos embargos de divergência, cumpre explicitar a contribuição que o recurso especial e o recurso extraordinário podem prestar nesse mesmo controle.

## **6.5 O recurso especial e o recurso extraordinário como instrumentos de controle contra a violação da coerência pelas Cortes de Justiça**

Diferentemente dos embargos de divergência, que têm suas hipóteses de cabimento previstas no Código de Processo Civil, o recurso extraordinário e o recurso especial são cabíveis apenas nas situações expressamente relacionadas nos artigos 102, inciso III e 105, inciso III, da Constituição Federal.

---

<sup>519</sup> “Uma Corte não decide mediante vários atos e passando por diversos palcos quando supõe que a sua função é declarar a norma contida na lei, pois nessa hipótese cada discurso parte de um “marco zero interpretativo” – precisamente o texto da lei. Aliás, o insistente recomeço da interpretação, origem da falta de coerência do direito inclusive nas cortes de vértice, é o resultado da convicção de que o magistrado deve respeito apenas à lei, sendo-lhe completamente irrelevante a interpretação ou as normas jurídicas estabelecidas nas decisões de uma Corte Suprema.” (Ibid., p. 214).

<sup>520</sup> “O que impulsiona os embargos de divergência, à primeira vista, é o inconformismo da parte com a decisão que diverge de outra. Nessa perspectiva os embargos permitem a correção da decisão recorrida em face da decisão divergente. Porém, a função dos embargos de divergência, numa Corte preocupada em atribuir sentido ao direito e dar-lhe desenvolvimento, é viabilizar oportunidade para a discussão das teses divergentes e para a definição daquela que deve prevalecer, identificando-se o sentido do direito que deve imperar na Corte, orientar a sociedade e guiar os tribunais inferiores.” (Ibid., p. 214).

O recurso especial cabe contra decisões proferidas por tribunais. Isso significa que compete ao Superior Tribunal de Justiça definir, modo definitivo, o sentido a ser atribuído à legislação federal com base em sentidos propostos pelas Cortes de Justiça. O julgamento do recurso especial visa, assim, à confirmação ou à alteração de um sentido atribuído à lei federal pelos tribunais de justiça dos estados ou pelos tribunais regionais federais.

Especificamente no que se refere à utilização do recurso especial para fins de controle da coerência do sistema de precedentes, é importante expor suas evidentes limitações.

Como referido no capítulo 2, o sistema de precedentes nacional é composto por razões de decidir extraídas de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Isso porque são essas as Cortes que interpretam o Direito federal e constitucional em última instância. Diante disso, os tribunais estaduais e os tribunais regionais federais, em regra, não criam precedentes. A não ser, consoante exposto nos capítulos 1.3.2 e 2.4, quando definem o sentido do “direito local”.

O postulado normativo hermenêutico da coerência está previsto em texto de lei federal. Assim, sua violação, por parte das Cortes de Justiça, desafia a interposição de recurso especial. Como mencionado no capítulo 6.3, os deveres decorrentes da coerência exercem influência na fundamentação de decisões universalizáveis, isto é, aquelas das quais se podem extrair normas gerais. Vale dizer: decisões das quais se extraem precedentes.

No âmbito das Cortes de Justiça, precedentes podem ser extraídos, apenas, das decisões que fixam o sentido do “direito local”. Assim, os deveres decorrentes do postulado da coerência incidem, unicamente, nesses casos específicos. Vale dizer: as Cortes de Justiça, quando julgam questões envolvendo a escolha de sentido do direito federal ou constitucional, mesmo que no âmbito da jurisdição vinculante, estão livres do dever de coerência. Nesses casos, a coerência do sistema é dada, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Estabelecida a vinculação inexorável entre coerência e sistema, no caso, sistema de precedentes, a interposição de recurso especial, por violação à coerência prevista no *caput* do artigo 926 do Código de Processo Civil cabe, apenas, quando as Cortes de Justiça violarem a coerência na formação do subsistema de

precedentes do “direito local”. Não há revisão ao conteúdo estabelecido para o “direito local” pelas Cortes de Justiça. O que se deve permitir, no julgamento do recurso especial, é que o Superior Tribunal de Justiça revise se o precedente que definiu o “direito local” guarda coerência com o subsistema ao qual ele pertence. Essa é a análise que cabe à Corte Suprema, porquanto a coerência é, sem dúvida, norma federal.

Importante enfatizar: não se objetiva excepcionar a incidência do entendimento resumido na Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal. Às Cortes Supremas continua sendo vedada a definição do “direito local”. Ao Superior Tribunal de Justiça, na condição de intérprete último da legislação federal, cabe, apenas, impor a aplicação da coerência nos subsistemas normativos de “direito local”.

A interposição de recurso extraordinário contra decisões das Cortes de Justiça que violem o dever de coerência é inviável. Isso porque a violação à Constituição Federal seria meramente reflexa, nos termos de reiterados precedentes do Supremo Tribunal Federal<sup>521</sup>.

