

DEFININDO PRECEDENTES¹

DEFINING PRECEDENTS

Gabriel Sardenberg Cunha

Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Advogado. Vitória/ES. E-mail: *gabriel@sbhd.adv.br*.

RESUMO: Sabe-se que o precedente, enquanto forma de justificação dotada da autoridade de quem o promove, invariavelmente incide no fenômeno jurídico, especialmente no particular da argumentação jurídica, e serve para, em maior ou menor grau, conformar o julgamento de casos futuros análogos. Sob essa noção que outrora se firmou a máxima do *treat like cases alike*, que serve de esteio racional para o sistema comumente designado de *stare decisis*. Se, pois, é da natureza do precedente ser hábil a conformar, resta, porém, saber-se de fato o que é um precedente; o que faz com que uma decisão judicial passada seja materialmente um precedente para julgamentos futuros. É buscando responder essa pergunta que este trabalho objetiva definir o precedente para ao final dizer-se que precedente será aquela decisão na qual, no momento de sua interpretação pelo juízo futuro, identifica-se: uma pretensão de universalidade calcada no princípio da universalidade do imperativo categórico de Kant, e a ocorrência de um exercício interpretativo operativo capaz de enriquecer as regras legais das quais se vale o direito positivo. Com esses dois critérios permite-se identificar a quais decisões deve ser atribuída a qualidade de precedente para, assim, ser possível sistematizar-se o modelo de precedentes judiciais estatuído pelo Código de Processo Civil de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: precedente, *stare decisis*; definição; universalidade; interpretação operativa.

¹ Artigo recebido em 24/04/2019 e aprovado em 27/08/2019.

ABSTRACT: It is known that precedent, as a form of justification endowed with the authority of those who pass it, invariably unfolds upon the juridical phenomenon, especially regarding legal reasoning, and serves, to a greater or lesser extent, to conform the ruling of analog future cases. Under this notion that it was once established the maxim of treat like cases alike, which in turn serves as a rational mainstay for the system commonly referred to as *stare decisis*. If, then, precedent's ability to conform is a given, it remains, however, to comprehend what is exactly a precedent; what makes a past court decision be materially a precedent for future judgments. It is endeavoring to answer this question that this essay aims to define precedent so as to ultimately assert that precedent will be that decision in which, at the moment of its interpretation by the later judge, it is identified: a pretension of universalizability based on Kant's categorical imperative's principle of universalizability, and the occurrence of an operative interpretative exercise capable of enriching the legal rules of which positive law avails itself. With these two criteria one can identify to which decisions should be assigned the quality of precedent in order to then be made possible to systematize the model of judicial precedents established by the 2015's Code of Civil Procedure.

KEY WORDS: Precedent; *Stare decisis*; Definition; Universalizability; Operative interpretation.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Precedente: conceito e definição. 3 Teoria dos precedentes normativos vinculantes. 4 A definição de precedente. 5 Precedente em sentido estrito e precedente em sentido amplo. 6 A pretensão de universalidade. 6.1 Pretensão de universalidade e conferência de unidade ao direito. 6.2 Pretensão de universalidade, Cortes Supremas e Cortes de Justiça. 6.3 Pretensão de universalidade e racionalidade. 7 A interpretação operativa. 7.1 Interpretação operativa e subsunção. 7.2 Interpretação operativa e precedente já existente. 7.3 Interpretação operativa e pretensão de universalidade. 8 Conclusões. Referências bibliográficas.

CONTENTS: 1 Introduction. 2 Precedent: concept and definition. 3 Theory of normative binding precedents. 4 The definition of precedent. 5 Precedent *stricto sensu* and precedent

lato sensu. 6 The pretension of universalizability. 6.1 Pretension of universalizability and the granting of unity to law. 6.2 Pretension of universalizability, Supreme Courts and Courts of Justice. 6.3 Pretension of universalizability and rationality. 7 The operative interpretation. 7.1 Operative interpretation and subsumption. 7.2 Operative interpretation earlier precedents. 7.3 Operative interpretation and pretension of universalizability. 8 Conclusions. Bibliographic references.

1 INTRODUÇÃO

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

Uma das reformas apuradas é a expressa adoção de um modelo de *precedentes* judiciais, que maturou as já conhecidas noções de *jurisprudência persuasiva* e de *jurisprudência dominante* e que verteu o novo regime processual para a tendente aproximação entre as tradições da *common* e da *civil law*².

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

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

Ademais, é rigorosamente em função disso que o diploma, em seu art. 927, determina que os juízes e tribunais *observarão* (i) as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e as (ii) suas súmulas vinculantes; (iii) os acórdãos decorrentes da resolução de incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas/recursos repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e (v) a orientação do Plenário ou Órgão Especial aos quais estiverem vinculados.

O Código de Processo Civil de 2015 ainda estabelece, no que concerne à vinculatividade dos comandos proferidos pelo judiciário, que se considera não fundamentada qualquer espécie de decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (art. 489, §1º, VI).

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

Em suma, erige-se no aparelho legal um modelo em que decisões *precedentes* são vinculantes, quer porque a lei assim optou (art. 927), quer pelo fato de que, se um julgador as ignora no caso concreto, sua decisão ofende um critério de racionalidade imposto pelo ordenamento (art. 489, §1º, VI), havendo previsão de recurso para que se restaure a estabilidade, a integridade e a coerência desde logo exigidas pelo art. 926³.

³ *Estabilidade* – teste da observância ao *stare decisis*, no sentido de excepcional alteração do paradigma decisório; *integridade* – teste da universalização (coerência em sentido amplo), no sentido do dever de adequação da decisão com a tradição jurídica e com a unidade da Constituição; e *coerência* – teste da não contradição (consistência/coerência em sentido estrito), no sentido do dever de consideração da linha evolutiva do entendimento das cortes. (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 397). Em sentido

No entanto, se é certo que o Código de Processo Civil de 2015 lançou mão de um modelo de precedentes judiciais, a mesma precisão não existe quanto ao que seriam e como funcionariam esses precedentes.

De fato, o tema dos precedentes é marcado pela mesma vagueza que a polissemia do signo '*precedente*' invoca, de modo que não é dado seguramente propor uma adequada compreensão desse primeiro se não antes assevera-se a extensão do segundo.

Nesse sentido, a precisão da discussão do fenômeno dos precedentes judiciais, bem como sua sistematização com o ordenamento brasileiro primeiro perpassa o estabelecimento de uma premissa fundamental; de uma resposta para a seguinte pergunta: o que, afinal, é um precedente judicial? É a partir do esforço de *definir* o precedente no particular da argumentação jurídica que este trabalho almeja lançar uma resposta objetiva para essa pergunta.

2 PRECEDENTE: CONCEITO E DEFINIÇÃO

Como dito, este trabalho objetiva investigar o precedente judicial de modo a *definir* o que *materialmente* seria um *precedente*.

Esse esforço exsurge da indefinição semântica e pragmática que o vocábulo tem assumido perante a dogmática jurídica. Tal qual como acontece com a palavra '*direito*', comumente, quando se fala em '*precedente*' se diz tudo, mas não se diz muito. Tantos foram os atributos, pressupostos, definições e significações imbuídos a esse signo no curso de sua investigação histórica e jurídica que ao se falar hoje em *precedente* não se sabe ao certo ao que está o interlocutor se referindo. Precedente é decisão? Precedente é jurisprudência? Precedente é *ratio decidendi*? Precedente é sempre vinculante? O que é, afinal, precedente? Ao vocábulo não tem sido dada significação homogênea. Ao se falar em precedentes, hoje, não se sabe mais ao certo do que se fala. Claro, existem noções mínimas; auto referenciáveis a partir da convenção linguística a qual o signo integra. É o

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

que Miguel Reale chama de *condição a priori intersubjetiva*⁴. São os significados minimamente incorporados ao uso linguístico e construídos a partir da comunidade do discurso⁵. Esta condição *a priori* dota o signo, em razão da convenção, de *núcleos de sentidos* mínimos que determinam, ao menos, os sentidos com os quais o signo não se alinha⁶. Por isso, ‘*precedente*’ jamais remeterá à ideia de uma cadeira, por exemplo. Ocorre, porém, que nas últimas décadas, em decorrência da importância que se tem dado ao estudo do tema, dissemelhantes foram as cifras encontradas por diversos autores para traduzir o fenômeno argumentativo que é o precedente, em especial no contexto jurídico e do Direito⁷. Hoje, de fato, esse signo não carrega em si um significado manifesto e dele indissociável, que remete a uma concepção unívoca, clara e bem delimitada; de compreensão uniforme. Ao contrário, sugere-se que quanto mais se escreve sobre precedentes menos se tem certeza acerca do que ele realmente é e de como esse fenômeno impacta o ordenamento jurídico e, imediatamente, a prática jurídica. Buscar soluções para essa indefinição é por excelência o papel da Academia, ainda que desse esforço surjam mais dúvidas.

Por isso é importante tentar alcançar uma definição para ‘*precedente*’; visar discriminar bases semânticas seguras para uma compreensão apurada desse fenômeno em uma acepção material – o que permite sistematizá-lo com o modelo instaurado a partir do CPC/15. Este é o trabalho próprio do discurso científico⁸. Objetiva afastar vícios de linguagem, em especial as ambiguidades semânticas naturais a signos de vasta abrangência⁹, como é o caso de ‘*direito*’; ‘*moral*’ e ‘*norma*’. No particular deste texto, o

⁴ REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 30 e 40. Lourival Vilanova trata do assunto similarmente, e em esclarecedora passagem afirma que “por artifício sofisticado, pode-se argumentar que o sujeito vai ao objeto conhecer aquilo que, previamente, já sabe. Mas, no conceito apriori [sic], o objeto não é conhecido. É simplesmente indicado; o conceito fornece as determinações mínimas e essenciais que servem de critério para encontrar o objeto onde ele se acha” (VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito do direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947, p. 30).

⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 53.

⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 53.

⁷ Lembre-se, conforme descreve Schauer, que argumentar por precedentes não é exclusividade da argumentação jurídica (SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, a. 3, n. 39, p. 571-605, 1987, p. 572). Por isso a especificação. Este trabalho verte sobre o precedente sob a ótica do fenômeno jurídico de maneira *lato*. Imprescindível o corte metodológico.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 59.

⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 30-31.

esforço primo será *definir o conceito de 'precedente' enquanto fenômeno da argumentação jurídica*. Aqui, importa antes lembrar tratar-se essa definição, partindo de uma pequena digressão que remete às categorias pós-giro linguístico¹⁰, de metalinguagem que opera como corte metodológico sobre um *conceito*¹¹. Enquanto *conceito* é metalinguagem e significação de uma unidade sýgnica¹², *definição* é metalinguagem que incide como corte metodológico sobre o próprio conceito definido¹³, isto é, uma '*meta-metalinguagem*', ou então, uma metalinguagem (definição) de uma metalinguagem prévia (conceito)¹⁴. Dito isso, para esse trabalho, parte-se de um *conceito* amplo do signo *precedente* e sobre ele opera-se uma *definição* a seguir delimitada de modo a atuar enquanto ferramenta de descrição¹⁵, mas também enquanto *ferramenta de adscrição de significado*¹⁶ ao *fenômeno jurídico 'precedente'* [*conceito* (do signo *precedente*) ora *definido*].

