



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

THÚLIO MESQUITA TELES DE CARVALHO

**PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES E CONCEITOS JURÍDICOS
INDETERMINADOS: CONTRIBUIÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
DE 2015 PARA A APLICAÇÃO DE EXPRESSÕES VAGAS**

FORTALEZA

2016

THÚLIO MESQUITA TELES DE CARVALHO

**PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES E CONCEITOS JURÍDICOS
INDETERMINADOS: CONTRIBUIÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
DE 2015 PARA A APLICAÇÃO DE EXPRESSÕES VAGAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof.^a Ma. Janaína Soares
Noleto Castelo Branco

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

C329p Carvalho, Thúlio Mesquita Teles de.

Precedentes judiciais vinculantes e conceitos jurídicos indeterminados: contribuições do Código de Processo Civil de 2015 para a aplicação de expressões vagas / Thúlio Mesquita Teles de Carvalho. – 2016.
132 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, , Fortaleza, 2016.
Orientação: Profa. Ma. Janaína Soares Noleto Castelo Branco.

1. Precedentes judiciais. 2. Conceitos jurídicos indeterminados. 3. Novo Código de Processo Civil. I.
Título.

CDD

THÚLIO MESQUITA TELES DE CARVALHO

PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES E CONCEITOS JURÍDICOS
INDETERMINADOS: CONTRIBUIÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE
2015 PARA A APLICAÇÃO DE EXPRESSÕES VAGAS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Ma. Janaína Soares Noleto Castelo Branco (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Jader de Figueiredo Correia Neto
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Ednalva e João,
com amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

À toda minha família pelo amor e pela presença constantes, sem a qual nada seria possível. Aos meus pais, Ednalva e João, sempre atenciosos. Aos meus irmãos, Thiago e Themístocles. Às minhas cunhadas, Layra e Aline. Aos meus sobrinhos, Caio, Thales e Thércio. À minha querida Aurilene.

À minha orientadora, Janaína Noleto, professora exemplar e pesquisadora apaixonada pelo processo, a quem agradeço por ter aceitado ser minha orientadora. Ao professor Marcelo Guerra e ao mestrandinho Jader de Figueiredo por terem aceitado meu convite para compor a banca.

Aos meus colegas e amigos da Faculdade de Direito que me acompanharem neste percurso, em especial para Marjorie Sousa, Victor Teixeira, Ygor Aquino, José Maria Arcanjo, Mário Sérgio Barros Leal, Camilla Catunda, Italo Tomaz, Ricardo Facundo, Lucas Andrade, Mateus Barreto, Monalisa Rocha, Davi Rocha, Piero Barbacovi, Nadja Pontes, Isabelli Cysne, Beatriz Azevedo, Rafael Nogueira, Messias Adriano, Lucas Brendo, Pedro Erick Araújo, Davi Guimarães, Lara Dourado, Cairo Trévia, Kalil Santiago, Vitor Hugo Butrago, entre outros que poderiam igualmente ser citados. Postumamente, a Mardônio Freire Jr.

Aos terceirizados, aos servidores e aos docentes da Faculdade de Direito, em especial para os terceirizados da limpeza “Seu” Moura e da biblioteca Fabrício e Maria das Graças e para os professores William Marques pela condução da Coordenação, Tarin Mont’Alverne pela orientação de pesquisa no GEDAI e pela contribuição no Projeto Verde Luz, Dimas Macedo pelo monitoria em Constitucional II, Cândido Albuquerque pela condução da Diretoria e pela orientação no Projeto Verde Luz, Hugo de Brito Segundo pela orientação no Simpósio de Direito Internacional da UFC e Uinie Caminha pela orientação na Sociedade Acadêmica Fran Martins. À hoje doutoranda Tainah Sales pela orientação de pesquisa no CEDIC. Aos profissionais da Xerox, em especial para Marcelo, Caio e Moises “Xuxu”.

Às minhas chefas (e professoras) de estágio, Carolina Botelho na Defensoria Pública da União e Lidianne Uchoa no Sindifort.

Aos eternos amigos de Farias Brito, Edilson Teixeira, Túlio Franco, Monique Gomes, Lia Wagner, Gabriella Amâncio, Régis Paiva, Fabrício Moura, Adélia Cristina e Khalil Basílio.

“As ideias nos chegam quando lhes apraz, e não quando queremos. As melhores ideias ocorrem da forma que Ihering descreve: ao fumarmos um charuto no sofá. Não obstante, elas certamente não nos ocorreriam se não tivéssemos pensado à mesa e buscado respostas com dedicação apaixonada.” (Max Weber)

“A possibilidade de lutar com palavras, em vez de lutar com armas, constitui o fundamento da nossa civilização.” (Karl Popper)

“A verdadeira dificuldade não está em aceitar ideias novas, mas em escapar das antigas.” (John Maynard Keynes)

“Libertei mil escravos. Poderia ter libertado outros mil se eles soubessem que eram escravos.” (Harriet Tubman)

“O discurso não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também, aquilo que é o objeto do desejo; e visto que o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que e pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar.” (Michael Foucault)

“O poder do advogado está ancorado na incerteza da lei.” (Jeremy Bentham)