## 6.6 O dever de controle de ofício

Acima foram apresentados dois recursos que podem ser utilizados contra a violação do dever de coerência pelas Cortes de precedentes (embargos de divergência e recurso especial). O controle da coerência, por meio de recurso, depende da iniciativa da parte.

Ocorre que o postulado hermenêutico previsto no artigo 926 do Código de Processo Civil é norma cogente. Não se pode, assim, admitir que seja uma faculdade das Cortes promover a coerência do sistema de precedentes. Não se tratando de norma dispositiva, a obediência do dever de coerência deve ocorrer

---

<sup>521</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 673911 AgR/RJ - RIO DE JANEIRO. Segunda Turma. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 05 ago. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 709758 AgR/PA - PARÁ AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Primeira Turma. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgamento: 15 out. 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 734049 AgR/PB - PARAÍBA AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Segunda Turma Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 29 out. 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 782937 AgR/DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Primeira Turma. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgamento: 4 fev. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 751045 AgR/RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 29 abr. 2014.

mesmo diante da inexistência de pedido da parte. Em outras palavras: deve acontecer de ofício<sup>522</sup>.

Evidentemente que fica limitado o controle da coerência na ausência de recurso específico sobre o tema. Isso decorre de uma característica imanente à função jurisdicional, qual seja, a inércia<sup>523</sup>. É importante ressaltar que a própria construção do sistema de precedentes não prescinde da iniciativa das partes. Não há como precedentes serem formados sem a provocação da parte interessada, mesmo nos processos objetivos.

Como a coerência age sobre a justificação externa da decisão (fundamentação do precedente), é permitido que a Corte, nos julgamentos futuros, mesmo que inexista recurso específico contra a violação da coerência, passe a seguir o dever de coerência por meio da revisão dos fundamentos das novas decisões.

Digamos, por exemplo, que, ao decidir uma questão nova envolvendo imunidade no Direito Tributário (exemplo descrito no capítulo 5, acima), utilize a Corte o argumento interpretativo semântico ao invés do argumento teleológico. Caso não haja interposição de recurso alegando a incoerência dessa decisão com o restante do sistema, evidentemente que o tribunal, mesmo percebendo o descumprimento ao dever de coerência, não poderá alterar o argumento interpretativo de um precedente já formado. Os limites aí são impostos, inclusive, pela coisa julgada. Todavia, em havendo a reiteração da questão em novo recurso, é possível, em vez de simplesmente aplicar o precedente, reconhecer a violação ao dever de coerência e, com isso, promover a modificação do precedente. Trata-se de uma hipótese de modificação do entendimento anterior (*overruling*) baseado em inconsistência sistêmica decorrente da falta de coerência<sup>524</sup>.

---

<sup>522</sup> Sobre a distinção entre normas cogentes e dispositivas, vide LACERDA, 1990, p. 72-73.

<sup>523</sup> O princípio da inércia está positivado no artigo 2º do Código de Processo Civil.

<sup>524</sup> “De outra parte, o precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões”. (MARINONI, 2015, p. 252). Sobre inconsistência sistêmica como causa de *overruling*, vide EISENBERG, 1991, p. 104 *et seq.*

## CONCLUSÕES E TESES

1 – Para a construção do conceito de precedente judicial, é útil a utilização da chamada “teoria das quatro causas”, desenvolvida por Aristóteles.

2 – Texto normativo não se confunde com a norma. A norma é o resultado da interpretação dos textos. As disposições normativas são o objeto da atividade interpretativa.

3 – O precedente judicial revela o resultado de uma atividade de interpretação. Em essência (causa material), o precedente integra, assim, a categoria das normas jurídicas. É uma norma construída do julgamento de um caso concreto, mas que, simultaneamente, tem caráter geral, de modo a orientar a conduta social e o julgamento de novos casos.

4 - Na condição de norma elaborada pelo Poder Judiciário, o precedente é fonte formal do Direito.

5 – A norma precedente não se confunde com uma decisão judicial proferida no passado. O precedente é extraído de uma decisão judicial, mas com ela não se confunde. O precedente tem, assim, a *forma* de uma *ratio decidendi*. Esta é identificada como uma *tese jurídica*; essa *tese* deve ser identificada como indispensável para amparar a solução dada ao caso julgado. Vale dizer: a *ratio decidendi* caracteriza-se pelas premissas fundamentais de direito (teses jurídicas) que embasam a conclusão do julgamento. Essa é a *forma* da norma precedente (causa formal).

6 – Identificam-se quatro importantes diferenças entre a norma precedente e a lei em sentido *lato* (códigos, decretos, regulamentos, portarias, etc.): a) enquanto o precedente se origina do julgamento de um caso concreto, a legislação surge no plano abstrato, da intenção do legislador de modificar ou regulamentar a conduta social ou institucional; b) a legislação é criada, primordialmente, da apreensão das fontes substanciais do Direito, enquanto a criação do precedente se dá, em regra, por meio da interpretação das *fontes formais* já existentes; c) a norma precedente deve apresentar fundamentação, a legislação, não; d) o discurso encontrado no precedente é, imediatamente, destinado à solução do caso; já o texto legal se volta, imediatamente, para a disciplina das condutas sociais em geral.