Insta ainda lembrar que o corte metodológico é conduta arbitrária do cientista¹⁷ que objetiva expungir a incidência de proposições indesejáveis ao comprometimento da "homogeneidade do espaço empiricamente observado"¹⁸. Não se trata, assim, de qualquer capricho do interlocutor, mas de opção teórica que visa afastar a intromissão de

¹⁰ Sobre a linguagem, bem como sobre seus influxos na dogmática jurídica a partir do giro linguístico, para todos: cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1968; CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011 e VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi, 2003.

¹¹ MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 39.

¹² MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 30.

¹³ MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 39.

¹⁴ Então: objeto = L⁰; conceito = linguagem de sobrenível L¹ e definição = linguagem de sobrenível L².

¹⁵ Sobre a função descritiva da dogmática jurídica, cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 39-40, 59-61 e VILANOVA, Lourival. O problema do objeto da Teoria Geral do Estado. *Escritos jurídicos e filosóficos, vol. 1*. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p. 188-189, 196, 198, 201, 219 e 223.

¹⁶ A linguagem científica não se esgota na função descritiva acima referenciada. A descrição pode até em certo ponto ser tida como a característica primeira da linguagem científica, mas não é a única. Afinal, jogos de linguagem não raro valem-se de diversas funções concomitantes (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 39). A referência ao discurso científico-jurídico enquanto *ferramenta de adscrição de significado* é, pois, feita muito em função do que escreve Humberto Ávila quanto a seu *estruturalismo argumentativo* (cf. ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 32, p. 159-197, 2014; ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 29, p. 181-204, 2013), quando afirma que a linguagem científica, quanto mais a dogmática jurídica, "não apenas descreve, mas reconstrói, adscribe e cria significados." (ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 32, p. 159-197, 2014, p. 169).

¹⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 34.

¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 59.

proposições não pertinentes ao escopo da investigação proposta, ou, em se tratando de *definição*, do conceito cognoscível. Tampouco exprime necessário dissenso com o posicionamento alheio. Ao revés, apenas direciona o objeto de estudo a partir de premissas pré-fixadas que fornecem as lentes pelas quais deve-se confrontar a investigação científica. Trata-se a definição estipulativa, então, de proposta de conceito feita pelo cientista e que não pode ser considerada falsa ou verdadeira em si mesma com base em concepções externas ao discurso¹⁹, posto que ela própria atribui uma determinada significação ao signo. O intento é justamente conferir precisão ao discurso e limitar o escopo do objeto estudado em função das opções que a própria pesquisa marcou como essenciais para a consecução dos objetivos propostos. É ferramenta e técnica que permite tornar tangível o estudo ante às multifárias aproximações científicas concebíveis para a compreensão de dado objeto.

Assim, uma vez inegável a vigente “cacofonia”²⁰ quanto à definição das lindes do conceito em exame, é capital, sempre antes de falar sobre precedentes, lembrar-se o que de fato é um precedente. Oferecer uma definição segura para a compreensão desse fenômeno para que daí se possa estudá-lo e sistematizá-lo com o ordenamento brasileiro é justamente, como já dito, a proposta deste texto.

3 TEORIA DOS PRECEDENTES NORMATIVOS VINCULANTES

O precedente é um fenômeno. E mais, é um fenômeno não limitado à argumentação jurídica. O precedente é forma de *justificação* racional que parte da noção basilar de se tratar algo, por estrito critério de equidade, da mesma forma que se tratou no passado. Emanada da natural inclinação da racionalidade humana em aplicar no futuro lições aprendidas no passado²¹ em função de critérios que aproximem as circunstâncias passada e

¹⁹ ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 32, p. 159-197, 2014, p. 177, 189.

²⁰ Expressão emprestada de Fredie Didier Jr., em palestra proferida no dia 01/08/2018 para os alunos do mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo.

²¹ GRAY, John Chipman. Judicial precedents – a short study in comparative jurisprudence. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 9, n. 1, p. 27-41, 1895, p. 27; SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 38 e MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016, p. 1.

presente em uma relação de semelhança capaz de impor o mesmo tratamento²². Enquanto fenômeno argumentativo que é; manifestação da capacidade do ser humano de racionalizar para influir no processo de tomada de decisão alheio, expande-se para as mais diversas formas de expressão da razão humana. Pode ser empregado desde a mais ampla linguagem comum e vulgar, como no caso de um irmão mais novo que demanda do pai tratamento igual ao que foi dado ao primogênito no passado²³; até na mais formalizada das linguagens lógicas, como no caso dos códigos de programação computacionais. Portanto, é um equívoco crer que a justificação por precedentes seria fenômeno que encontra restrita correspondência na argumentação jurídica, ou, ainda, no Direito. Pelo contrário, na argumentação jurídica ingere, assim como o faz, repise-se, com as mais variadas formas de manifestação do raciocínio humano.

Daí sua característica de fenômeno. Não é propriamente uma criação; uma descoberta humana. Não foi dado ao ser humano decidir, por ato de ciência, em um certo momento, que se passaria a argumentar por meio de precedentes. Muito distante disso, o precedente guarda lindes um tanto quanto intangíveis. Lindes estas que as diversas ciências se propõem a transcrever em linguagem²⁴, ou melhor, em conhecimento apreensível. Isso sem nunca olvidar da função também da qual se dota a ciência de *reconstruir*, *adscrever* e *criar* significados²⁵ pertinentes ao contexto que se pretende estudar²⁶. A partir desse

²² “The previous treatment of occurrence X in manner Y constitutes, *solely because of its historical pedigree*, a reason for treating X in manner Y if and when X again occurs.” [grifos no original] (SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, a. 3, n. 39, p. 571-605, 1987, p. 571).

²³ Referência ao exemplo encontrado em SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, a. 3, n. 39, p. 571-605, 1987, p. 572.

²⁴ Afinal, a linguagem é, por excelência, a fonte para a constituição do conhecimento. O conhecimento “é a relação entre linguagens – significações”. “É a relação que se dá entre: (1) a linguagem do sujeito cognoscente e (2) a linguagem do sujeito destinatário sobre a (3) linguagem do objeto – enunciado” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 29). Sem linguagem, pois, não há conhecimento. Não é por outra razão que Wittgenstein outrora afirmou: “que o mundo é o *meu* mundo, isto se mostra porque os limites da linguagem (da linguagem que somente eu compreendo) denotam os limites de *meu* mundo.” [grifos no original] (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1968, p. 111).

²⁵ E aqui nos reportamos novamente ao *estruturalismo argumentativo* de Humberto Ávila; à tese de que “a interpretação é um discurso composto de proposições descritivas, de enunciados reconstrutivos, de enunciados adscritivos e de formulações normativas que reconstituem o Direito a partir de elementos textuais e extratextuais e com base em argumentos, critérios e métodos” (ÁVILA, Humberto. *Ciência do direito tributário e discussão crítica*. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 32, p. 159-197, 2014, p. 189). Cf., ainda, texto específico sobre a tese: ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 29, p. 181-204, 2013.

²⁶ Quanto mais quando o objeto é artificial – criado pelo homem e para o homem, como é o caso do Direito, conforme assinala Zaneti Jr: “O direito não é natural, é artificial, e como tal deve ser tratado por obrigação de

momento que se passa a compreender o que é precedente para dado contexto, nunca antes. E é desse papel que se ocupam as diversas ciências em seus respectivos ramos de estudo. Não escapa, por óbvio, a dogmática jurídica. Ela encontrou no fenômeno do precedente fértil campo para discutir desde a racionalidade das decisões institucionais do Estado²⁷, até a capacidade de influência dos jurisdicionados nesta tomada de decisão ao se valerem da referência a outros atos institucionais pretéritos²⁸.

A característica de fenômeno racional da psique humana também induz à constatação da vagueza da afirmação daqueles que eventualmente advogam para o fato de que o uso de precedentes seria ínsito somente aos países de cultura jurídica anglo-saxônica; que seria uma *exclusividade* da tradição da *common law*. Em verdade, o precedente transcende a opção metodológica de determinado ordenamento jurídico por traços comumente albergados dentro das definições dadas à *common* ou à *civil law*. O precedente é natural à argumentação humana. A esses ordenamentos entende-se que somente é dado dar importância em maior ou menor medida a tais manifestações orgânicas de pensamento e de racionalidade. Por certo, o que pode ocorrer é questão da ordem de preponderância de tomadas de posição em favor da valoração da eficácia que terá o fenômeno para a determinação das decisões institucionais de um Estado.

coerência lógica e científica como um dado já adquirido e não refutável da nossa experiência jurídica. Os juízos de direito não são uma verdade externa e natural que determinam o justo e o injusto, mediante uma determinada filosofia da justiça ou de uma determinada moral. A tarefa de estabelecer o direito, como limites e vínculos ao poder, é uma tarefa artificial, do homem e da razão humana (...)" (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 103).

²⁷ O precedente serviria como garantidor da racionalidade das decisões judiciais, já que se parte da premissa de que aquele que o proclama o faz atento para o futuro; consciente dos efeitos que sua decisão potencialmente terá para os casos análogos a ela sucessivos (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 318). A racionalidade estaria guardada porque ter-se-ia decidido valendo-se do pressuposto de que há apenas uma decisão correta para a questão posta a julgamento, ainda que ela de fato não exista (cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.137). Sobre a ideia da única resposta correta como condição para a existência de sentido pleno no discurso jurídico, cf. ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. Trad. Manuel Atineza. México: Fontamara, 2010, p. 151.

²⁸ Capacidade de influência que não emana apenas da eficácia vinculante do precedente, mas ainda da ideia do *contraditório substancial*; do *efetivo direito* que possuem as partes de suas razões serem também determinantes na solução da questão controvertida (cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 71, 1993). Remete-se à noção do contraditório como *direito de influência* na formação da convicção do julgador, o que se crê ser a opção refletida no art. 489, § 1º, IV (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 139).

O Brasil figura como claro exemplo do que ora se afirma. Justamente em razão do equívoco em falar-se que precedente é pertinente apenas à *common law*, tampouco assiste razão à assertiva de que o precedente não teria significativa valia no raciocínio jurídico brasileiro²⁹. Primeiro, seja porque o fenômeno do precedente permeia uma ou outra tradição em maior ou menor grau; segundo, seja porque ainda que se considerasse determinante para tanto a vinculação a uma ou outra tradição jurídica, o exame histórico põe em xeque afirmação de que seria o Brasil um país tradicionalmente de *civil law*. Distante disso, pelo menos desde a Proclamação da República, é seguro encontrar, no estudo do desenvolvimento histórico do direito brasileiro, a opção por traços em prol da valoração do fenômeno do precedente. Este juízo parte da constatação de que com a outorga da Constituição Republicana de 1891 o Brasil recepcionou o *judicial review* norte-americano decorrente do julgamento *Marbury vs. Madison*, assim como também outros elementos da cultura processual constitucional estado-unidense.³⁰ Contudo, posteriormente, o direito brasileiro verteu para a recepção da tradição estatutária napoleônica, porém a nível infraconstitucional.³¹ Por essa razão, a evolução histórica do direito brasileiro foi a partir de sua gênese marcada por uma espécie de sincretismo metodológico³² de tradições jurídicas que culminou no desenvolvimento de um sistema híbrido que caracterizaria um chamado *paradoxo metodológico*³³. Referido sistema deriva da fusão de tradições percebida na cultura jurídica brasileira. Essa seria, em um ponto, codificada e caracterizada principalmente por um apego e vinculação do magistrado à legislação escrita; pela vinculação da ação ao direito subjetivo e pela cisão entre direito

²⁹ Sobre a argumentação que se segue cf. o que expomos em CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm a posteriori. *Verständnis Law Journal*, Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, out. 2018, p. 94-95 e cf. ainda ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16-23.

³⁰ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 22-23.