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar, revisitando aspectos teóricos dos conceitos jurídicos indeterminados e da doutrina dos precedentes vinculantes, as contribuições do microssistema de precedentes vinculantes do CPC de 2015 para a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. A metodologia adotada foi bibliográfica, a partir de contribuições da doutrina nacional e estrangeira sobre conceitos jurídicos indeterminados e procedentes judiciais, e analítica, com base no Código Processo Civil de 2015 e na prática judiciária brasileira. Os conceitos jurídicos indeterminados são enunciações textuais inseridas a uma norma jurídica com substância significativa variável conforme a ponderação valorativa sobre o caso concreto e que precisam se submeter a um prévio processo de concretização antes de sua aplicação. Apesar da maior flexibilidade do Direito, os conceitos vagos trazem maiores incertezas semânticas. Como alternativa, o sistema de precedentes permite contrabalancear a instabilidade semântica e, ao mesmo tempo, permite um controle mais rigoroso da discricionariedade judicial. Ademais, o sistema jurídico brasileiro encontra-se há algum tempo profundamente imerso no movimento de convergência entre as tradições do *civil law* e do *common law*, com a utilização cada vez mais corrente de decisões jurisprudenciais como fonte do Direito. Com um sistema estruturado e racionalizado de operacionalização de precedentes judiciais esculpido no CPC de 2015, facilita-se a construção de um quadro conceitual das expressões jurídicas vagas, bem como se fornecem instrumentos para sistematizar as distinções e superações das *rationes decidendi*, permitindo maior previsibilidade jurídica. Embora não possamos esperar transformações repentinhas, o novo Código de Processo Civil, com todo um aparato legislativo hábil, traz uma forte expectativa de mudança no jeito brasileiro de lidar com precedentes judiciais, de forma a garantir que os conceitos jurídicos indeterminados sejam compreendidos de forma mais objetiva e operacionalizados de maneira mais transparente.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Conceitos jurídicos indeterminados. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

This work has as scope to analyze, revisiting some theoretical aspects on the indeterminate legal concepts and on the doctrine of *stare decisis*, the contributions of microsystem of binding precedents of the Brazilian Civil Procedural Code of 2015 over the application of indeterminate legal concepts. The methodology used was bibliographic, regarding the contributions of national and foreign doctrine on indeterminate legal concepts and judicial precedents, and analytical, based upon the Brazilian Civil Procedure Code of 2015 and the current judicial practices in Brazil. The indeterminate legal concepts are textual utterances inserted onto a legal ruling which have significant variable meaning depending on the evaluative consideration of the case and demand a concretization process prior to the application. Nevertheless the wider flexibility of the law, the vague concepts bring also more semantic uncertainties. As a solution, the system of precedents provides a counterbalance to the semantic instability and, at the same time, allows a more strict control over judicial discretion. In addition, the Brazilian legal system is since a long ago immersed in the convergence movement between the traditions of civil law and common law, using increasingly judicial decisions as a source of law. With a structured and streamlined system to operationalize precedents as the new Brazilian Civil Procedural Code's, the construction of a conceptual framework for legal vague expressions gets much easier, as so to systematize the distinguishings and overrulings, achieving a bigger legal certainty. Although we cannot expect sudden changes, the new Civil Procedure Code, with all its skillful legislative apparatus, brings strong expectations of change in the Brazilian way of dealing with judicial precedents, in order for the indeterminate legal concepts to apply more objectively and to operate more transparently.

Keywords: Judicial precedents. Indeterminate legal concepts. New Civil Procedure Code.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzesbuch</i>
CPC	Código de Processo Civil
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IAC	Incidente de Assunção de Competência
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro
REsp	Recurso Especial
REX	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i>
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	20
1.1. Considerações iniciais sobre conceitos jurídicos indeterminados	20
1.1.1. Delegação legislativa	21
1.1.2. Cuidados diante da vaguezza do texto	24
1.1.3. Utilidade do emprego legislativo de termos vagos	25
1.2. Histórico dos conceitos jurídicos indeterminados	27
1.2.1. Relação entre legislativo e judiciário	27
1.2.2. Revisão da teoria das fontes do direito	30
1.3. Classificação dos conceitos vagos	33
1.3.1. Conceitos jurídicos indeterminados	34
1.3.2. Conceitos normativos	35
1.3.3. Discretariedade	37
1.3.4. Cláusulas gerais	39
1.4. Importância dos precedentes judiciais para os conceitos jurídicos indeterminados	41
1.4.1. Fechamento do sistema pelos precedentes	42
1.4.2. Tratamento isonômico no Direito	43
1.4.3. Prejuízos da insegurança sobre os conceitos vagos	45
1.4.4. Importância dos precedentes na concretização dos conceitos vagos	46
2. ASPECTOS RELEVANTES DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PARA A APLICAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	48
2.1. Aspectos introdutórios sobre precedentes judiciais	49
2.2. Críticas sobre o sistema de precedentes	50
2.2.1. Risco de engessamento do Direito	50
2.2.2. Independência do julgador	52
2.2.3. Problema de legitimidade dos precedentes	52
2.2.4. Crítica de Jeremy Bentham ao <i>dog-law</i>	53
2.2.5. Crítica de Karl Larenz à efetividade dos precedentes	54
2.2.6. Precedente como garantidor da isonomia	56

2.2.7.	Precedente como garantidor da previsibilidade	56
2.3.	Argumentação por precedentes	58
2.3.1.	Precedentes na vida social em geral	59
2.3.2.	Historicidade dos precedentes	60
2.3.3.	Concretização de conceitos vagos por precedentes	61
2.4.	Vinculação dos precedentes	62
2.4.1.	Precedentes como fonte do direito	62
2.4.2.	Partes autoritativas dos precedentes	65
2.4.2.1.	<i>Obter dictum</i>	66
2.4.2.2.	<i>Ratio decidendi</i>	67
2.5.	Aplicação dos precedentes	72
2.5.1.	Requisitos democráticos para aplicar precedentes	73
2.5.2.	Distinção entre precedentes (<i>distinguishing</i>)	76
2.6.	Dinâmica dos precedentes	78
2.6.1.	Superação dos precedentes (<i>overruling</i>)	79
2.7.	Precedentes judiciais na tradição jurídica comparada	81
2.7.1.	<i>Civil law</i> ou tradição continental	81
2.7.2.	<i>Common law</i> ou tradição anglo-saxã	82
2.7.3.	Diferenças entre as tradições	83
2.7.4.	Convergência das tradições jurídicas	84
3.	MICROSSISTEMA DE FORMAÇÃO CONCENTRADA DE PRECEDENTES VINCULANTES PARA A APLICAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	88
3.1.	Microssistema de precedentes vinculantes e contexto de vigência	88
3.1.1.	Críticas ao sistema atual de precedentes	89
3.2.	Fundamentação da sentença e formação do precedente no novo Código de Processo Civil	91
3.2.1.	Dever de concretização dos conceitos jurídicos indeterminados	91
3.2.1.1.	Concretização como requisito de validade das decisões judiciais	92
3.2.1.2.	Vedaçāo às enunciações performativas	93
3.2.1.3.	Casos concretos relativos de concretização de conceitos jurídicos indeterminados	95
3.2.1.4.	Problema na formação dos precedentes brasileiros	98
3.2.2.	Concretização comparticipativa dos conceitos vagos	100