7 – Um adequado discurso justificativo deve ser utilizado para a aplicação de precedentes. Esse discurso deve externar um raciocínio diferente daquele utilizado para a aplicação das regras e dos princípios. A justificativa de aplicação por meio da subsunção – método típico utilizado das regras – não é adequada. O precedente não é uma regra jurídica. Tampouco se deve tentar extrair um estado de coisas ideal da *normaprecedente*, a fim de aproximar sua justificativa de aplicação a de normas-princípio. O precedente não é um princípio.

8 - A aplicação de precedentes deve ser feita por meio de um argumento por analogia capaz de demonstrar a adequada utilização da *ratio decidendi* para regular um novo caso. A comparação entre os fatos relevantes da situação já julgada e os que integram o novo caso é imprescindível. Se diferenças relevantes houver, a aplicação não deve acontecer. A peculiaridade do discurso justificativo para a aplicação do precedente evidencia sua inserção em categoria normativa destacada das demais.

9 – Para que se possa afirmar existir precedente sobre determinado caso a ser julgado é imprescindível que sejam identificadas semelhanças fáticas entre *instant case* e o *precedent case*. Não havendo referida semelhança, é imperioso que se reconheça estar sendo criado um precedente inédito.

11 – Apontar a causa eficiente do precedente significa demonstrar os agentes que participam de sua formação. O precedente é construído no interior do Poder Judiciário. Não, todavia, por todo o Poder Judiciário, mas apenas pelas Cortes que interpretam o Direito em última instância.

12 – As Cortes competentes para a formação de precedentes são o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal e, excepcionalmente, os tribunais de justiça dos estados e os tribunais regionais federais, quando definem o sentido do “direito local”.

13 – A construção de precedentes envolve um trabalho de colaboração entre o legislador, a Corte competente para a formação do precedente e as partes interessadas no julgamento do caso concreto. O legislador fornece as disposições normativas objeto da atividade de interpretação. As partes interessadas no caso sugerirão interpretações possíveis aos textos. A Corte competente, com base nas disposições normativas existentes e à luz dos argumentos apresentados pelas partes, escolherá um sentido normativo entre os possíveis, de modo a formar o precedente.

14 – Indicar a causa final do precedente significa apresentar sua utilidade e, sobretudo, sua função no ordenamento jurídico brasileiro.

15 – O precedente judicial, na condição de norma jurídica, deve ser obrigatoriamente obedecido. Sua função é, portanto, de orientar a conduta social e o julgamento de novos casos. O precedente não tem caráter meramente persuasivo, mas, sim, vinculante.

16 – Com a observância obrigatória dos precedentes, promove-se a igualdade, a segurança jurídica, a coerência, garante-se imparcialidade, possibilita-se a orientação jurídica, definem-se expectativas, desestimula-se a litigância, favorecem-se acordos, verifica-se maior facilidade de aceitação da decisão, racionaliza-se o duplo grau de jurisdição, contribui-se para a duração razoável do processo, confere-se eficiência ao Poder Judiciário e promove-se economia de despesas.

17 – Não há necessidade de alteração do texto da Constituição Federal para que os precedentes sejam obrigatoriamente seguidos; inexistente, da mesma forma, a necessidade de previsão legislativa infraconstitucional para a atribuição de caráter vinculante aos precedentes.

18 – O ordenamento jurídico nacional pode ser visto e explicado como um sistema jurídico normativo. O conjunto de precedentes produzidos pelas Cortes competentes está integrado nesse todo sistemático maior. Todavia, por questões científicas, práticas e didáticas, é proveitoso que seja estudado como um objeto destacado.

19 - Os sistemas jurídicos não preexistem à interpretação; além disso, suas normas devem se relacionar de modo a comporem um conjunto de elementos unitário e ordenado. Esse relacionamento pode ser considerado meramente formal ou material. No primeiro caso, diz-se que o sistema normativo é dinâmico; no segundo, estático.

20 – A conexão entre os precedentes integrantes do sistema não é meramente formal, mas, sim, material. O sistema de precedentes é, pois, estático. Trata-se de uma pluralidade de *teses jurídicas*, que, por conviverem em um mesmo ambiente e por serem aplicáveis num mesmo território, devem apresentar compatibilidade material.

21 - É necessário identificar conexões materiais entre os elementos do sistema de precedentes, com vistas à obtenção de sua *ordem e unidade*. As



decisões exaradas pelas Cortes Supremas não podem ser vistas como um “amontoado normativo”.