³¹ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 22-23.

³² Nesse sentido cf. BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 11.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual, vol. 1*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 176.

administrativo e direito privado³⁴. Todavia, ao mesmo tempo, a nível constitucional haveria a instituição de um regime de *judicial review* encontrado no modelo brasileiro de controle difuso de constitucionalidade e, ainda, a previsão de *writs* constitucionais; o prestígio dado ao pleito civil *lato sensu*³⁵ e à atipicidade das ações a que se refere o brocardo *remedies precede rights* e a gradual consolidação de uma cultura do *stare decisis*³⁶.

Nesse sentir, ainda que se queira caracterizar o Brasil enquanto ‘um país de *civil law*’, o que em si aparenta ser incidir em equívoco – ou, ao menos, em vulgarização de uma discussão mais complexa –, não há como peremptoriamente afastar o influxo do precedente no pensamento jurídico brasileiro. O precedente independe da tradição a que se associa a cultura jurídica de um Estado. Além do mais, o exame histórico evidencia que é antiga a opção, no caso do Brasil, pela valoração do raciocínio orientado no precedente³⁷, o que, em si, já coaduna com a conclusão anterior e, inclusive, infirma a pretensão de taxar a cultura jurídica brasileira enquanto manifestamente de *civil law*.

Nada disso é novidade, porém³⁸. A pretensão da digressão supra é apenas tornar evidente que não basta enfrentar o fenômeno do precedente partir de esparsos estudos legislativos ou então de exames comparatistas desprendidos da realidade na qual se

³⁴ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23.

³⁵ O pleito civil *lato sensu* é a concepção segundo a qual “se tratam pretensões de direito público, às vezes constitucional, como se tratam as pretensões de direito privado, só se reconhecendo a hierarquia das regras jurídicas (Constituição, leis ordinárias, leis, regulamentos, avisos, portarias), mas *estabelecida a justiça igual sob lei processual igual*, salvo exceções insignificantes, como a relativa ao processo executivo pelo Estado, no tocante a dívidas fiscais (...)” [grifo nosso] (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil: atualização legislativa de Sergio Bermudes*, vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 46).

³⁶ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23, 47.

³⁷ Como é possível depreender-se, por exemplo, da redação do art. 59, § 2º da redação original da Constituição Federal de 1891: “Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal *consultará a jurisprudência* dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.” [grifo nosso].

³⁸ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Guilherme Marinoni já apontavam, desde 2004 e 2010, respectivamente, não ser o fenômeno dos precedentes vinculantes algo restrito à *common law*, seja porque *stare decisis* não é o mesmo que *common law*; seja porque a *common law* já existia previamente à concepção do *stare decisis* e da *rule of precedent* ou seja porque o exame histórico constata a experiência com diversas formas de precedentes vinculantes por parte de países tipicamente classificados como de *civil law* ao longo do processo de evolução de suas respectivas culturas jurídicas, por exemplo (para mais sobre o assunto cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 23-24; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 31-32).

pretende inseri-lo. Não é possível estudar o precedente como dado posto e imutável quando no ato de conhecimento. Antes, o exame do precedente é verdadeiro *ato de decisão*³⁹ científica que irá incidir sobre o fenômeno de modo a sobre ele fazer escolhas acerca de como relacioná-lo com a hipótese objeto do estudo. Deve-se, assim, pelo menos a princípio, partir de um modelo teórico-metodológico que pretenda traduzir o fenômeno em conhecimento.

Como este trabalho pretende propor uma definição para o precedente sem olvidar da perspectiva de seu alcance para a cultura jurídica brasileira, o modelo teórico escolhido como ponto de partida é a *teoria dos precedentes normativos vinculantes* de Hermes Zaneti Jr.⁴⁰. Deste marco serão extraídas as duas primordiais premissas que orientarão o esforço de definição do fenômeno do precedente e que auxiliarão a compreender sua interpenetração na estrutura do ordenamento jurídico brasileiro.

4 A DEFINIÇÃO DE PRECEDENTE

Aqui se passa a tratar da *definição* concebida para o *conceito de 'precedente'* enquanto *fenômeno da argumentação jurídica*. E essa definição, como dito, partirá do modelo teórico proposto por Hermes Zaneti Jr. em sua *teoria dos precedentes normativos vinculantes*. A obra é fruto da experiência italiana do autor e dialoga diretamente com o produto dos seus estudos sobre o Direito Processual a partir da matriz constitucional brasileira⁴¹. Consequentemente, Zaneti Jr. propõe uma teoria para a interpretação do

³⁹ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 51.

⁴⁰ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. Também serão elementares para a construção dessas premissas principalmente os seguintes trabalhos: BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017 e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁴¹ Cf. ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 241-247. Em especial, ressalta-se o seguinte trecho: “O fato está aí, a jurisprudência densificando uma determinada interpretação do direito, quer fortemente (como nas súmulas vinculantes e nas decisões de controle de constitucionalidade), quer de maneira mais suave, autoritativa-argumentativa (como na possibilidade de julgamentos conforme a

fenômeno do precedente sem nunca fugir o olhar à experiência desse país. Parte ele mesmo de um estudo voltado a fincar as balizas capazes de permitir vislumbrar o fenômeno em uma concepção material⁴² e imediatamente relacionável à cultura jurídica do Brasil.

No ponto, sem desprezar outras características que auxiliam na tarefa de decifrar o precedente – e que serão tangencialmente enfrentadas na análise seguinte –, são basicamente dois os critérios *necessários* que permitem efetuar o corte capaz de definir o que é o ‘*precedente*’ para o propósito da argumentação jurídica e para o ordenamento jurídico brasileiro segundo o modelo teórico assumido. São eles a *pretensão de universalidade* e a *interpretação operativa*. Segundo esses dois critérios, em suma, constituirão precedentes, em sentido amplo, as decisões judiciais cujas razões suficientes e necessárias⁴³ acerca das questões postas a julgamento⁴⁴: a) são construídas a partir de um declarado intento funcional de serem posteriormente enfrentadas e obrigatoriamente observadas no contexto hierárquico institucional vertical e horizontal do Poder Judiciário e, concomitantemente; b) decorrem de atividade interpretativa nativamente capaz de engendrar novos enunciados que se acoplarão ao catálogo normativo em função da *reconstrução* do direito posto.⁴⁵

Somente acaso as razões de decidir de dada decisão se ampararem sincronicamente nesses dois pressupostos, isto é, somente se o intérprete os identificar na análise a

“jurisprudência dominantes”), denota que a criação dos tribunais é hoje, no Brasil, fonte primária do direito.” (ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 241).

⁴² O precedente em sentido material seria, segundo o autor, o caso-precedente surgido da premissa “de que os casos iguais devem ser tratados de forma igual”; “de que existe um ônus argumentativo para superar ou afastar os casos precedentes na análise do caso-atual”; que comportam pretensão de universalidade; que conferem racionalidade ao direito e “que constituírem acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para a solução de questões jurídicas” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 350, 334 e 358-359).

⁴³ “A *ratio* constitui ainda uma razão *necessária* e *suficiente* para a solução de uma dada questão: necessária é a razão imprescindível, ao passo que suficiente é aquela que basta.” [grifos no original] (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 90).

⁴⁴ É preciso o comentário de Marinoni quando afirma que a *ratio decidendi* refere-se à solução de questões postas para julgamento e não necessariamente à solução do caso em si, embora a confusão entre uma coisa e outra possa eventualmente ocorrer. Esse raciocínio torna possível falar de *razões*; de mais de uma *ratio decidendi*, que se destinam cada qual à solução de questões/pontos de direito e não à solução do próprio caso posto para julgamento. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 174-178, p. 188.

⁴⁵ Sobre a análise que se segue, confira-se CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm a posteriori. *Verständnis Law Journal*, Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, out. 2018, p. 94-97.

*posteriori*⁴⁶ da decisão pretérita será esta mesma decisão um precedente (em sentido material). Do contrário, decisões passadas, mas de cujas razões não é passível ao exegeta extrair a presença destes critérios⁴⁷, serão apenas *decisões*, nunca *precedentes*, ainda que usadas como argumento para casos a elas futuros. Essas decisões, ao revés, se inserem dentro da ordem da *jurisprudência persuasiva*⁴⁸.

5 PRECEDENTE EM SENTIDO ESTRITO E PRECEDENTE EM SENTIDO AMPLO

Previamente à análise dos critérios de distinção para a definição do precedente em uma concepção material, impera primeiro distinguir as ideias de *precedente em sentido estrito* e de *precedente em sentido amplo*. O objetivo é precisar ainda mais a clareza do discurso. Isso porque até a definição estipulativa que se sucederá nos tópicos seguintes é também sujeita à polissemia. Possui uma acepção mais estrita e uma acepção mais ampla. Logo, importa *definir a definição*, para que no curso da delimitação desta segunda fuja-se à ambiguidade que contamina o vocábulo.

A definição estipulativa que se finda nos critérios de *pretensão de universalidade e interpretação operativa* tem dois sentidos. Em sentido estrito, *precedente* será tão somente

⁴⁶ O precedente somente se cria no julgamento do caso futuro, hipótese em que a decisão passada, enquanto *texto*, é interpretada. Se o precedente é norma jurídica, e se norma é resultado, não objeto, da interpretação (TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Lima: Palestra, 2013, p. 60), jamais será o precedente constituído *a priori*, desde a hipótese do julgamento anterior. Nesse sentido cf. o que já argumentamos em CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm a posteriori. *Verständnis Law Journal*, Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, out. 2018, p. 99-100 e, em sentido similar, cf. TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 4; TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 123 e NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. Stare decisis vs. direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 490. Nem o dispositivo de lei possui qualidade de norma *a priori*, uma vez que previamente à interpretação é somente texto, não norma.

⁴⁷ A doutrina, em maior ou menor grau, tende a sempre reafirmar esses dois critérios como aqueles obrigatoriamente distintivos para definir o que é um *precedente* e o que é uma *decisão*. A exemplo, eles são destacados, ainda que não necessariamente com a mesma denominação, em MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 157-159.

⁴⁸ A divisão em duas categorias – *precedentes* e *jurisprudência* (persuasiva) – é feita “para marcar fortemente a *passagem* de um modelo de “jurisprudência” no qual as decisões não vinculam a não ser pelo conteúdo de suas razões e por seu grau de convencimento, para um modelo de “precedentes” que vincula independentemente das razões serem boas ou más aos olhos do julgados, isto porque, quando um precedente incidir, em um modelo de precedentes, ele deverá ser aplicado.” (ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 34).

a *ratio decidendi*⁴⁹ de decisão sobre questão de direito⁵⁰ em que posteriormente ambos os critérios são obrigatoriamente identificados. Em sentido amplo, porém, pode-se chamar de *precedente* a própria decisão a partir da qual a *ratio decidendi* é identificada no esforço interpretativo do julgamento do caso futuro. Então, a palavra *precedente* pode referir-se tanto às *razões da decisão* quanto à *própria decisão em si*. No sentido estrito (impróprio)⁵¹ está a concepção de precedente especificamente como *norma jurídica*⁵². No sentido amplo (próprio)⁵³ está a concepção de precedente como *decisão passada veículo de razões de decidir construídas a partir de pretensão de universalidade e interpretação operativa*.