3.2.2.1.	Modelo comparticipativo do processo judicial	100
3.2.2.2.	Contraditório material para a concretização comparticipativa	103
3.3.	Deveres dos tribunais e <i>stare decisis</i> horizontal	107
3.3.1.	Dever de uniformidade	107
3.3.2.	Dever de publicidade	108
3.3.3.	Deveres de coerência e de integridade	109
3.3.3.1.	Coerência da jurisprudência	109
3.3.3.2.	Integridade da jurisprudência	111
3.3.4.	Dever de estabilidade	112
3.4.	Precedentes formalmente vinculantes e <i>stare decisis</i> vertical	112
3.4.1.	Microssistema de julgamento de casos repetitivos	114
3.4.1.1.	Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)	116
3.4.2.	Incidente de assunção de competência (IAC)	118
4.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	125

INTRODUÇÃO

A interpretação não é própria apenas da natureza do Direito, mas da própria vivência humana enquanto subjetividade que busca compreender o mundo ao redor. A compreensão dos acontecimentos do mundo não se resume ao desvelamento de um sentido oculto que subjaz aos objetos observados. Ao contrário, a compreensão é resultado do sujeito que se lança ao mundo empírico a fim de lhe atribuir um sentido, de forma a torná-lo cognoscível.

Entender o mundo (e o Direito) não é simplesmente buscar descrever o que se observa, pois o mero ato de descrição já acarreta em atribuir àquele mundo uma fisionomia que decorre da leitura de seu descritor. Ao descrever o mundo, o sujeito está dando sua versão simbólica daquilo que a ele se apresenta e, consequentemente, contribuindo para a construção da compreensão de um objeto que não seria possível sem a sua contribuição descritiva. O que o homem toma por *mundo* não é o mundo em si, mas o resultado de sua compreensão sobre aquela experiência empírica de mundo.

Se há um *algo* objetivo externo ao sujeito, a sua compreensão passa por um necessário processo de compreensão. A compreensão, por sua vez, é intermediada linguisticamente pela atribuição de sentido ao *algo* no mundo. O grande atributo do gênio humano é, a partir do nada-de-sentido, encontrar um algo-semântico. Desde os gregos até a modernidade, o pensamento ocidental encarou os questionamentos sobre o mundo como a busca por uma metafísica perdida e que a missão do sujeito seria desvelar a essência que subjaz àquele objeto. Platonicamente, seria como a anamnese de Fédon. Trazendo uma alegoria, seria como dizer que, ao esculpir a estátua de Davi, nada mais fez Michelangelo do que retirar o excesso de rocha e permitir que a estátua, já oculta na rocha, surgisse.

A abordagem aqui, porém, é distinta. O nosso Michelangelo, de fato, criou a estátua de Davi. Não haveria a estátua sem a intervenção criativa do escultor sobre a rocha. Sem a subjetividade, não haveria o objeto compreendido como tal. Analogamente, no campo hermenêutico, o intérprete é sujeito ativo da criação do objeto de interpretação. Por conseguinte, o intérprete não é um mero agente declaratório de um algo pré-existente, pois o mero ato de “declarar” já incorre em uma inovação, em maior

ou menor sentido. Esta é uma premissa epistemológica indispensável para compreender a inter-relação entre expressões vagas e sistema de precedentes.

A objetividade não está propriamente no objeto em si, mas sobre o que se comprehende pelo objeto. A objetividade de um conceito jurídico vago não está na auto-evidência de seu significado ou na expectativa de que todos os juízes, por compartilharem da mesma razão universal, chegarão à mesma conclusão sobre o sentido de uma determinada expressão legal. Ao contrário, é possível que se chegue a conclusões díspares, contraditórias e igualmente razoáveis do ponto de vista argumentativo.

Quando se fala em decisões incompatíveis, o risco de contradições dentro do sistema se potencializa quando se trata de expressões vagas que permitem ao intérprete conferir-lhes valorações distintas – embora possíveis e razoáveis, por muitas vezes –, implicando em decisões contraditórias a depender do julgador. Como consequência, o Direito se torna terra de incertezas, o que prejudica a aplicação jurídica igualitária e republicana, bem como produz um campo minado ao exercício de direitos. Afinal, a incerteza sobre o que é permitido ou proibido, sobre o lícito ou ilícito, sobre o devido e o abuso pode facilmente inibir a efetivação de relações jurídicas.

Por diversas questões históricas, políticas, sociais, jurídicas e econômicas, as expressões vagas vêm ganhando mais presença e mais normatividade nos sistemas jurídicos nacionais. Conceitos jurídicos indeterminados, por exemplo, vêm se proliferando mundo afora. Seus maiores méritos são permitir que o direito legislativo sobreviva eficazmente por um maior espaço de tempo e viabilizar que o Direito satisfaça melhor às demandas sociais e históricas a partir de uma maior flexibilidade semântica. Contudo, a maior insegurança jurídica é um ônus que aparece frequentemente junto à vagueza dos termos.