22 - Sem *ordem* e sem *unidade*, que decorrem desse adequado relacionamento entre as normas, constata-se falta de clareza (cognoscibilidade) e de previsibilidade (calculabilidade) no sistema de precedentes.

23 – A ordem de um sistema normativo é alcançada pelo respeito ao princípio da igualdade. Em um sistema de precedentes, esse estado ideal é promovido pelo respeito obrigatório aos precedentes. A hierarquia confere, assim, ordem ao sistema de precedentes por meio de uma relação linear entre normas separadas semanticamente, e a norma (precedente) condiciona o conteúdo da nova decisão a ser proferida.

24 – Para a promoção da unidade do sistema, não basta, apenas, considerarem-se vinculantes os precedentes. Sistema jurídico dotado de *unidade* não é (apenas) livre de contradições, mas também caracterizado pelo fato de suas normas poderem ser reconduzidas a pontos comuns de suporte.

25 – O momento crucial para a promoção da unidade do sistema de precedentes é o da formação de cada novo precedente. O postulado da hierarquia, nesse caso, apresenta limites, pois é impossível ser aplicado diante da inexistência de precedente a regular o tema objeto de julgamento. Vale dizer: sua aplicação exige que (exista) precedente sobre o tema.

26 - O legislador brasileiro optou pela *coerência* como instrumento de promoção da *unidade* do sistema de precedentes. Essa escolha fica clara da redação do artigo 926 do Código de Processo Civil, que, expressamente, cria para os tribunais o dever de, para além de manterem sua jurisprudência estável e íntegra, observarem a coerência.

27 – Verifica-se a existência de um sistema nacional de precedentes vinculantes, integrado por razões de decidir extraídas de acórdãos do Supremo Tribunal Federal no controle difuso e concentrado de inconstitucionalidade, bem como de quaisquer acórdãos da Corte Constitucional oriundos de reclamações, ações originárias e recursos. Esse sistema também é integrado por razões de decidir extraídas de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de ações originárias, reclamações e recursos.

28 – As razões de decidir oriundas de acórdãos, exarados pelas Cortes de Justiça, em incidentes de assunção de competência, bem como aquelas extraídas

de acórdãos em incidentes de resolução de demandas repetitivas, não são, em regra, precedentes, tendo em vista não serem pronunciamentos de última instância acerca da interpretação do Direito.

29 – O conjunto das razões de decidir advindos de acórdãos proferidos em incidentes de resolução de demandas repetitivas e em incidentes de assunção de competência formam subsistemas normativos nos estados e nas regiões (justiça federal). Trata-se dos subsistemas da jurisprudência vinculante.

30 – As razões de decidir oriundas de acórdãos das Cortes de Justiça (tribunais de justiça dos estados e tribunais regionais federais) devem ser consideradas precedentes, quando envolverem a definição do “direito local”, porquanto, nessa situação, são decisões de última instância sobre a interpretação do Direito. Esses conjuntos normativos formam subsistemas de precedentes nos respectivos estados e regiões. Nesse caso, a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência é obrigatória.

31 - Súmulas não são precedentes. Súmulas são resumos de entendimentos. Têm finalidade didática. Não sendo correto equiparar as súmulas aos precedentes, evidentemente que não fazem parte do sistema de precedentes.

32 – Estabelecido pelo legislador que a *unidade* do sistema de precedentes deve ser promovida por meio da coerência, é indispensável buscar subsídios doutrinários para atribuir conteúdo a essa disposição normativa. Sem isso, a interpretação da disposição normativa se torna arbitrária.

33 - A coerência no Direito está inexoravelmente relacionada à noção de sistema jurídico. Não faz sentido tratar de coerência fora dos domínios de um determinado sistema normativo.

34 - A inexistência de antinomias entre as normas integrantes de um sistema normativo é uma condição necessária para a promoção da coerência. Não obstante, é incorreto pensar a não contradição como sinônimo de coerência, pois esta promove, apenas, a consistência de um sistema jurídico. Consistência não é o mesmo que coerência, estando nela contida.

35 – Por uma imposição de coerência normativa, é necessário que as normas de um sistema jurídico possam ser deduzidas de princípios e valores superiores. Com isso o sistema normativo tende a “fazer sentido”. Nesse ponto o conceito de coerência se aproxima bastante da ideia de unidade.

36 - Não há dúvidas, todavia, de que os Princípios Constitucionais têm um conteúdo semântico bastante elástico, de modo que podem ser manipulados pelo intérprete para a elaboração de normas que atendam a concepções morais particulares.

37 - A coerência deve ser observada, quando não exista precedente a regular o caso a ser julgado pela Corte competente para a criação do precedente. Vale dizer: a coerência exerce protagonismo no momento de formação da norma precedente. Isso porque, se o resultado da interpretação dos fatos da causa a ser julgada (qualificação dos fatos), de um lado, e o sistema de precedentes, de outro, indicarem que há precedente sobre o caso, a exigência é de mera consistência, isto é, simplesmente se exige obediência ao precedente para evitar contradição no sistema.