Como o segundo sentido (sentido amplo/próprio) é o mais comumente associado ao signo⁵⁴, será ele o imanente ao uso do vocábulo *precedente* neste trabalho. Melhor que

⁴⁹ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 90. Afinal, segundo o autor, os precedentes não equivalem às decisões judiciais, mas são as razões “que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais” [grifos no original] (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 83). Em sentido próximo ao que se define, Marina Gascón explica que “the third and fundamental concept of precedent is the one which identifies sensu stricto as judicial precedent the legal criteria, principle or ground supporting a previous judicial decision which is used as a source for future decision making. In other words what is actually binding in a legal decision is the holding or ratio decidendi, i. e. the legal principles and grounds that hold or support the decision [grifos nossos] (GASCÓN, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal [Eds.]. *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Beijing, 2009, vol. III. Stuttgart/Sinzhem: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2009, p. 35).

⁵⁰ “(...) quando se destaca o raciocínio judicial para a análise das questões postas pelas partes, colocando-se à luz a solução dessas questões e não a solução do recurso ou do caso, torna-se viável pensar em suficiência de dada razão para a solução da questão, ficando claro que não apenas a decisão do caso, mas também as decisões relativas às questões devem constituir *ratio decidendi*.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 174).

⁵¹ O que chamamos de *precedente em sentido estrito* é tido por parte doutrina como o *sentindo impróprio* do precedente por tratar-se da utilização da palavra *precedente* como sinônimo de ‘*norma jurídica construída em função de uma decisão judicial anteriormente existente*’. Cf. MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 242, 2015, p. 525-526; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 77-78 e DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 442.

⁵² Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 90.

⁵³ Por outro lado, ‘*precedente enquanto a própria decisão*’ é tido como o *sentindo próprio* por parte da doutrina (Cf. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 77 e DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 441).

⁵⁴ No ponto, impera trazer a lume esclarecedor trecho de autoria de Lucas Buril, que trata da utilização da palavra *precedente* enquanto *norma* e enquanto *decisão*: “se parte da perspectiva do precedente judicial como fonte de direito: isto é, toma-se a decisão como ato jurídico que tem por eficácia (anexa) lançar-se como texto do qual se construirá uma norma. Esta norma, na teoria dos precedentes, é comumente designada de *ratio decidendi*. Este é o sentido próprio em que se invoca a palavra precedente, *embora seja possível falar em precedente como norma, em um sentido impróprio e por metonímia, como se fala em “aplicação da lei”*,

discutir qual é o sentido próprio ou impróprio do termo em si é especificar exatamente para qual deles está-se apontado. Por isso, toda vez que a referência for a *precedente* no significado de *ratio decidendi* (=norma jurídica) e não de decisão dotada de pretensão de universalidade e interpretação operativa e da qual pode provir norma jurídica, haverá a indicação do uso da definição em seu sentido estrito.

A ressalva é importante, uma vez que se ao mesmo tempo é possível dizer que o *precedente* é norma geral e concreta⁵⁵ que provém de uma espécie de decisão e que essa decisão também pode ser chamada de *precedente*, poderia falar-se em *precedente do precedente*. O sentido aqui seria o de *razões suficientes e necessárias de uma decisão construída com pretensão de universalidade e interpretação operativa para a solução de questões de direito*. Daí a digressão. A clareza do discurso científico agradece. A partir do corte metodológico (sentido estrito/definição) da primeira definição (sentido amplo), pode-se delimitar linhas seguras para minimizar ao máximo a ambiguidade inerente ao termo.

Feito isso, siga-se a precisar as notas distintivas do ‘*precedente*’ a partir de uma concepção material.

6 A PRETENSÃO DE UNIVERSALIDADE

Muitos são os fundamentos utilizados para justificar uma concepção de precedente dentro do escopo da argumentação jurídica e sua capacidade de, em menor ou maior grau, influir no julgamento de casos posteriores a ele. São comumente invocados o raciocínio da segurança jurídica - que se desdobra nos valores da previsibilidade,⁵⁶ da calculabilidade⁵⁷ e

quando, na verdade, quer-se falar em “aplicação da norma pela lei.” [grifos nossos] (MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 242, 2015, p. 525-526).

⁵⁵ Cf., por todos, ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 402-404.

⁵⁶ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, 2009, p. 129; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 33; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões vinculantes*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 100, 2000, p. 182; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 69; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 133 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 98-102.

⁵⁷ Segundo Humberto Ávila, diferentemente de *estrita* previsibilidade como a predição de uma resposta correta, o que a segurança jurídica impõe é a *calculabilidade*; o estado de coisas em que o cidadão dispõe “da

da estabilidade;⁵⁸ - o da efetividade⁵⁹ e também o da igualdade⁶⁰. Todos estes aspectos são igualmente importantes e encontram guarida em qualquer proposta que parta da análise do fenômeno do precedente para a ciência jurídica. Mas isso não significa serem eles traços necessariamente definidores do precedente. De fato, o precedente importar maior segurança jurídica não é o mesmo que dizer que uma decisão necessariamente será um precedente por sua potencial capacidade de ser parâmetro argumentativo para um julgamento futuro e, assim, otimizar a segurança do ordenamento, seja por garantir previsibilidade ou estabilidade. Tampouco é correto crer que a capacidade de o precedente promover tratamento isonômico é o mesmo que afirmar que uma decisão obrigatoriamente refere-se a um precedente quando ela dá tratamento igual a casos iguais. Decisões que fogem à concepção aqui dada ao '*precedente*' podem de igual modo conter essas características sem que isso as tornem decisões *precedentes* em acepção material. Em verdade, estes traços não definem o precedente. Portanto, importa delimitar quais critérios marcam a caracterização do precedente enquanto tal. Contudo, isso não significa ao mesmo tempo desprezar cada um dos valores acima mencionados. Eles jamais são ignorados quando se analisa precedentes. Apenas não são traços definidores da qualidade de '*precedente*'. Lado outro, são contingentes⁶¹ à categoria que os abrange; à uma *pretensão de universalidade* fundada nas premissas filosóficas do imperativo categórico kantiano⁶².

elevada capacidade de prever o número reduzido de alternativas decisórias e o espectro de tempo em que a decisão a seu respeito será tomada” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 634). Sobre o conceito, em detalhe, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 605.

⁵⁸ Cf. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 58, 128-129 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 103.

⁵⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 139-140.

⁶⁰ “As a matter of equality or formal justice, so this argument goes, essentially similar cases should be treated in the same way, just as essentially different cases should be treated differently.” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 170). Cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 154; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85-86 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111-115.

⁶¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 358-360, esp. p. 360.

⁶² Cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 361 e, ainda, GASCÓN, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal [Eds.]. *On the Philosophy of*

Essa sim é categoria que corresponde a critério *necessário* para a definição da noção básica de ‘*precedente*’.

A concepção da pretensão de universalidade é construída primordialmente com base na ideia fundamental que jaz no princípio de universalidade⁶³ (*Universalisierbarkeit*) de Kant⁶⁴ e que permeia seu imperativo categórico. Firma-se na ideia chave de existir um dever de agir conforme máximas subjetivas que se julga que deveriam ser seguidas por todos, como se houvesse um valor moral ideal passível de ser encontrado na natureza por quaisquer um dos que nela habitam. Deste modo, sugere-se que a conduta humana deve partir de atos que se pretende serem enfrentados como leis universais, porque se crê serem as máximas que os subjazem corretas, benéficas e orientadoras de um dever de agir adequado. Se buscaria, então, influenciar a convivência humana a partir de atos que consequentemente pretendem tomar como universais as máximas que os orientam. Assim, o ser humano, quando agisse moralmente, atuaria como se fosse legislador universal, pois, ao assim atuar, acabaria por pretender impor seus princípios a outrem⁶⁵.

Esse raciocínio pode ser usado para compreender o fenômeno dos precedentes, trasladando-os para incidir sobre fenômeno jurídico. Se se parte da ideia básica de que precedentes são decisões cujas razões devem - ou ao menos podem - influenciar o julgamento de casos posteriores, parece mais correto que as decisões que constituem essas razões o tenham feito com pretensão de universalidade. Isso porque tratar de

Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III. Stuttgart/Sinzhim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2009, p. 39.

⁶³ Que, em português, julgamos que melhor fosse traduzido como ‘*universalizabilidade*’, isto é, a ideia de *tomar-se algo como capaz de ser universalizado*, não como *algo ser, de fato, universal*. Essa também é a opção de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (In: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. XVIII-XIX). Manteremos, contudo, por consistência, o termo *universalidade*, vez que é aquele de maior difusão na doutrina brasileira que trata do tema de precedentes.

⁶⁴ Que corresponde, em apertada síntese, a: “[to] act only according to that maxim whereby you can at the same time will that it should become an universal law” (KANT, Immanuel. *Grounding for the metaphysics of morals*. Trad. James W. Ellington. 3. ed. Indianapolis: Hackett Pub, 1993, p. 50), já citado por ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 361 e GASCÓN, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal [Eds.]. *On the Philosophy of Precedent*: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III. Stuttgart/Sinzhim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2009, p. 39.

⁶⁵ Cf. KANT, Immanuel. *Grounding for the metaphysics of morals*. Trad. James W. Ellington. 3. ed. Indianapolis: Hackett Pub, 1993 e KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 103-111.

universalidade como critério para aferição da moral (*rectius*: racionalidade) da decisão não parte da noção apenas de ao judiciário ser imposto o dever de julgar, no presente, de igual modo foi julgado no passado. A ideia é, ao contrário, mais ampla. A universalidade, aqui, significa *proferir uma decisão ciente de que se está a presumir que essa decisão é aquela que por qualquer um sempre deverá ser encontrada para a solução de uma mesma hipótese*⁶⁶.

Deste modo, a ideia de universalidade dialoga precisamente com a noção de que a atividade do julgamento deve partir do pressuposto de que existiria tão somente uma única resposta correta para a solução da hipótese. Ademais, essa solução é pensada não somente como uma resposta para a questão julgada, mas como o paradigma a que qualquer outro julgador chegaria fosse a ele dada a mesma oportunidade de decidir sobre essa questão⁶⁷. Em suma: decidir valendo-se de resposta que se *pretende* ser por todos tomada enquanto lei *universal*; é decidir, de fato, como se sempre houvesse uma única resposta para o Direito. Por isso: *pretensão de universalidade*.

É por isso que o argumento da pretensão de universalidade melhor traduz o precedente no contexto do fenômeno jurídico⁶⁸. Se a concepção que está no cerne do

⁶⁶ GASCÓN, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal [Eds.]. *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Beijing, 2009, vol. III. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2009, p. 40.

⁶⁷ É até mesmo por isso que, ao julgar-se com pretensão de universalidade, deve sempre ter-se em mente que esse julgamento parte do pressuposto de que, por ser ele o único possível – porquanto presumidamente *correto*, no futuro certamente decidir-se-á do mesmo modo. A *decisão precedente*, por isso, não pode ser proferida atentando-se apenas para o que é o *melhor* ou o *correto* tomando somente a conjuntura que orbita o caso presente que ela invariavelmente soluciona, mas também ponderando-se acerca de se esse *correto/melhor* para o *agora* também será o *correto/melhor* para o *futuro* sobre o qual seu juízo incidirá. Esse é o chamado *forward-looking aspect* do precedente. Em esforço de síntese: “That I must treat like cases alike implies that I must decide today’s case on grounds which I am willing to adopt for the decision of future similar cases, just as much as it implies that I must today have regard to my earlier decisions in past similar cases” (MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978, p. 75). Sobre o tema, cf. SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, a. 3, n. 39, p. 571-605, 1987, p. 589 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 89.