O grau de abstração que o legislador atribuiu ao texto, quando se utilizou de conceitos jurídicos indeterminados, embora confira maior liberdade para a atuação judicial, incumbe ao juiz um dever especial de fundamentação ao decidir com base em expressões vagas. Diferentemente de um enunciado normativo do qual é possível extrair uma prescrição normativa objetiva, independente de qualquer etapa prévia de densificação e justificação e a partir de um processo de aplicação por subsunção, os conceitos jurídicos indeterminados precisam ser valorados com base em conhecimentos

jurídicos e extrajurídicos associados conceitualmente ao caso concreto. Enfim, os conceitos vagos precisão passar pelo já trabalhado processo de concretização.

No Brasil, em especial, a imprecisão das categorias jurídicas vem carretando instabilidades de ordem democrática (no sentido da isonomia), social, política e econômica, bem como abre espaço para questionamento sobre a legitimidade da atividade jurisdicional. Em grande parte, estes problemas são decorrentes de inconsistências no momento de aplicar os conceitos jurídicos indeterminados. Como já dito, o emprego de uma determinada expressão jurídica aberta pode ser diametralmente oposto a depender do órgão responsável por julgar, no que se convencionou chamar de jurisprudência lotérica.

Também é comum a escassez de critérios e de fundamentação no momento de decidir com base em expressões vagas. Indo de encontro com as reais pretensões teleológicas do legislador, muitos julgadores se aproveitam de conceitos jurídicos indeterminados como cartas brancas para decidir conforme sua “consciência”. Evidentemente, a experiência demonstra que julgamentos baseados puramente no subjetivismo e na concepção de justiça particular do julgador não é a melhor resposta a dar para os sujeitos processuais e para a sociedade que precisam de parâmetros objetivos para determinar suas condutas.

Para aproveitar a flexibilidade dos conceitos vagos com segurança jurídica, é necessário buscarmos o resgate da objetividade do Direito. Entendendo que a compreensão sobre os textos normativos se faz a partir de uma convergência social acerca da semântica mais adequada, o desenvolvimento de um sistema estruturado e racional de precedentes é uma saída possível para reconciliar as vaguezas legislativas com a objetividade na aplicação do Direito.

O sistema de precedentes deve ser compreendido como mecanismo importante para conferir consistência ao discurso jurídico e para devolver a unicidade do exercício da jurisdição. Não se pode, afinal, admitir que situações jurídicas idênticas possam receber tratamentos contraditórios a depender do juiz ou do tribunal responsáveis por julgar a respectiva demanda.

O direito brasileiro já vem experimentando há tempos com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, em especial a partir da redemocratização em 1988.

Contudo, convivemos ainda com dificuldades em atribuir segurança e objetividade no emprego destes mesmos conceitos. Muito embora, por vezes, haja uma razoável produção doutrinária (e até consensos) sobre os termos legais, muito raramente enxergamos igual consistência nas instâncias judiciais.

Um possível rompimento com este percurso de instabilidade e inconsistência é o microssistema de precedentes vinculantes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, que busca a racionalização da jurisprudência nacional. As inovações no sentido de conferir maior vigor e obrigatoriedade às decisões judiciais são diversas, tais como os deveres dos tribunais em manter sua jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente e a previsão de um rol exemplificativo de precedente obrigatórios, bem como outros institutos jurídicos que gravitam em todos dos precedentes, como a Reclamação e a Improcedência Liminar do Pedido.

Neste sentido, o presente trabalho tem por escopo analisar, revisitando aspectos teóricos dos conceitos jurídicos indeterminados e da doutrina dos precedentes vinculantes, as contribuições do microssistema de precedentes vinculantes do CPC de 2015 para a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. O primeiro capítulo trata dos conceitos jurídicos indeterminados em si, analisando aspectos relativos à sua definição e às classificações possíveis, bem como trazendo um arcabouço histórico do desenvolvimento destes enquanto fonte do Direito. Preparando o leitor para o capítulo seguinte, conclui-se com as contribuições dos precedentes à luz da doutrina dos conceitos jurídicos vagos.

O segundo capítulo trata de aspectos relevantes da teoria dos precedentes judiciais para a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Tendo em vista a tradição predominantemente de *civil law* que se encontra no Brasil, cuidou-se de início em desconstruir algumas críticas relevantes que se contrapõe ao sistema de precedentes, o qual é predominante na tradição do *common law*. Em seguida, trabalha-se a argumentação por precedentes, fundamental para compreender a sistemática dos precedentes em si, e depois a vinculação dos precedentes, que estuda a natureza da decisão judicial enquanto fonte do Direito. Em seguida, analisamos a aplicação e a superação dos precedentes que são fundamentais para compreender como encarar os precedentes de forma ativa e dinâmica. Por fim, abrindo caminho para tratar da

dogmática do novo código processual em si, analisamos o choque entre as tradições jurídicas e o contínuo processo de aproximação entre elas.

Diga-se que os dois capítulos iniciais não são meramente introdutórios ao terceiro, pois já trazem instrumentos teóricos intimamente relacionados com as contribuições do novo diploma adjetivo. A especificidade do terceiro capítulo é tratar da dogmática do CPC de 2015 em si, sem se aprofundar em questões teóricas previamente estudadas, embora as pressupondo.

Enfim, no terceiro capítulo, estudamos o microssistema de formação concentrada de precedentes vinculantes para a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, bem como alguns institutos processuais que gravitam no seu entorno e alguns pressupostos jurídicos para a formação dos precedentes. O estudo se inicia com a fundamentação das decisões judiciais e formação do precedente no novo Código de Processo Civil, desenvolvendo especialmente a noção de concretização de conceitos vagos. Em seguida, chegamos aos deveres dos tribunais (*stare decisis* horizontal) e, depois, aos precedentes formalmente vinculantes (*stare decisis* vertical).