38 - A coerência não indicará à Corte competente para a formação do precedente uma resposta certa nas hipóteses envolvendo ausência de norma precedente sobre o tema a ser julgado. Não obstante, a observância aos deveres de coerência contribui decisivamente para a unidade do sistema jurídico, e, com isso, para a promoção da calculabilidade (elemento fundamental do princípio constitucional da segurança jurídica) e da igualdade.

39 – É preciso reconhecer a enorme importância de se elaborarem critérios de coerência. Dessa noção, é possível concluir que o sistema normativo deve ser construído de modo que sejam estabelecidas conexões materiais e formais entre suas normas (autorreferência), bem como que as conexões devem ocorrer no plano das respectivas motivações, ou seja, é preciso identificar um adequado relacionamento entre os fundamentos das normas do sistema. Nesse sentido, a coerência atua na justificação de disposições normativas no contexto de sistemas jurídicos. Os critérios de coerência indicam como deve ocorrer esse relacionamento.

40 – A motivação de uma decisão judicial deve ser vista como um discurso justificativo. Do mesmo modo, a motivação de um precedente é um discurso justificativo. Assim, a coerência atua exatamente sobre a fundamentação do novo precedente, limitando as escolhas interpretativas do intérprete.

41 - A observância da coerência na construção de precedentes exige a aceitação de alguns pressupostos teóricos. São as premissas sem as quais se torna impossível extrair deveres decorrentes da coerência. Vale dizer: sem sua aceitação a exigência de coerência não faz o menor sentido.

42 – Primeira premissa que deve ser aceita diz respeito à adoção de uma teoria cética moderada da argumentação jurídica. Com isso, deve ser rejeitada a proposta cognitivista, segundo a qual a atividade de interpretar o direito se identificaria com a busca por um significado unívoco previamente existente nos textos normativos. Fosse a atividade de interpretar caracterizada por uma mera descoberta de um significado existente anteriormente, não haveria como exigir coerência de quem interpreta.

43 - A teoria cognitivista da interpretação jurídica visa a limitar a atividade do intérprete, que passa a ser visto como mera “boca da lei”. Trata-se de proposta teórica claramente comprometida com a doutrina rígida de separação dos poderes, que tem como base teórica a ideia de que, na medida em que os juízes não são investidos no poder por meio de eleição democrática, não poderiam, por falta de legitimidade, substituírem a atividade do parlamento.

44 – A refutação do cognitivismo interpretativo não se dá por conta de um comprometimento teórico específico, mas, sim, porque efetivamente não traduz o que efetivamente ocorre no dia a dia dos tribunais.

45 – A observação da atividade realizada pelos tribunais evidencia que escolhas de significados possíveis de disposições normativas são sempre realizadas pelo Poder Judiciário. É assim que os julgamentos acontecem. Na interpretação do Direito sempre são feitas escolhas. Como o precedente revela a interpretação do Direito à luz de um caso concreto, pode-se afirmar que, ao criarem precedentes, as Cortes competentes fazem escolhas.

46 - O novo Código de Processo Civil brasileiro se afastou da teoria cognitivista da interpretação. Isso fica claro, principalmente, do que prevê o parágrafo 1º do artigo 489, que impõe rigoroso dever de fundamentação ao prolator de decisão judicial. O grau de detalhamento atribuído ao dever de fundamentação pressupõe, evidentemente, conceber o legislador que a decisão judicial não é uma atividade de mera descoberta de um sentido unívoco constante na lei, mas, sim, de escolha de sentidos valendo-se das possibilidades oferecidas pelas disposições normativas vigentes (objeto da interpretação). Se escolhas devem ser feitas, precisam ser devidamente justificadas.

47 – Para além da aceitação de uma teoria cética moderada da interpretação jurídica, a utilização da coerência na formação de um sistema de precedentes exige

que se aceite, igualmente, que a justificação adequada da decisão judicial é decisiva para a racionalidade da interpretação do Direito.

48 - A justificação da decisão deve ser dividida em duas partes, a depender da natureza da atividade envidada pelo intérprete. Trata-se da justificação interna e da justificação externa.

49 - A justificação interna de uma decisão judicial diz respeito ao seu aspecto lógico. Impõe a demonstração de um adequado relacionamento entre as premissas e as conclusões do julgamento. Uma decisão devidamente justificada do ponto de vista interno é aquela em que se verifica uma transição aceitável entre as premissas e a conclusão.

50 - A justificação interna de uma decisão judicial não se relaciona diretamente com a racionalidade da *interpretação* do Direito, mas, sim, com sua aplicação.

51 - Na justificação externa são apresentadas as razões para a escolha das premissas que integram o silogismo decisório. O discurso utilizado na justificação externa não pertence ao campo da lógica formal. Não é possível justificar a escolha das premissas do silogismo jurídico por meio do método dedutivo. Uma adequada justificação externa não tem, portanto, relação com a racionalidade formal (não contradição), mas, sim, com uma racionalidade substancial, por meio da promoção do princípio da *razão suficiente (nihil sine ratione)*.