⁶⁸ “Dizer-se que para certo e determinado caso só há uma decisão correta é, também, a ideia de que está por detrás da necessidade de que os precedentes sejam seguidos, *principalmente* nas hipóteses em que o juiz tenha exercido função visivelmente criativa.” [grifo no original] (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cada caso comporta uma única solução correta? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.228). Em especial, repare-se o destaque à função criativa do juiz. Este ponto é precisamente aquele que está inserto no segundo critério, que é a *interpretação operativa* e que será discutido no próximo tópico.

significado mínimo de precedente para o Direito é a de uma decisão que em um grau ou outro ingere na resolução de hipóteses a ele posteriores, mais correto é que decisões que funcionalmente se coloquem como precedentes pretendam universalizar suas razões. Isso significa: que essas razões sejam pensadas e construídas a partir da premissa de se tornarem paradigmas a influírem em julgamentos futuros enquanto leis universais; enquanto decisões que devem ser seguidas porque se assumem enquanto as únicas respostas corretas para a solução de dado tipo de hipótese; enquanto a única resposta a que todo órgão julgador chegaria, ou que ao menos deveria chegar, caso fosse dada a ele a oportunidade de decidir. Precedente será, então, a decisão pensada de modo a impor suas razões. Afinal, recorde-se que precedente não escapa à definição de manifestação de argumento de autoridade⁶⁹. Precedente será, então, a decisão que comporta *razões universalizáveis*. Essas são as razões suficientes e necessárias para a solução de questão decidida no julgamento precedente e que deverão ser obrigatoriamente enfrentadas no exame interpretativo futuro porque quando foram criadas assim o foram com pretensão de universalidade⁷⁰. Porque foram criadas com intento funcional de conformar a ordem institucional hierárquica tanto vertical *quanto* horizontal⁷¹.

No ponto, veja-se novamente que não é o critério da igualdade em sentido estrito que importará a conformação do juízo futuro à decisão precedente, mas a *pretensão* do órgão hierárquico em superior nível vertical/horizontal de que as suas razões de decidir sejam compreendidas enquanto regras universais, que devem ser seguidas porque criadas especificamente com esse fito; porque criadas precisamente partindo-se de uma presunção institucional de que seriam elas as únicas soluções para as hipótese enfrentadas. A princípio, o precedente não imporá tratamento igual ao caso análogo⁷² apenas em função

⁶⁹ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 85 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 86.

⁷⁰ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 359-359.

⁷¹ A referência é ao plenário e às turmas especiais dos tribunais. Conquanto não seja o mais correto falar em *hierarquia horizontal* entre as diferentes divisões administrativas de um tribunal, o termo é usado a título de esforço argumentativo, para ressaltar a importância do plenário e turmas especiais para a constituição de precedentes em detrimento das turmas ou seções comuns, como será melhor delimitado à frente. Aqui a questão é mais de competência institucional, não de hierarquia propriamente dita.

⁷² Não há, propriamente, necessidade de *igualdade* entre os casos. Basta que sejam *similares* a partir de um critério de igualdade ou distinção *relevante*, que, por princípio de justiça formal, demandará tratamento análogo para ambos (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge

da condição de igualdade relevante que se estabelece entre eles. O precedente imporá tratamento igual ao caso análogo porque, para além da analogia, suas razões de decidir são pensadas e formuladas sob a presunção de serem a únicas respostas corretas para questões discutidas em casos que se aglutinem sob os mesmos critérios de relevância.

Este será o critério distintivo e necessário para a caracterização do ‘*precedente*’. Sugere-se ser esta a regra que melhor explica, do ponto de vista da moderna concepção da teoria da argumentação, o vínculo entre o precedente e a argumentação jurídica⁷³. Não a isonomia, não a segurança jurídica e seus consectários, e também não a eficiência. Estes últimos, ao contrário de justificar o precedente, dele decorrem, porquanto albergados pela noção de universalidade que se firma no cerne do *precedente enquanto manifestação de uma pretensão de universalidade* do Poder Judiciário. Por isso são contingentes. Se há universalidade, logicamente haverá tratamento isonômico, porque a universalidade obrigatoriamente o impõe, já que se assume haver uma única resposta para aquilo que se reputa igual⁷⁴. Se há universalidade, conseqüentemente promover-se-á a segurança jurídica, porque ela fixa ferramenta de controle de arbitrariedade. Entretanto, se há isonomia e segurança jurídica, não necessariamente há universalidade. Uma decisão proferida sem pretensão de universalidade e seguida no futuro porque invocada no processo como argumento promove isonomia e segurança jurídica, ainda que não contenha pretensão de universalidade. A universalidade pressupõe a isonomia e a segurança jurídica; a recíproca não é verdadeira.

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

University Press, 2008. p. 175). Julgamos não bastar o critério da igualdade relevante, porém. Ele deve, ainda, ter sido estabelecido com pretensão de universalidade.

⁷³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 364-365.

⁷⁴ Aqui deve-se novamente ressaltar a necessidade de haver critérios para caracterizar a condição de *igualdade* entre duas instâncias. Coisas podem ser iguais a partir de certos critérios, porém diferentes a partir de outros. E ainda: coisas podem ser iguais, porém merecer tratamento díspar, porque a igualdade no caso não importa para a realização do fim. Assim, a igualdade deve sempre ser investigada partindo-se de um *critério* para a obtenção de um *fim*, como bem assevera Humberto Ávila ao explicar o postulado da igualdade (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 193). Por essas razões que quando se trata de precedentes se fala de *igualdade relevante*, como já citado. Casos sob julgamento podem ser iguais em certos pontos, mas diferentes em outros. O que demandará o tratamento equânime é a igualdade dos casos a partir da definição de *critérios* que orientam o ‘quê’ de igualdade que relevará para o *fim* proposto. Em sentido similar, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 181-183, especialmente p. 183.

6.1 PRETENSÃO DE UNIVERSALIDADE E CONFERÊNCIA DE UNIDADE AO DIREITO

Em primeiro lugar, somente serão precedentes as decisões que, para além de solucionar o caso concreto, são proferidas com o intento de suas razões de decidir servirem de parâmetro para casos análogos futuros. *Somente serão precedentes decisões com a finalidade de conferir unidade ao direito.* Esta é a chamada função nomofilática do precedente⁷⁵, que decorre precisamente de sua pretensão de universalidade⁷⁶.

Aqui poder-se-ia dizer que precedente, então, seria decisão outorgada com intuito *uniformizador*. Deve ser feita uma ressalva, porém, vez que *dar unidade e uniformizar* não é o mesmo⁷⁷. O precedente *uniformiza*, mas não porque ele decide vários casos concretos do mesmo modo, e sim porque *ele dá a ferramenta para que outros o façam*. Essa ferramenta é a conferência de *unidade ao direito*. A distinção é tênue, todavia necessária para a compreensão do precedente a partir do escopo da pretensão de universalidade. A *uniformização* é apenas decorrência mediata do caráter vinculante do precedente; decorre da conferência de *unidade* que ele promove; de sua função nomofilática. Logo, pode-se até dizer que o precedente *uniformiza*, mas isso não ocorre imediatamente, apenas *mediatamente*. Seu papel, ao revés, é *conferir unidade; unificar a interpretação sobre ponto de direito*, por assim dizer.

Daí ressaí a compreensão de que dois julgadores distintos realizam essas duas atividades distintas. Um julgador confere *unidade* a partir da pretensão de universalidade; ao proferir decisões que se propõem ser precedentes para o futuro, portanto. Outro julgador

⁷⁵ Sobre função nomofilática, analisada hoje sob a lente do Estado Constitucional, distante daquela do paradigma iluminista que invariavelmente permeou os estudos germinais a respeito da cassação, cf. CHIARLONI, Sergio. *Funzione nomofilattica e valore del precedente*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora RT, 2012 e, principalmente, TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 13-15, para quem há de falar-se em “nomofilaquia através do precedente” (p. 14). Cf., ainda, ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 362-363, que também se vale da lição de Taruffo para aclarar o contemporâneo tom da função nomofilática e sua relação com a regra da universalidade e com os precedentes de modo geral.

⁷⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 362.

⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 81.

parte desses precedentes para aplicar as normas (precedentes em sentido estrito) deles eventualmente oriundas de modo a *uniformizar* o exercício da jurisdição. Um confere *unidade*, o outro *uniformiza*. Logo, proferir precedentes não é o mesmo que *uniformizar* o direito, porque somente aqueles que os interpretam e aplicam são quem *uniformiza*; são quem repetem, em inúmeras decisões em milhares de casos concretos, as normas que os precedentes ensejam⁷⁸⁻⁷⁹. Conferir *unidade*, ao contrário, é função de quem julga com

⁷⁸ “Daí que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça – como Cortes Supremas que são – devem dar *unidade ao direito* e não propriamente uniformizá-lo. “Essas cortes não devem repetir inúmeras e inúmeras vezes diante de milhares de casos concretos a mesma solução jurídica para uniformizar a aplicação do direito no nosso país. Devem *dar unidade ao direito* a partir da solução de casos que sirvam como precedentes para guiar a interpretação futura do direito pelos demais juízes que compõe o sistema encarregado de distribuir justiça *a fim de evitar a dispersão do sistema jurídico*. Nessa linha, uniformizar é tarefa das Cortes de Justiça, que têm o dever de controlar a justiça da decisão de todos os casos a elas dirigidos – o que obviamente inclui o dever de aplicação isonômica do direito.” [grifos no original] (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 81). Este trecho de Daniel Mitidiero é preciso ao distinguir as funções de *dar unidade* e de *uniformizar*. Contudo, discordamos do autor quando afirma ele que a função que entendemos por chamar *nomofilática* exista apenas no âmbito das cortes supremas; do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no caso do Brasil (p. 83). Diferentemente, crê-se que também tribunais estaduais e regionais possam decidir certas hipóteses com pretensão de universalidade e, consequentemente em função nomofilática. Casos claros são aqueles em que o tribunal estadual, por exemplo, atua como corte vértice no controle de constitucionalidade de leis municipais e estaduais frente a uma constituição estadual ou ainda casos que discutem matérias municipais ou estaduais que não se sujeitam à revisão do STF ou do STJ [cf. BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 102-103, 301-302 e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno, tomo II*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 1.143]. Também há que se atentar que é passível de ser encontrada pretensão de universalidade nas decisões plenárias e de turmas especiais dos tribunais estaduais e regionais, que potencialmente poderão formar precedentes vinculantes. E isso, aliás, pode também decorrer de própria eleição legal, como é o que faz o art. 927, V do CPC/15. Nesse exato sentido também converge ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 406-407.