A metodologia adotada foi bibliográfica, condensando as contribuições da doutrina nacional e estrangeira sobre conceitos jurídicos indeterminados e precedentes judiciais, e analítica, com base no Código Processo Civil de 2015 e na prática judiciária no Brasil hoje. Também foi feito um breve estudo jurisprudencial que resultou na apresentação de alguns casos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, conforme se vê no Capítulo 3.

No Brasil, o estudo e a sistematização dos precedentes é ainda raso, embora venha ganhado corpo nos últimos anos. Por exemplo, pela falta de um efetivo sistema de precedentes vinculantes, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* ainda é um campo pouco explorado pela doutrina nacional. Adotando a divisão mais típica das decisões judiciais (relatório, fundamentação e dispositivo), tem-se que a *ratio decidendi* se manifesta, em especial, na fundamentação. O relatório traz os fatos que levaram àquela decisão. Nesta primeira parte encontramos as premissas sobre as quais se forma a manifestação judicial. Na fundamentação, o julgador articula logicamente as premissas fáticas e o substrato jurídico que tem à sua disposição, a fim de encontrar uma resposta para o caso concreto. Por fim, o dispositivo é o resultado, a conclusão do esforço mental desenvolvido na fundamentação.

O sistema de precedentes permite contrabalancear a instabilidade semântica trazida pela mudança de método legislativo e, ao mesmo tempo, permite um controle mais rigoroso da discricionariedade judicial. Se por um lado os conceitos jurídicos indeterminados abrem o sistema para que mais situações fáticas sejam devidamente reguladas, pelo outro lado os precedentes permitem o fechamento do sistema por conferir mais concretude aos conceitos abertos a partir da concatenação de paradigmas decisórios que, por analogia fática, poderão ser aproveitados para conferir isonomia de tratamento jurídico a casos semelhantes.

A adequada operacionalização dos precedentes também se mostra um importante instrumento para alcançar a comunhão entre o preceito normativo e as circunstâncias do caso concreto. Se por um lado os conceitos jurídicos indeterminados se afastam da concretude pela abstração, por outro lado os precedentes devolvem a concretude às expressões normativas, pois se aproveitam do método indutivo de produção das normas jurídicas. O processo da construção conceitual por via indutiva, em linha geral, é como a montagem de um quebra-cabeça, em que aos poucos as peças vão se encaixando e somente ao final se terá a completa dimensão e formatação da imagem que antes era fragmentos. O quebra-cabeça, apesar de manter sua fisionomia geral, está em eterna renovação, substituindo peças ultrapassadas por outras mais satisfatórias, como parte de um processo dinâmico de ressignificação.

CAPÍTULO 1 – CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

O primeiro capítulo do presente trabalho monográfico dedica-se ao estudo dos conceitos jurídicos indeterminados, em especial seu contexto de uso legislativo, suas características enquanto enunciado normativo e sua relação com os precedentes judiciais. Dotados de especial abstração, os conceitos jurídicos indeterminados se inserem num campo limítrofe entre o típico exercício da jurisdição e a atividade legislativa, uma vez que conferem mais espaço para a atuação do juiz para completar o trabalho de construção da norma jurídica.

Mas, para começo de conversa, o que seria um “conceito jurídico indeterminado”? A expressão merece ser dissecada. Em primeiro lugar, vale compreender o que seria um “conceito”. Para tal, é necessário entender a distinção linguística de signo, significante e significado. O signo é a expressão linguística dotada de materialidade que remete a certa representação mental, como a expressão “quatro”. O signo se divide em duas dimensões: (i) significante; e (ii) significado. Metaforicamente, o signo seria uma moeda, da qual o significante e o significado são as faces. O significante consiste na dimensão material do ato de fala, isto é, nos sons e nas representações gráficas por si. Já o significado repousa no campo do intelecto e das ideias, isto é, trata-se da resultante intelectiva que se extrai das referências simbólicas oferecidas pelo significando. Os conceitos consistem em signos, aqui em específico, que se manifestam por meio de transcrições textuais. O signo linguístico do “quatro”, por exemplo, pode se manifestar de modos distintos, como “IV” ou “4”, mas o significado (o resultado intelectual da representação) é o mesmo: a unidade numérica inteira de quantidade que se encontra entre o “três” e o “cinco”.

Prosseguindo, trata-se de um conceito “jurídico” por se inserir no campo discursivo do Direito (leia-se conjunto de normas sociais dotadas de juridicidade, ou ordenamento jurídico), por ser uma variável semântica necessária para a estruturação de uma prescrição normativa reconhecida como jurídica ou para a indicação de um estado

de coisas a ser atingido por meio do Direito. Em especial para este trabalho, o “jurídico” se refere a expressões inseridas expressamente em leis ou na Constituição Federal.

Por fim, mas não menos importante, trata-se de um conceito jurídico “indeterminado”, pois há imprecisão semântica acerca da dimensão do campo ideológico da expressão normativa. Apesar de o significante (a expressão gráfica) ser objetivamente (ou empiricamente) aferível por compor o texto, há incerteza sobre o conceito (tanto em abstrato, quanto em concreto, embora aqui em menor grau) a que aquela enunciação remete. Assim, há certa margem para a interferência da subjetividade do aplicador do Direito no momento em que aquela expressão for operada para determinar a incidência da norma ou as consequências de sua incidência. Afinal, expressões abertas como “função social” ou “boa-fé” podem remeter a percepções opostas a depender daquele que se incumbe a interpretá-las e do problema prático que se oferece.