52 - O precedente, por ser uma tese jurídica, integra a premissa maior do silogismo decisório utilizado por uma Corte de precedentes para o julgamento de um caso concreto. Assim, os fundamentos do precedente se confundem com a justificação externa da decisão.

53 - O produto da atividade de interpretação é a norma. Esta, por sua vez, deve ser universalizável e coerente. Vale dizer: o precedente judicial deve ser universalizável e coerente.

54 - A universalidade da norma (precedente) está relacionada à sua utilização para a solução de outros casos futuros que apresentem idêntico ou semelhante contexto fático. Retrata, portanto, a replicabilidade do precedente. O oposto da norma universalizável é a norma *ad hoc*, que vale apenas para o caso específico.

55 - A universalidade não determina os critérios interpretativos a serem utilizados na formação do precedente. A exigência de que para novos casos seja

dada a mesma solução jurídica do passado não resolve questões que dizem respeito à formação da tese paradigma.

56 - Não é possível universalizar o que não é coerente Na formação do precedente a ser universalizado, é preciso que deveres decorrentes da coerência sejam observados, a fim de que a interpretação-produto seja coerente.

57 - O *caput* do artigo 926 do Código de Processo Civil estipula quatro deveres institucionais relacionados ao sistema de precedentes: a) de uniformizar sua jurisprudência; b) de manter a jurisprudência estável; c) de respeitar a integridade; d) de respeitar a coerência. Trata-se de deveres distintos que em nada se confundem.

58 - O dever de uniformizar a jurisprudência está claramente relacionado à eliminação de divergências entre os órgãos fracionários de um tribunal. Constatada a divergência interna, o tribunal não pode ser omissivo em eliminá-la.

59 - O dever de estabilidade relaciona-se com a mudança de entendimento por parte dos tribunais, de modo que a superação de um precedente (*overruling*) deve ser adequadamente justificada e, por vezes, ter a eficácia modulada.

60 - O dever de integridade relaciona-se a uma concepção acerca do como o Direito deve ser entendido. Exigir que os tribunais adotem a concepção de direito como integridade visa a um ideal de busca pela resposta correta valendo-se de princípios morais, políticos e jurídicos identificáveis como subjacentes às decisões do passado. Não é adequado que um Código de Processo Civil faça essa imposição às Cortes do país.

61 - A coerência (não) determina, apenas, que casos idênticos tenham que receber o mesmo tratamento (*treat like cases alike*). Essa imposição decorre de se conceberem os precedentes como obrigatórios, que têm fundamento constitucional. Fosse isso verdade, nem ao menos haveria a necessidade de a coerência estar prevista em lei.

62 - A coerência não tem um fim em si mesma, de modo que deve ser vista como um instrumento de racionalidade e de unidade de sistemas normativos.

63 - A coerência impõe que os fundamentos do precedente que está se formando apresente conexões positivas com os fundamentos dos demais precedentes do sistema. Os vínculos impostos pela coerência são, assim, entre as respectivas fundamentações. Vale dizer: devem ser buscados elementos comuns nos fundamentos do sistema de precedentes.

64 – A imposição de que “elementos comuns” sejam adotados pela Corte na construção de um novo precedente demonstra que a finalidade imediata da coerência é de limitar o poder de escolha do intérprete/aplicador do Direito.

65 - É requisito de racionalidade da interpretação do Direito que a interpretação-produto seja coerente. Desse modo, a coerência é condição necessária para a racionalidade da interpretação do Direito.

66 – Como finalidade mediata da aplicação da coerência em um sistema de precedentes se podem apontar a outorga de *unidade* ao sistema. A identificação de “pontos comuns” entre os fundamentos dos precedentes do sistema aproxima sobremaneira a ideia de unidade com a concepção de coerência.

67 – A calculabilidade é um dos estados ideais estabelecidos pelo princípio da segurança jurídica. A observância aos deveres de coerência promove esse estado ideal, tendo em vista limitar as hipóteses de interpretação do Direito.

68 – Diante da exigência de que nos novos precedentes sejam identificados “elementos comuns” com precedentes já integrantes do sistema, a coerência promove o princípio constitucional de igualdade.

69 – A promoção, por meio da coerência, da racionalidade da interpretação jurídica e da unidade do Direito, bem como dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade é possível por meio do respeito, no momento de formação de cada novo precedente, a deveres instrumentais extraídos de critérios de coerência construídos pela doutrina.

70 – A interpretação judicial do Direito apresenta variações diante das seguintes causas: a) interesses dos intérpretes; b) diversidade de concepções de justiça de quem interpreta; c) os conceitos jurídicos adotados; d) argumentos interpretativos escolhidos.