⁷⁹ Um bom exemplo deste raciocínio no direito brasileiro é a lógica do julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos prevista nos arts. 1.036 e subsequentes do Código de Processo Civil de 2015. Define o referido art. 1.036 que identificando o STJ ou o STF a “multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção”. Nesse caso, segundo o art. 1.037, incisos I e II, identificar-se-á “com precisão” a “questão submetida a julgamento” e determinar-se-á a suspensão “de todos os processos pendentes (...) que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”. Daí, então, em síntese, a respectiva corte suprema irá proferir um “acórdão paradigma” (art. 1.040) que fixará a tese jurídica sobre a questão de direito controvertida. Feito isso, segundo o art. 1.040, incisos I, II e III, os órgãos judiciários escalados abaixo da competência funcional vertical do STJ ou do STF deverão, de modo geral, aplicar a tese firmada pelo tribunal superior. Destaca-se, principalmente, a redação do art. 1.040, inciso III, segundo o qual, uma vez publicado o acórdão paradigma “os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição *retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior*”. No presente exemplo vê-se claramente que um órgão judiciário dá *unidade* à interpretação do direito (fixando uma tese via um acórdão paradigma, no exemplo) e outros partem para *uniformizá-lo* valendo-se do ato decisório que se presume conferir dita unidade. A lógica para a aplicação de precedentes é tendencialmente a mesma, no sentido da distinção entre os momentos de *unificar* e *uniformizar* o direito. Um órgão, ao decidir com

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

De fato, crer que o precedente *uniformiza* é confundir os momentos. A conferência de *unidade* decorre do passado; das decisões em razão das quais serão aplicadas normas (o precedente em sentido estrito) para o julgamento de casos futuros. A *uniformização*, ao contrário, ocorre no futuro, a partir da percepção de haver precedente (em sentido estrito) durante o exercício interpretativo do juiz que contempla a decisão passada e durante a consequente aplicação da(s) norma(s)⁸⁰ a que o precedente dá substrato. Dois momentos, portanto: *unidade*, pelo juízo passado; *uniformidade*, pelo juízo futuro. Muito embora o precedente (enquanto norma) somente seja *criado* no futuro, ou seja, *a posteriori*, porque é nesse momento em que ocorre o cotejo que alinha hipótese precedente e hipótese precedida⁸¹, a decisão que lhe serve de fundamento (precedente em sentido amplo) já foi no passado proferida com intuito de conferir *unidade*, justamente porque suas razões possuem pretensão de universalidade. A pretensão de universalidade, assim como o intuito de conferir *unidade* ao direito, portanto, já ocorreu no passado. A *uniformidade*, ao revés, que decorre da conferência de *unidade*, aí sim ocorre *a posteriori*, *mediatamente* a partir do precedente e da conferência de *unidade*, portanto.

Em síntese: *precedentes, em sentido amplo, serão as decisões que institucionalmente almejam a conferência de unidade ao direito*. Mais especificamente, e em sentido estrito, precedentes serão as *normas* aplicadas com fundamento em decisões voltadas à conferência de *unidade ao direito*. Decisões, assim, que carregam pretensão de universalidade.

pretensão de universalidade, irá potencialmente *unificar* o direito, já aqueles órgãos funcionalmente vinculados a esse primeiro irão valer-se dos precedentes daquele para *uniformizar* o exercício da jurisdição.

⁸⁰ Afinal, invariavelmente, interpretar é aplicar e aplicar é interpretar, razão pela qual ambas as coisas ocorrem no mesmo momento [GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 50 e ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 147-148].

⁸¹ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 4. No mesmo sentido já defendemos em CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm a posteriori. *Verständnis Law Journal*, Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, out. 2018, p. 99-100 e CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 133.

6.2 PRETENSÃO DE UNIVERSALIDADE, CORTES SUPREMAS E CORTES DE JUSTIÇA

Em segundo lugar, *precedentes serão decisões preponderantemente proferidas pelas chamadas Cortes Supremas*⁸², ou *Cortes de Vértice*⁸³. Aqui, a regra da universalidade revela a importância da atribuição funcional das cortes quando no processo de caracterização de um *precedente*, nos limites proposto pelo trabalho.

Isso porque se a pretensão de universalidade é fator distintivo para a definição do *precedente*, deve-se perguntar quais seriam as cortes que *institucionalmente* decidem partindo dessa pretensão. Neste caso, a resposta perpassa as premissas da conclusão anterior, de que precedentes serão as decisões que visam conferir *unidade ao direito*, porque é nesses casos em que se consegue constatar o intento institucional de decidir em pretensão de universalidade. Este critério (*unidade ao direito*) é um traço diretor para a percepção de pretensão de universalidade já que é precisamente a sua consequência imediata. Logo, pode-se configurar como cortes de precedentes por excelência as cortes institucionalmente encarregadas da conferência de unidade à interpretação do ordenamento jurídico⁸⁴. Aqui a pergunta cambia e deve-se então perguntar quais são as cortes que em dada organização judiciária contemplam julgamentos em clara função nomofilática; julgamentos que não se ocupam *apenas* da resolução justa e correta do caso concreto posto em exame.

Essas são as cortes em que há julgamentos nos quais o objetivo final não é propriamente a justiça do caso concreto, mas a fixação de razões universalizáveis; de *respostas corretas* para problemas de direito. A interpretação usada na fundamentação do julgamento, nesse último tipo de hipótese, serve não como *meio* para a resolução justa do

⁸² Cf. TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014, p. 9; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora RT, 2013, *passim* e MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, *passim*.

⁸³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 33.

⁸⁴ “(...) as Cortes Supremas não são mais cortes de controle da exata observância da legislação, *mas cortes de interpretação que procuram fornecer uma uniforme interpretação do direito* a ser aplicado pelos órgãos inferiores, pelo poder administrativo e pelos particulares nas relações privadas.” [grifos nossos] (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 315).

caso, mas como o próprio *fim* da atividade decisória⁸⁵. Afinal, se decide para a conferência de unidade. O caso concreto; o processo que lastreia essa atividade, esse sim é o *meio* para a concreção do precedente; um pretexto para a “*formulação da adequada interpretação dos dispositivos nele envolvidos*”⁸⁶. Raciocínio contrário ocorre nos julgamentos desprovidos de pretensão de universalidade e de função nomofilática. Nessas hipóteses, a interpretação é o *meio* para a obtenção de um julgamento justo. E esse julgamento justo, a sua vez, é o *fim*; a finalidade orgânica a esse tipo de decisão. Evidente é que nas duas hipóteses há interpretação. Contudo, o que distingue a natureza de um julgamento de outro e a constatação de uma pretensão de universalidade definidora da decisão enquanto *precedente* é o *motivo* pelo qual se interpreta: em um julgamento se interpreta com o fim próprio de se interpretar; no outro, se interpreta para solucionar corretamente um caso individualmente considerado⁸⁷.

Indubitavelmente, ao se pensar em julgamentos que encerram a intenção de conferência de unidade ao direito, a remissão lógica é às cortes de vértice; às cortes supremas. Nesse sentido, a doutrina trata da distinção ideal entre duas espécies de cortes, as Cortes de Justiça e as Cortes de Precedentes⁸⁸. As primeiras estariam encarregadas tão somente da resolução justa de casos e, por isso, profeririam decisões sem pretensão de universalidade. Já as segundas, situadas no topo da escala judiciária, possuiriam o fim máximo de conformar a compreensão do direito vigente e, por isso, sua atividade interpretativa seria fim em si mesma. Tratar-se-ia de uma distinção conhecida na doutrina: às primeiras caberia a resolução de controvérsias (*resolution of disputes*) e às segundas ampliar e enriquecer o arcabouço de normas do ordenamento jurídico (*enrichment of the supply of legal rules*)⁸⁹.

No entanto, ocorre que esta cisão ideal inexiste na configuração funcional do Judiciário brasileiro. Aqui, de um lado, as cortes de vértice por excelência, quais sejam, o

⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 77.

⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 77.

⁸⁷ Este raciocínio é extraído principalmente da lição de Daniel Mitidiero (*Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 77-78). A recepção é com ressalvas, porém, como as linhas seguintes melhor explanam.

⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora RT, 2013, *passim*; porém, mais especificamente, p. 30-31 e MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 75.

⁸⁹ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 4, já citado também por MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 76.

Superior Tribunal Federal – quando no controle de constitucionalidade - e o Superior Tribunal de Justiça – quando no controle de legalidade -, cuidam também de julgamentos mirando a resolução do caso concreto⁹⁰. E, de outro lado, as cortes de justiça por excelência, quais sejam, os Tribunais de Justiça; os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Regionais do Trabalho, cuidam também de decisões mirando a unidade do direito a nível estadual. Em verdade, as cortes de justiça brasileiras tangencialmente proferem julgamentos com distinta pretensão de universalidade. Por exemplo, este é o caso no controle difuso de constitucionalidade em *full bench* pelos tribunais de segunda instância (art. 97 da Constituição Federal); no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 985, do CPC/15); no julgamento do incidente de assunção de competência (art. 947, §3º, CPC/15) e nos julgamentos do pleno e dos órgãos especializados em matérias específicas (como direito administrativo e direito previdenciário) dos tribunais de segunda instância (art. 927, V, CPC/15)⁹¹. Em todas essas hipóteses, o intento é especificamente conformar o julgamento tanto do próprio tribunal quanto dos juízes de primeiro grau a ele vinculados. Trata-se da função institucional atribuída às cortes para, nos julgamentos dessas estirpes, conferir unidade ao direito, ainda que em níveis escalonados da hierarquia judiciária. De fato, o *fim funcional* aí é claramente dar a última palavra a nível estadual. Nestes casos não se objetiva tão somente a justiça do caso concreto, mas definir a correta interpretação do direito. Também nestes casos, pois, como ocorre nas cortes de vértice, a interpretação configura a finalidade precípua do julgamento e o caso concreto o *meio* para trazer a lume a controvérsia jurídica sobre a qual se pretende dar unidade.

Por isso, é temerário afirmar que, no caso brasileiro, somente as cortes de vértice profeririam precedentes⁹² – repise-se: entendidos enquanto decisões proferidas com pretensão de universalidade que importam conferência de unidade ao direito (função

⁹⁰ Como é o caso do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário como forma de controle retrospectivo da justa decisão quanto ao direito subjetivo do litigante – muito embora, no caso do RE possa-se questionar esta afirmativa, já que, diante da EC/45, passou-se a exigir o exame da repercussão geral pelo pleno do STF para a admissão do recurso (art. 102, § 2º da Constituição Federal), com o que poderia se pressupor que uma confirmação de repercussão geral por dois terços do Tribunal significaria delegar à turma julgadora a capacidade de decidir com pretensão de universalidade.

⁹¹ Sobre esses últimos casos, confira-se, em maior detalhe: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 163-166, 170-172.

⁹² Como faz Mitidero em *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 75, 83.

nomofilática). Este até poderia ser o cenário óptimo a uma organização judiciária que lida com precedentes vinculantes. Este ponto é passível de ser sustentado. Entretanto, não é como o ordenamento brasileiro estrutura a sua organização judiciária. Desse modo, não é defeso; mas correto, afirmar que a pretensão de universalidade também existe em uma série de julgamento de tribunais de segunda instância que, por conseguinte, também proferem decisões materialmente enquadráveis enquanto *precedentes*⁹³. Assim, parece melhor vincular o conceito de precedente não à corte que o profere, mas à espécie de julgamento em que proferido. Conquanto julgamentos com pretensão de universalidade sejam remetidos principalmente às cortes de vértice, eles também ocorrem a nível de segunda instância. E isso remonta tão somente a como o ordenamento distribui funções às divisões do Judiciário. Por isso que se afirma que os precedentes se referem apenas *preponderantemente*⁹⁴ à atividade interpretativa das cortes de vértice, no caso da experiência brasileira.

Esse raciocínio vivifica-se ao se contemplar a existência de competência legislativa estadual e municipal (art. 24 e 30 da Constituição Federal). Quanto a essas matérias, a discussão a nível do judiciário estadual, seja pelo pleno; seja pelas turmas especializadas e especiais, por exemplo, é precisamente firmar *a última e presumidamente única resposta correta* para a matéria legislada pelo estado ou município. Nesses casos, as “cortes de justiça” muito bem estariam atuando em função análoga a do Superior Tribunal de Justiça

⁹³ Raciocínio semelhante, como já citado, é exposto por Samuel Meira Brasil Jr. [cf. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 102-103] e Cândido Rangel Dinamarco (cf. *Fundamentos do processo civil moderno, tomo II*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 1.143), quando defendem que às cortes de justiça seria interessante caber proferir súmulas com efeito vinculante. Afinal, seriam essas as *últimas* cortes responsáveis por apreciar muitas causas referentes a direito municipal ou estadual. Sobre o ponto, afirma Dinamarco: “Como os temas referentes a direito estadual e municipal não são capazes de levar os processos ao Supremo ou aos Tribunais Superiores, a última instância nessas causas é representada por aqueles [tribunais locais]. E, sabido que também nessa matéria ocorre muita repetição de teses e consequente dispersão de julgados conflitantes, seria de toda conveniência que também os tribunais locais fossem autorizados a editar súmulas vinculantes – sempre, nos limites das questões sobre as quais emitem o julgamento último.” (*Fundamentos do processo civil moderno, tomo II*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 1.143).