Com efeito, por conceitos jurídicos indeterminados, entendem-se as enunciações textuais inseridas a uma norma jurídica com substância significativa variável conforme a ponderação valorativa sobre o caso concreto. Do ponto de vista legislativo, os conceitos jurídicos indeterminados se tratam de expressões normativas às quais o legislador não conferiu certeza suficiente sobre seu sentido para a sua aplicação ao caso concreto. Fala Karl Engisch (2010, p. 196-197) que se trata de uma delegação legislativa ao concretizador final da norma, seja o juiz, seja o administrador, sobre o qual recai o encargo de determinar o conteúdo final daquela prescrição, por meio de um necessário processo de valoração (*Wertung*). Como será desenvolvido ao longo do trabalho, em especial no Capítulo 3, a concretização consiste em elemento indispensável para a fundamentação judicial.

1.1. DELEGAÇÃO LEGISLATIVA

Estes conceitos abertos são abstrações adotadas pelo legislador com a finalidade de conferir aplicador do direito certa margem de atuação (*Spielraum*) para resolver o caso concreto respeitando suas peculiaridades. (ENGISCH, 2010, p. 203) Portanto, conceitos jurídicos indeterminados são construídos a partir de exercícios de abstração. Como ensina Karl Larenz (1997, p. 625), mediante a eliminação de notas particulares

podem ser formados conceitos de mais elevado grau de abstração aos quais se podem subsumir todos aqueles que lhe estão subordinados, o que se chama aqui de abstrativização normativa. Despindo seletivamente a enunciação normativa de aspectos casuísticos e particulares, o legislador pretende conferir um trato adequado e isonômico a maior variedade de casos concretos possíveis.

Do ponto de vista linguístico, o conceito jurídico indeterminado é uma penumbra semântica (*Schattenlinie*). (ENGISCH, 2010, p. 189) Emerso no subjetivo e no relativo do seu entorno, os contornos do conceito se submetem a uma constante dúvida e a permanentes reinterpretações. O texto abstrato não pode ser compreendido sem o seu contexto. Pode-se fazer uma analogia hermenêutica a uma poesia lida por sujeitos (ou até pelo mesmo sujeito) em contextos pessoais, temporais e sociais distintos. A poesia sempre terá seu conteúdo moldado pelo sujeito e influenciado pelas circunstâncias históricas e culturais nas quais se insere. Como ensina Gadamer (2010, p. 01), a compreensão e a interpretação de textos não são somente uma preocupação da ciência, mas também pertencem, ao que parece, à vivência de mundo do sujeito como um todo.¹ As mesmas palavras trazem ensinamentos às vezes muito diversos para cada um, por vezes incompatíveis entre si. Semelhante se passa no campo jurídico, as mesmas expressões empregadas em contextos de aplicação diversos podem levar a conclusões opostas, embora razoáveis e justificáveis juridicamente.

Engisch (2010, p. 189) destaca que os conceitos jurídicos indeterminados definem-se pela sua multissignificação e ambivalência (*Vieldeutigkeit*). Não se tratam, portanto, de expressões vazias de significação. Ao contrário, eles são expressões que nos remetem a uma vasta gama de hipóteses atreladas a carga valorativa de suas significações *a priori*. Estes conceitos de textura muito aberta nos remetem a determinados fins normativos que servem nos guiar as soluções jurídicas mais idôneas a atingir aqueles fins. Esta espécie conceitual derruba o modelo de subsunção comum na compreensão tradicional do Direito, uma vez que o interprete pode ser levado a diversos iteres hermenêuticos igualmente possíveis e justificáveis. Não é possível aqui a mera transfusão da disposição legal ao caso discutido, pois a própria norma a se aplicar é um objeto em construção. Não se trata de rejeitar a subjunção enquanto exercício lógico-linear de proposição de soluções jurídicas possíveis, mas sim de acrescentar uma nova

¹ Do original: “*Verstehen und Auslegen von Texten ist nur ein Anliegen der Wissenschaft, sondern gehört offenbar zur menschlichen Welterfahrung insgesamt.*”

variável ao processo de aplicação do Direito: a compreensão hermenêutica, baseada num processo circular de ressignificação dos enunciados abstratos, a fim de adequá-los ao caso concreto e ao contexto histórico-cultural em que se inserem.

O professor alemão Karl Larenz (2008, p. 645) desconstrói a crença, alimentada por muitos juristas tradicionais, de que a aplicação do Direito consiste numa simples subsunção lógica. Afirma que a parte da subsunção lógica na aplicação do Direito é muito menor do que a metodologia tradicional supôs e a maioria dos juristas crê, pois é impossível repartir a multiplicidade dos processos da vida significativos num sistema tão minuciosamente pensado de compartimentos estanques e imutáveis, como se bastasse destacá-los para encontrá-los um a um em cada um desses compartimentos. É impossível, pois os fenômenos da vida não apresentam fronteiras tão rígidas como exige o sistema conceitual. É impossível, pois a vida produz constantemente novas configurações. Portanto, sistemas conceituais que se pretendem ao isolamento neles mesmos tendem a se tornar insuficientes devido à sua inidoneidade em tratar os problemas sociais adequadamente.

Espécies de conceitos jurídicos indeterminados são estes: “boa-fé” (art. 113, CC; art. 187, CC; art. 5º, CPC), “função social” (art. 182, *caput*, CF; art. 182, *caput*, CF; art. 421, CC; art. 2.035, p. u., CC), “bem comum” (art. 5º, LINDB), “bons costumes”, “relevância e urgência” (art. 62, *caput*, CF), “imperativos da segurança nacional” (art. 173, *caput*, CF), “ordem pública” (art. 312, *caput*, CPP; art. 4º, Lei nº 8.437/92), “probabilidade do direito” (art. 300, *caput*, CPC), “utilidade pública” (art. 2º c/c 5º, Decreto-Lei 3.365/41), “hipossuficiência” (art. 6º, VIII, CDC), “manifesta situação de vulnerabilidade” (art. 190, p. u., CPC), “estabilidade, integridade e coerência” (Art. 926, *caput*, CPC), “miserabilidade” (art. 20, § 11º, Lei nº 8.742/93), “idoneidade moral” (art. 12, II, ‘a’, CF) e “relevante valor social” (art. 65, III, “a”, CP).