71 - Das quatro causas apontadas, os interesses dos intérpretes e a diversidade de concepções de justiça são incontroláveis, tendo em vista não “aparecerem” na justificação da decisão. Todavia, é possível exercer controle sobre os conceitos jurídicos adotados e os argumentos interpretativos escolhidos. Esses elementos devem ser devidamente visualizados.

72 – Diante da constatação de que a coerência é promovida quando as normas de um sistema jurídico apresentam uma estrutura de fundamentação perfeita, os deveres decorrentes da coerência devem atuar exatamente sobre a

fundamentação das normas. Mais especificamente: sobre os elementos controláveis dessa estrutura de fundamentação.

73 - O primeiro dever que decorre da coerência é de que a Corte de precedentes, ao formar um novo precedente, defina o *ramo* do Direito a que o precedente pertence, bem como, se possível, o *tema* tratado. Disso, o dever desdobra-se para exigir que sejam fixados “precedentes paradigmas”, que deverão pertencer ao mesmo ramo do Direito, além de versarem, preferencialmente, sobre o mesmo *tema*.

74 – De todas as premissas que fazem parte da fundamentação de um precedente, não há dúvidas de que o argumento interpretativo eleito pela Corte é dos mais importantes. Os precedentes referentes ao mesmo ramo do Direito devem, assim, compartilhar dessa mesma premissa. Vale dizer: os precedentes precisam ser construídos por meio dos mesmos argumentos interpretativos. Esse é o segundo dever decorrente da coerência.

75 - A influência que os conceitos jurídicos exercem no processo de interpretação e aplicação do Direito é muito intensa. As disposições normativas – objeto da atividade de interpretação – trazem em seu bojo esses conceitos. Assim, a estipulação desses conceitos é fundamental para o processo de interpretação do Direito. Decorre da coerência, assim, que as Cortes de precedentes devam adotar os mesmos conceitos jurídicos na construção de todos os precedentes elaborados em um mesmo ramo do Direito.

76 – A ideia de coerência normativa exige que conjunto de normas deve ser justificado sob princípios e valores de ordem superior. No Brasil, como não existem disposições normativas que estejam acima da Constituição Federal, é nela que estão situados os princípios superiores do ordenamento jurídico brasileiro. Diante da diferença entre texto e norma, o conteúdo dos princípios superiores é encontrado, assim, nos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Esses precedentes retratam a Constituição interpretada, atribuindo sentido ao texto constitucional.

77 - A coerência do sistema de precedentes determina, como mais um dever instrumental, que, na fundamentação de cada novo precedente, sejam respeitados os sentidos atribuídos pelo Supremo Tribunal Federal aos princípios constitucionais. Não se trata, portanto, de simplesmente seguir a Constituição Federal, mas, sim, de obedecer à Constituição interpretada. Vale dizer: o sistema de precedentes deve ser construído de modo que o sentido da Constituição Federal seja universalizado.



78 - A coerência é norma. Na condição de norma, *deve* ser respeitada.

79 - A coerência é uma norma de segundo grau; um postulado normativo hermenêutico destinado a estabelecer diretrizes sobre o modo pelo qual a fundamentação de um sistema de precedentes deve ser construída.

80 – Os tribunais destinatários dos deveres decorrentes da coerência são apenas as Cortes de precedentes. Assim, quando o artigo 926 do Código de Processo Civil preceitua que *os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*, isso significa que, onde se lê “tribunais”, deve se entender “Cortes de precedentes”. Já a palavra “jurisprudência” significa, apenas, o coletivo de precedentes. Aqui, jurisprudência significa apenas o “ambiente” no qual são formados precedentes.

81 - Os embargos de divergência prestam-se perfeitamente para controlar o discurso justificativo dos novos precedentes construídos pelas Cortes Supremas. Trata-se de recurso típico apto a exigir que as Cortes Supremas observem os deveres decorrentes da coerência na formação de um novo precedente.

82 - A interposição de recurso especial, por violação à coerência prevista no *caput* do artigo 926 do Código de Processo Civil cabe, apenas, quando as Cortes de Justiça violarem os deveres decorrentes da coerência na formação do subsistema de precedentes concernente ao “direito local”. Nesse caso, não há revisão ao conteúdo estabelecido para o “direito local” pelas Cortes de Justiça. Nesse aspecto as Cortes de Justiça devem ter a última palavra. O que se deve permitir, no âmbito do julgamento do recurso especial, é que o Superior Tribunal de Justiça revise se o precedente que definiu o “direito local” guarda coerência com o subsistema ao qual ele pertence. Essa é a análise que cabe à Corte Suprema, porquanto a coerência é norma federal.

83 - A interposição de recurso extraordinário contra decisões das Cortes de Justiça que violem o dever de coerência é inviável. Isso porque a violação à Constituição Federal, em especial aos princípios jurídicos da segurança jurídica e da igualdade, seria meramente reflexa.

84 – A coerência é norma cogente. Não se tratando de norma dispositiva, a obediência do dever de coerência deve ocorrer mesmo diante da inexistência de pedido da parte nesse sentido.

## REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. Introdução. In: PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. 2. ed. Dordrecht: Springer, 2008.

\_\_\_\_\_. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: Kluwer, 1987.

ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALEXY, Robert. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 297-310, jan. 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The Concept of coherence and its significance for discursive rationality. *Ratio Juris*, v. 3, p. 130-147, 1990.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AMAYA, Amalia *The tapestry of reason, an inquiry into the nature of coherence and its role in legal argument*, Oxford: Hart, 2015.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2006.

ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 5, ago. 2001.

\_\_\_\_\_. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 29, p. 181-204, 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; WRÓBLEWSKI, Jerzy. On Method and methodology. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). *Interpreting statutes: a comparative study*. Dartmouth: Ashgate, 1991.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

BOBBIO, Norberto (1909-2004). *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli, 1960.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução e Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2008. V.1.

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

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COPETTI NETO, Alfredo; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da mesma medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e Maccormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. In: *Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 135-155.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CROSS, Rupert (1912-1980). *Precedent in english law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 1977,

DAVID, René. *Os grandes sistemas jurídicos contemporâneos*. Tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

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

\_\_\_\_\_. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016b.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DUTRA, Delemar José Volpato. Justiça como integridade: Dworkin e o princípio da coerência na aplicação do Direito. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, v. 2, p. 9-27, 2007.

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

DWORKIN, Ronald (1931-2013). *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ENGLISH, Karl (1899-1990). *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Metaética e a fundamentação do Direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. A sinergia do NCPD: integridade, estabilidade e coerência. In: *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 356-360.

GOODHART, Arthur L. (1891-1978). Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, p. 161-183, Dec. 1930.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GREENAWALT, Kent. *Statutory and common law interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GUASTINI, Ricardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1992.

\_\_\_\_\_. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993.

\_\_\_\_\_. *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè, 2011.

GÜNTER, Klaus. *A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification*. *Ratio Juris*, v. 2. 1989, p. 155-166.

HART, Herbert L. A. (1907-1992). *The concept of law*. 3. ed. Oxford: Clarendon 2012.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4. Ed. Milano: Giuffrè, 1999.

KELSEN, Hans (1881-1973). *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2009.

LACERDA, Galeno (1922-2012). *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

LARENZ, Karl (1903-1993). *Metodologia da ciência do direito*. 4. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACCORMICK, Neil (1941-2009). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. *Rethoric and rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MACEDO, Elaine Harzehein. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

MACEDO, Lucas Buril. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 215-238.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARDER, Alexandre S. *Das invalidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

\_\_\_\_\_. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016c.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 15.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Mauro Campbell. Hermenêutica: coerência e Integridade como vetores interpretativos no discurso jurídico. In: Hermenêutica e jurisprudência no novo

Código de Processo Civil: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 178-204.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 255, p. 63–90, maio 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa Brasília*, v. 41. n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MENKE, Cassiano. *Irretroatividade tributária material: definição, conteúdo e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Coord.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 206, abr. 2012.

\_\_\_\_\_. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. *Revista de Processo*. Ano 35. n. 83. Maio/2010, p. 165-194.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PECZENIK, Aleksander (1937-2005). *On law and reason*. 2. ed. Dordrecht: Springer, 2008.

\_\_\_\_\_. The binding force of precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Dartmouth: Ashgate, 1997.

PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1892-1979). *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998a. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. V. 4. Campinas: Bookseller, 1998b.

PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAZ, Joseph. *The concept of a legal system: an introduction to the theory of legal system*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 2003.

\_\_\_\_\_. The relevance of coherence. *Boston University Law Review*, n. 72, 1992.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012.

ROSSI, Júlio César. *Precedentes à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Belknap, 2011.

SILTALA, Raimo. *Law, truth and reason: a treatise on legal argumentation*. Dordrecht: Springer, 2011.



STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. O que é isto: a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? In: HERMENÊUTICA e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 156-177.

STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: de acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

TARELLO, Giovanni (1934-1987). *L'interpretazione della Legge*, Milano: Giuffrè, 1980.

TARUFFO, Michelle. *Idee per una teoria della giusta decisione, sui confini*: scritti sulla giustizia civile. Bolonha: Il Mulino, 2002.

\_\_\_\_\_. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 110, p. 152, 2003.

\_\_\_\_\_. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 199, 2011.

\_\_\_\_\_. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Krüger. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Interpretação do direito tributário*: entre a coerência e a consistência. Curitiba: Juruá, 2014.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Precedentes. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Temas essenciais do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

\_\_\_\_\_. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016*. São Paulo: Saraiva, 2016b.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WROBLEWSKI, Jerzy (1926-1990). *The judicial application of law*. Dordrecht: Kluwer, 1992.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *Il diritto mite: lege, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formamente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino (1948-2017). *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do Método Jurídico*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.