⁹⁴ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 359, 406 e CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 115.

e do Supremo Tribunal federal quanto ao controle de legalidade e constitucionalidade⁹⁵, respectivamente. Seriam, pois, *cortes de vértice para matéria estadual e municipal*.

Em síntese: *conquanto o precedente remeta primariamente às cortes de vértice, a organização institucional do modelo brasileiro permite que também se identifique precedentes nos julgamentos dos tribunais de segunda instância*. O que importa, no final, é que do julgamento – não importa de qual corte - seja passível de encontrar-se pretensão de universalidade que intenta especificamente conferir unidade ao direito: constitucional, federal, estadual ou municipal.

6.3 PRETENSÃO DE UNIVERSALIDADE E RACIONALIDADE

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

Isso decorre do fato de que a pretensão de universalidade parte da premissa de que os precedentes foram prolatados e funcionalmente pensados para serem parâmetros decisórios para a conformação de casos futuros análogos⁹⁶. O precedente foi construído, então, como decisão universalizável que parte da presunção institucional de que comporta ele a única resposta correta para a questão jurídica discutida⁹⁷. Nesse sentir, atua como parâmetro *imposto* pelas cortes para determinar o acerto de uma decisão que enfrenta situação jurídica análoga à decidida no passado.

A partir daí, com a fixação do que seria a única resposta correta para determinada hipótese, o precedente aterra uma lacuna decorrente da amplitude do *discursivamente*

⁹⁵ Neste ponto, recorde-se das limitações do Supremo Tribunal Federal quanto ao controle da constitucionalidade das leis municipais, excetuada a hipótese de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e lembre-se também do controle difuso e do *full bench*, que atribuem precipuamente à corte local o dever de controlar a constitucionalidade de matéria estadual e municipal.

⁹⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 359.

⁹⁷ Lembre-se, novamente, que mais do que servir como solução para o caso, o precedente pode compor solução-parâmetro para cada uma das questões discutidas em dado caso paradigma. Afinal, recorde-se também que o cúmulo de pedidos não é nada distante de verdadeiro cúmulo de demandas, ou seja, de *casos*, de modo que um precedente pode, em verdade, estar decidindo sobre *vários casos*, e não sobre *o caso*. Sobre isso, em detalhe, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 174-178 e 188.

possível em direito⁹⁸. Por se presumir ser certa exclusivamente a resposta que encampa, logicamente as demais passam a não o ser, e, assim, o discurso jurídico na resolução de caso análogo futuro encontra limites discursivos/textuais⁹⁹ previamente impostos e dificilmente superáveis¹⁰⁰. Deste modo, o precedente resultante da regra de universalidade surge como claro mecanismo de controle do subjetivismo judicial. Nega o ativismo, de fato. Consiste em estabelecer critérios eminentemente objetivos destinados a “guiar a interpretação futura do direito pelos demais juízes”¹⁰¹ de modo a garantir a uniformidade e a continuidade deste direito¹⁰² ao propor “um ulterior fechamento do discurso jurídico por uma metodologia de controle de sua aplicação”¹⁰³.

O precedente, por derradeiro, ao definir o que é possível no discurso jurídico acaba por de certa forma paralelamente estatuir aquilo que *não é*. Em função disso, o precedente serve para pôr termo às *acrobacias hermenêuticas* e às *manobras exegéticas*¹⁰⁴ que

⁹⁸ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2007, p. 380.

⁹⁹ Esses limites são análogos àqueles encontrados no texto/linguagem da Lei e da Constituição. O precedente, porquanto também *texto a ser interpretado* (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 148) serve, pois, tal qual a Lei e a Constituição, como limite objetivo (arcabouço textual) para a concreção das normas que nele se embasam no momento da aplicação destas pelo juiz futuro.

¹⁰⁰ “O problema central do positivismo, ao qual uma adequada teoria da argumentação, dos princípios e dos precedentes tenta responder, é exatamente o da arbitrariedade resultante da “livre” criação no espaço deixado na chamada “zona de penumbra” para o juiz. *A tarefa das contemporâneas teorias da argumentação, dos princípios como normas e dos precedentes vinculantes é justamente criar limites discursivos e normativos a esta liberdade.*” [grifos nossos] (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 154).

¹⁰¹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 81

¹⁰² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 315.

¹⁰³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 359.

¹⁰⁴ As expressões surgem como figura de linguagem para representar as famigeradas inferências hermenêuticas oriundas de uma suposta liberdade argumentativa infinita que simplesmente inexiste tomadas as balizas do ordenamento, principalmente as constitucionais. Sobre isso, confira-se o agudo comentário da doutrina: “A expressão “princípio jurídico” tem sido uma presença freqüente em decisões judiciais e na doutrina brasileiras. A expressão foi popularizada entre os profissionais e teóricos do direito no Brasil a partir de uma leitura direta ou, freqüentemente, indireta de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy. *Ironicamente, um conceito que foi originalmente elaborado como forma de estabelecer critérios de racionalidade que limitam a discricionariedade judicial é mais comumente associado no Brasil a um instrumento que permite ao juiz mais liberdade em relação à lei e ao direito posto.* De fato, os princípios são muitas vezes utilizados por tribunais e doutrinadores como uma forma de eliminar as dificuldades postas por regras complexas e/ou que destoam da concepção de justiça do juiz ou escritor. (...) O que se coloca em questão a partir do modo como os princípios jurídicos vêm sendo utilizados tanto na doutrina como na prática do direito brasileiro é a própria noção de que o direito é algo criado dinamicamente pela comunidade política e não algo derivado de um conjunto abstrato e vago de bens ou valores por especialistas que têm um *insight* privilegiado sobre como esses bens e valores fundamentais devem conformar nossas instituições e decisões

paradoxalmente há longo surgiram como fenômenos reflexos da constatação da distinção entre texto e norma e da concessão de eficácia normativa à princípios – esses postulados teóricos cujo alvo foi precisamente o risco de indesejável arbitrariedade no proceder do Estado-juiz¹⁰⁵. Por isso que, a despeito das críticas de paleojuspositivistas disfarçados, outrora se afirmou que o precedente propõe garantir a aplicação da constituição e da legislação, “mesmo quando interpretações ativistas dos juízes procurem negar vigência e validade aos direitos nelas previstos”¹⁰⁶. O problema não é propriamente um *ativismo*, mas *quem decide em função primariamente criativa (rectius: reconstrutiva)*¹⁰⁷. O que não pode

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

¹⁰⁵ Cf. MICHELON, Claudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. *Edinburgh School of Law Working Paper Series*, Edinburgh, p. 1-38, 2009, p. 1-6.

¹⁰⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 326.

¹⁰⁷ Não se está a vincular-se a uma teoria propriamente declarativa ou criativa do direito. Se for para alinhar-se a alguma posição teórica rotulada, a opção seria na linha da *teoria circular dos planos* discutida em ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 189-217. Superado isto, defende-se simplesmente que o processo interpretativo, por partir do ordenamento em atividade tendencialmente cognitiva (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 156) e por temperá-lo com as particularidades fáticas do caso interpretado e com os valores juridicizados pelo próprio legislador constitucional ou infraconstitucional, é capaz de devolver *algo de novo* ao direito positivo, com o que se costuma falar em *criação do direito*. Mais tecnicamente, porém, o processo interpretativo *reconstrói* o ordenamento – não propriamente *cria direito* -, já que sempre dele *parte* e a ele *adscreve* novo significado; engendra novos *textos dotados de autoridade* que passarão a integrar o catálogo normativo ao dispor do intérprete subsequente. Logo, no máximo estar-se-ia falando em *criação* de texto, não de *direito*, ou talvez em *reconstrução do direito* por meio da *criação* de novos *textos*. Quanto à esta discussão, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional nas perspectivas das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 50-51; MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 42, n. 272, p. 85-125, out. 2017, p. 98-102, 110 (especialmente no tocante ao papel do processo judicial nesse contexto reconstrutivo) e, ainda, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 53-54 e MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 68, 85. Ideia próxima também é compartilhada por representantes da Escola de São Paulo de Processo, como pode conferir-se em BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalidade e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Eli Pierre (Org.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 23; BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 71-72; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 26-27; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 265 e, finalmente, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cada caso comporta uma única solução correta? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial, volume II*. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 1.228.

ocorrer – e isso é dito com a cautela que o tema exige – é interpretação ativista de juízes aos quais não é dado decidir em pretensão de universalidade. Sobre aqueles, porém, a que o ordenamento – e não só ele, mas a compreensão corrente do papel das cortes enquanto fonte democrática e primária de direito¹⁰⁸ – delega a tarefa de decidir em pretensão de universalidade não se pode falar em *ativismo judicial*, porquanto enriquecer o direito legislado é precisamente sua função institucional¹⁰⁹. O argumento da disfunção sistêmica que existe na *praxis* simplesmente não é científico, porque parte para a negativa de uma concepção teórica partindo de patologias¹¹⁰. Patologias estas que a própria imagem teórica pretende corrigir. No ponto, importa recordar que analisar qualquer construção teórica partindo de seu possível mau uso; ou de seu existente mau uso, é tornar irresistível à crítica qualquer concepção que seja¹¹¹.

Do exposto, ressaí a potencialidade imanente ao precedente de conferir *racionalidade* à manifestação do fenômeno jurídico. E isso deriva especificamente em razão do mecanismo de controle que a regra da universalidade engendra.

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

7 A INTERPRETAÇÃO OPERATIVA

O segundo critério *necessariamente* distintivo para a definição de *precedente* proposta é a chamada *interpretação operativa*. O conceito é propriamente de Luigi Ferrajoli, de texto de 1966¹¹², posteriormente desenvolvido por Józef Wróblewski¹¹³, e

¹⁰⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 85.

¹⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 76-77.

¹¹⁰ “No ponto, devo expressar, em corte metodológico, que o discurso científico não se ocupa das patologias.” (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 75).

¹¹¹ No mesmo sentido: “Caso se parta da premissa do mau uso de um instituto para rejeitá-lo, nenhum fenômeno processual resistirá à crítica.” (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 64).

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 43, p. 290-304, 1966.

utilizado por Zaneti Jr.¹¹⁴ para distinguir em qual sentido deve ocorrer a atividade interpretativa capaz de conferir a uma decisão judicial a qualidade de *precedente*.

Assume-se a distinção teórica entre texto e norma para propor que é somente no momento da decisão que o magistrado, ao decidir em expressão típica de interpretação operativa, parte do texto, ou ainda de elementos não-textuais¹¹⁵ para determinar o sentido da norma jurídica legal¹¹⁶ e a ela acrescentar conteúdo normativo reconstruído¹¹⁷. Nesse particular, o paradigma decisório funciona tal qual como se a corte inserisse no ordenamento novos *textos*¹¹⁸ *excluindo*¹¹⁹, *flexibilizando* e *complementando*¹²⁰ antecedentes e consequentes normativos, ou, de modo mais amplo, *reconstruindo*¹²¹ o catalogo de enunciados normativos de um ordenamento; ou ainda, mais simplesmente, *prolatando textos a partir dos quais normas* (precedente em sentido estrito) *serão aplicadas no momento de julgamento do caso futuro*. Não é por outro motivo que a densificação normativa do ordenamento pelos precedentes é alinhada à ideia de *glosar*¹²²

¹¹³ WRÓBLEWSKI, Jérzy. Legal decision and its justification. *Logique et Analyse*. n. 53-54, p. 409-419, 1971.