No contexto democrático, o legislador confere abstração a determinadas enunciações normativas com o intuito de viabilizar que, a luz do caso concreto, o efetivador do Direito possua instrumentos jurídicos suficientes para aplicar a solução mais satisfatória à “justiça” do caso concreto, aqui entendida especialmente a efetivação dos direitos fundamentais. Não se trata da atribuição de um poder *em si*, mas de um poder-dever. Não se trata de uma licença para arbitrariedades ou para efetivação de sua

justiça pessoal, mas sim de uma delegação para julgar conforme os princípios basilares do ordenamento jurídico.

1.2. CUIDADOS DIANTE DA VAGUEZA DO TEXTO

O emprego de expressões vagas na legislação tem seus altos e baixos, especialmente quando se discute a proteção do direito de liberdade *lato sensu*. Ao tratar do processo de descodificação do Direito, desde o final do séc. XIX, Zaneti Jr., (2015, p. 109-111) trata da fragilização virtuosa do princípio da legalidade. Tal fragilização se manifesta em duas esferas: (i) na legalidade civil, em que se tem a fragilização virtuosa; e (ii) na penal, em que se tem a fragilização não-virtuosa. No campo civil, a previsão de normas com suporte fático aberto e consequência jurídica aberta é do interesse do ordenamento jurídico, porque permite uma maior efetividade na tutela dos direitos fundamentais sociais e o controle mais efetivo das funções sociais previstas para os direitos de liberdade. Já nos campos do direito de natureza sancionatória, como o direito penal, as mesmas normas abertas podem trazer prejuízos graves ao modelo de garantias contra abusos e arbitrariedades estatais. (ZANETI Jr., 2015, p. 382-383)

Como já alertava Justus Wilhelm Hedemann em "*Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*" (1933), logo após a ascensão do nacional-socialismo alemão, o afrouxamento (*Auflockerung*) legislativo também pode ser utilizado para cometer abusos pelas autoridades sob o manto da legalidade. (SCHROEDER, online) Portanto, é necessário, para evitar que o exercício do arbítrio no Direito possa se transformar em abuso *conforme* o Direito, que se multipliquem os mecanismos de controle sobre o exercício do poder de punir. Embora os precedentes possam ser aproveitados como instrumento fundamental para devolver a legitimação e segurança contra abusos do Estado-juiz – como será desenvolvido ao longo deste trabalho –, os conceitos jurídicos indeterminados penais precisam ser objeto de bastante cautela por abrirem perigosas brechas à garantias fundamentais.

Outro perigo são os enunciados performativos decorrentes de fundamentações judiciais capengas. Tratando da discricionariedade judicial, Lênio Streck (2014, p. 65) expõe forte preocupação a respeito dos enunciados performativos. Afirma o autor que não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação, a razoabilidade e a

proporcionalidade foram transformadas em enunciados performativos. Explica que uma expressão performativa não se refere a algo existente, nem a uma ideia qualquer; a simples enunciação faz emergir a sua significação. O professor assevera que as enunciações performativas são um algo semântico “incontestável”, “imune a críticas”, “dado desde sempre” e “que a mera evocação já é um ‘em si mesmo’”. Enfim, é um fenômeno linguístico de forte violência simbólica que produz o “sentido próprio” e o “próprio sentido”. O tema será debatido com mais profundidade no Capítulo 3.

1.3. UTILIDADES NORMATIVAS DO EMPREGO LEGISLATIVO DE TERMOS VAGOS

O bom exemplo para compreender bem esta noção é trazido por Bandeira de Mello (2012, p. 34), quando trabalha com as expressões “pobreza” e “salário-mínimo”. O professor traz duas hipóteses de regulação normativa distinta. No primeiro caso, diz-se que têm direito a internamento gratuito nos hospitais públicos os doentes que ganharem apenas um salário-mínimo. Seria uma forma possível de criar o *dover administrativo* de internamento gratuito para determinados sujeitos, sem qualquer discricionariedade ao administrador. A principal vantagem desta sistemática seria prover um critério claro e objetivo para a concessão do atendimento. No segundo cenário, por outro lado, a lei determina que têm direito a internamento gratuito as pessoas doentes que forem “pobres”. Agora o pressuposto para obter internamento gratuito seria a “pobreza”, não estando fixado um critério suficientemente objetivo na hipótese de incidência normativa para se saber, de plano, se o internamento gratuito será deferido.

Cada espécie de regramento normativo tem suas vantagens e desvantagens. Se a adoção de conceitos restritos como “salário-mínimo” permite elevada previsibilidade sobre o direito subjetivo pretendido, traz consigo, contudo, o risco de assumir uma presunção legislativa cega e reducionista. Cega por partir da crença, há muito superada como exposto no item 2 deste capítulo, de que a vontade do legislador é perfeita e completa na regulação dos fatos sociais. Ora, não há perfeição, pois nem sempre o legislador é capaz de satisfazer em abstrato as demandas sociais, nos conformes exigidos pelos direitos fundamentais; nem há completude, pois o legislador é incapaz de prever todos os fatos sociais para regulá-los por regramentos pré-prontos, e mesmo que

pudesse haveria uma grave limitação material, uma vez que a complexidade legislativa seria tamanha que a efetivação dos direitos poderia vir a ser prejudicada. O emprego de conceitos vagos funciona como forma de permitir a incidência direta dos direitos fundamentais na resolução dos problemas concretos. Também é reducionista por tentar enquadrar os fatos sociais num retrato normativo demasiadamente estreito, deixando de prestar a proteção jurídica necessária para certas situações dignas de especial cuidado. O reducionismo é perceptível quando se percebe a incompatibilidade entre a norma e a realidade, fazendo-a perder seu sentido de ser e degradando sua legitimidade social e sua normatividade. Como já disse Georges Ripert, quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o Direito.