¹¹⁴ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 164-169, 333-334. Cf., ainda, ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, n. 257, p. 371-388, jul. 2016, p. 380.

¹¹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 57.

¹¹⁶ Na expressão de Wróblewski: “Interpretative decision is needed when the law-applying organ has doubts concerning the meaning of the norm to be applied. This is an ‘operative interpretation’, which takes place when there is no “isomorphy” between the case in question and the legal norm at hand” (WRÓBLEWSKI, Jérzy. Legal decision and its justification. *Logique et Analyse*. n. 53-54, p. 409-419, 1971, p. 413).

¹¹⁷ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, n. 257, p. 371-388, jul. 2016, p. 380.

¹¹⁸ Recorde-se que precedente é texto. Cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 148;

¹¹⁹ Como ocorre no caso de interpretação voltada à solução de antinomias. Em sentido parecido cf. ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 32, p. 159-197, 2014, p. 172.

¹²⁰ Como ocorre no caso de interpretação voltada a colmatar de lacunas. Em sentido parecido cf. ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 32, p. 159-197, 2014, p. 172.

¹²¹ Cf. os já citados OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional nas perspectivas das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 50-51; MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 42, n. 272, p. 85-125, out. 2017, p. 98-102, 110; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 53-54 e MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 68, 85.

¹²² “Serão precedentes apenas aqueles casos que constituírem acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para a solução de questões jurídicas.” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*:

os estatutos legais já preexistentes. Os precedentes (em sentido amplo) serão, então, textos insertos ao ordenamento via interpretação durante a atividade jurisdicional e também em razão dos quais será possível compor, agora no momento da atividade interpretativa do juízo posterior, as normas jurídicas (precedente em sentido estrito) aplicáveis ao caso análogo. Precedentes serão, pois, casos nos quais o judiciário atua como verdadeiro *glosador* dos textos legais, neles inserindo novos textos voltados à resolução de situações jurídicas cada vez mais específicas.

A utilização deste parâmetro para classificar a decisão enquanto um *precedente* parte da premissa de que somente há de se falar em precedente se a atividade judicial acrescenta algo ao ordenamento jurídico. Como as cortes de precedentes atuam, via função nomofilática, no sentido de densificar o ordenamento jurídico sobre o qual se desdobram para a resolução dos casos propostos, constituirá *precedente* somente aquela decisão cujas razões primem pela reconstrução do direito estatutário; de cujas razões resultem *efeitos jurídicos normativos* para os casos futuros¹²³; razões construídas, enfim, em uma *interpretação operativa*.

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

7.1 INTERPRETAÇÃO OPERATIVA E SUBSUNÇÃO

Em primeiro lugar, *não será precedente a decisão que somente soluciona a questão por aplicação de lei (= texto) que não é objeto de controvérsia, em exercício tipicamente subsuntivo*¹²⁴.

Nesses casos, a eficácia vinculante para o caso futuro não decorrerá da decisão pretérita, mas da própria lei. Aqui, a decisão “serve apenas para afirmar a

teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 334)” No mesmo sentido: “Much case law takes the form of glosses upon statute law.”. (MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 144).

¹²³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 334.

¹²⁴ Cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 333-334 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 158-159.

constitucionalidade e a adequação daquela particular interpretação”¹²⁵. Somente quando a decisão componha raciocínio interpretativo que agregue significado ao ordenamento por conceber texto normativo distinto para o caso em exame é que poderá falar-se em precedente. De modo inverso, isto é, diante da interpretação que apenas enquadra a hipótese fática no texto já contido no estatuto, o constrangimento para a decisão conforme dá-se a partir do estatuto apenas¹²⁶. Dito assim, decisão posterior que reverberar a interpretação dada por esta primeira estará tão somente ecoando a regra legal e não qualquer precedente.

7.2 INTERPRETAÇÃO OPERATIVA E PRECEDENTE JÁ EXISTENTE

Em segundo lugar, *tampouco é precedente a decisão que apenas aplica precedente a ela anterior*¹²⁷.

Nesses casos, a eficácia vinculante decorrerá da primeira decisão que decidiu em interpretação operativa. Se uma decisão presente reverbera a *ratio decidendi* de precedente anterior sem a partir dele agir em nova interpretação operativa, isto é, sem a partir dele “fazer qualquer especificação nova ao caso”¹²⁸, será a decisão anterior, não a decisão presente, um precedente para o caso futuro. Dito de outro modo, será do primeiro precedente¹²⁹ que promanará eficácia vinculante que constrange o juízo para casos futuros; decisões que o aplicam somente serão meras decisões, jamais precedentes.

7.3 INTERPRETAÇÃO OPERATIVA E PRETENSÃO DE UNIVERSALIDADE

¹²⁵ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 334.

¹²⁶ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 52.

¹²⁷ Igualmente, cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 333-334 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 158.

¹²⁸ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 333.

¹²⁹ Afinal, só há precedente se há interpretação operativa. Se uma decisão posterior ao primeiro precedente dele diverge e interpreta operativamente o primeiro de modo a conceber nova especificação para o caso, então será ele um novo precedente; um *primeiro precedente* de uma cadeia decisória que pode (i) aplicá-lo sem novas especificações, hipótese em que a eficácia vinculante decorrerá dele e não das decisões que o aplicam – como explicado neste tópico ou (ii) dele partir em nova interpretação operativa e assim firmar novo precedente que instituirá nova cadeia decisória – como ele mesmo fez no início deste exemplo.

Em terceiro lugar, *não basta, para a caracterização de precedente, somente a identificação da pretensão de universalidade*¹³⁰.

Para além disso, deve-se também na decisão encontrar a ocorrência de interpretação operativa no ato do julgamento precedente, que objetiva a enunciação “de regra jurídica ou de princípio universalizável”¹³¹. Há de ocorrer a confluência dos dois fenômenos¹³². Sem qualquer um deles não há *precedente*, em sentido material, mas decisão cabível a outra categoria que não essa. Nessa esteira, a interpretação operativa e a pretensão de universalidade atuam em caráter de complementariedade. A interpretação operativa condiz com a capacidade de a decisão promover a densificação do direito posto pela inserção de novos textos normativos no ordenamento, ao passo em que a regra de universalidade promove a exigência institucional de que esses textos sejam enfrentados no julgamento de casos futuros análogos, porque quando foram concebidos, o foram com expressa *pretensão* de conformar os esquemas hierárquicos em razão da sua presunção de correção. Sem a interpretação operativa, a pretensão de universalidade perde a substância para *conferir unidade ao direito*; sem a pretensão de universalidade a interpretação operativa carece de *meio* para atuar de modo a garantir a racionalidade do ordenamento ao conferir a solução para caso análogo.

8 CONCLUSÕES

Este trabalho buscou oferecer uma resposta objetiva para a pergunta: o que *define* um precedente judicial em uma feição material?

Como visto, a resposta perpassa a percepção, pelo juízo futuro, da existência de duas características na atividade julgadora do julgador-precedente: pretensão de universalidade e interpretação operativa. A primeira funda-se no princípio da universalidade oriundo do imperativo categórico de Kant e parte da premissa de existir, nas estruturas do Judiciário,

¹³⁰ Cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 334.

¹³¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 334.

¹³² Essa também aparenta ser a opção de Marinoni em *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 157-159, muito embora o autor, em seu texto, não se valha exatamente da terminologia ora utilizada.

juizadores institucionalmente incumbidos de resolver controvérsias interpretativas como se existisse uma única resposta no Direito que presumidamente os demais órgãos desse Judiciário deveriam encontrar se a eles fosse dada a oportunidade de julgar. A segunda remete ao exercício interpretativo dos enunciados normativos capaz de *adscrever* significado ao texto legal e, assim, devolver conteúdo normativo reconstruído ao ordenamento.

Somente se uma decisão se ancorar concomitantemente nesses dois pressupostos haverá que se falar em *precedente* e que por natureza é *vinculante*; capaz de conformar o julgamento futuro independentemente de suas razões serem consideradas boas ou ruins. Do contrário, na falta de um desses dois traços, a decisão passada será mera *decisão*; mero *exemplo* pertencente à categoria da *jurisprudência persuasiva*, e sua eventual eficácia vinculante decorrerá da capacidade de convencimento de suas razões.

Definido, pois, o que é *precedente* em sentido material para uma teoria normativa de precedentes, pode-se seguramente passar-se a estudar o fenômeno com objetividade e a tratar do modelo eleito pelo Código de Processo Civil de 2015.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. Trad. Manuel Atineza. México: Fontamara, 2010.
- _____. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2007.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- _____. Ciência do direito tributário e discussão crítica. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 32, p. 159-197, 2014.
- _____. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 29, p. 181-204, 2013.
- _____. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalidade e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Eli Pierre (Org.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- _____. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.
- CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora RT, 2012.
- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CUNHA, Gabriel Sardenberg; BRASIL JR., Samuel Meira. Precedent as a norm *a posteriori*. *Verständnis Law Journal*, Miami, v. 1, special issue, p. 93-103, out. 2018.
- DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR, Fredie *et al* (coord.) *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual, vol. 1*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.
- _____. *Decisões vinculantes*. Revista de Processo, São Paulo, n. 100, 2000.

- _____. *Fundamentos do processo civil moderno, tomo II*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- EISENBERG, Melvin A. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 43, p. 290-304, 1966.
- GASCÓN, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal [Eds.]. *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Beijing, 2009, vol. III. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- GRAY, John Chipman. Judicial precedents – a short study in comparative jurisprudence. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 9, n. 1, p. 27-41, 1895.
- KANT, Immanuel. *Grounding for the metaphysics of morals*. Trad. James W. Ellington. 3. ed. Indianapolis: Hackett Pub, 1993.
- _____. *Crítica da razão prática*. Trad. Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- _____. *Rhetoric and the rule of law: legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 2005.
- MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016.
- MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 242, 2015.
- _____. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

- MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 42, n. 272, p. 85-125, out. 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MICHELON, Claudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. *Edinburgh School of Law Working Paper Series*, Edinburgh, p. 1-38, 2009.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil: atualização legislativa de Sergio Bermudes*, vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2017.
- _____. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora RT, 2013.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- _____. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.
- NERY JR., Nelson; ABBOUD, Georges. Stare decisis vs. direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 71, 1993.
- _____. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional nas perspectivas das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, a. 3, n. 39, p. 571-605, 1987.
- _____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

- TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Lima: Palestra, 2013.
- TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, 2014.
- TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Notas sobre a organização e a tradução. In: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. Parâmetros de eficácia e critérios do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- VILANOVA, Lourival. *Sôbre o conceito do direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947.
- _____. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi, 2003.
- _____. O problema do objeto da Teoria Geral do Estado. *Escritos jurídicos e filosóficos*, vol. 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, 2009.
- _____. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. Cada caso comporta uma única solução correta? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1968.
- WRÓBLEWSKI, Józef. Legal decision and its justification. *Logique et Analyse*. n. 53-54, p. 409-419, 1971.
- ZANETI JR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, n. 257, p. 371-388, jul. 2016.

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

_____. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.