O professor Bandeira de Mello (2012, p. 35) mesmo traz um exemplo ilustrativo das possíveis distorções causadas pelo uso de expressões normativas restritas. Ainda sobre o internamento gratuito, narra que poderiam se apresentar, na mesma ocasião, dois indivíduos: um, cujo rendimento fosse um salário-mínimo e meio; e outro que se enquadrasse perfeitamente no teto legal. Ao primeiro, como definido legalmente, o internamento seria indeferido; já para o segundo seria naturalmente concedido o benefício. Agora imaginemos que o primeiro, que ganhava um salário-mínimo e meio, fosse casado, tivesse 12 filhos dependentes e sustentasse a sogra. Enquanto, suponha-se, o segundo, que teve o internamento deferido, fosse solteiro, tivesse pais ricos e morasse com eles. Evidentemente, tem-se uma distorção. Daí vem a ideia do emprego de um conceito jurídico indeterminado como “pobre”, que permita ao concretizador do Direito ponderar as circunstâncias fáticas, com o fim de permitir que se tome a providência excelente para o caso concreto.

Vale ressaltar que, embora o exemplo trazido envolva a atuação de um agente administrativo, a situação é idêntica no campo jurisdicional. Por exemplo, quando se trata da concessão do Benefício de Prestação Continuada, cabe ao juiz definir “incapacidade de prover a própria manutenção” (art. 20, *caput*, Lei nº 8.742/93), ou “miserabilidade” (§11º). o Supremo Tribunal Federal definiu, na Reclamação nº 4374, afastando a limitação restritiva do quarto de salário-mínimo *per capita*, que a regra do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 traz uma presunção absoluta de miserabilidade, mas não afasta a possibilidade de concessão do amparo assistencial se o caso concreto demonstrar que o grupo familiar se encontra em situação de vulnerabilidade social e o possível beneficiário for incapaz de prover a própria manutenção. Interessante notar

que, ao julgar inconstitucional a restrição, o STF tornou a “incapacidade de prover a própria manutenção” um conceito jurídico indeterminado, uma vez que se voltou ao juiz o dever de concretizar a noção de miserabilidade. O julgamento pretendeu exatamente afastar as distorções provocadas pela limitação asfixiante do quarto de salário-mínimo *per capita*, de forma parecida com o caso do internamento hospitalar gratuito acima narrado.

2. HISTÓRICO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Para bem entender a que se prestam os conceitos jurídicos indeterminados hoje, é importante ter um conhecimento panorâmico sobre o caminho pretérito que nos levou até o atual estágio da Ciência Jurídica. Vale antecipar que a presente análise se baseia no estudo breve de duas viradas. A primeira é a reviravolta da relação entre legislador e juiz. Em segundo plano, como decorrência direta da primeira, a virada metodológica sobre a produção dos textos legislativos e sobe as fontes do Direito.

2.1. RELAÇÃO ENTRE LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

Limitando-se ao estritamente pertinente para o trabalho, convém travar um breve esclarecimento sobre a relação entre o Legislativo e o Judiciário na França no final do século XVIII, após a Revolução Francesa, que influenciou fortemente o direito brasileiro. Altamente favorável ao Antigo Regime por ser recoberta de privilégios, a magistratura francesa era identificada como séria inimiga pelos revolucionários. (WAMBIER, *online*) Sem conseguir aniquilá-los, a Revolução soube neutralizá-los. O Judiciário havia se tornado um poder invisível, nulo, mero proclamador da lei, reproduutor da obra do legislador. Surgia a expressão “*la bouche de la loi*”. Obediente funcionário público, o juiz em seu ofício de julgar se limitava à subsunção do fato à norma, ou seja, a declarar o direito pré-existente. (PEREIRA FILHO, *online*)

Contagiadas pela desconfiança sobre os juízes, surgiram as primeiras codificações europeias, com destaque para o *Code Pénal* de 1791 e o *Code Civil* napoleônico de 1804, e escolas jurídicas que se baseavam na primazia do direito positivo e na sapiência do legislador como regulador dos fatos sociais, nomeadamente a

Escola da Exegese, representante máxima do positivismo legalista ou do *paleojuspositivismo*. (STRECK, 2014, p. 32) Ao lado dela, no crepúsculo do séc. VIII, a Jurisprudência dos Conceitos alemã e a Jurisprudência Analítica inglesa são as principais escolas desta primeira fase do positivismo. Como já explicado, visto com desconfiança, o bom juiz francês era aquele que simplesmente cumpria a *vontade* do legislador. De forma semelhante, os juízes alemães e ingleses tinha o dever de simplesmente reproduzir os conceitos jurídicos oriundos da autoridade da tradição ou dos precedentes, respectivamente. Portanto, ao juiz só cabe declarar o Direito pré-existente em sua fonte original de autoridade; em tese, um Direito claro e sem contradições.

Comenta Streck (2014, p. 33-34) que, nesta fase, toda argumentação jurídica deveria tributar seus méritos aos códigos, que passavam a possuir, assim, estrutura de verdadeiros textos sagrados. Trazendo a proposta de Rudolf Carnap, aquele autor arremata que, para este paradigma, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõe o código já seria suficiente para resolver qualquer problema de interpretação do Direito. O fechamento do legislador à criatividade do aplicador do Direito trouxe, enfim, como consequência o fechamento dos textos normativos, que evitavam conceitos fluidos e vaguezas.

Contudo, não levou muito tempo até que o modelo legislativo e a metodologia jurídica acima descrita começassem a mostrar suas falhas. Com o avanço da sociedade industrial, acompanhado de uma feroz dinâmica tecnológica e da universalização da informação, e o aprofundamento dos regimes democráticos, acompanhado da normatividade dos direitos fundamentais e da expansão dos canais de participação da sociedade, o modelo dos códigos do século XIX se esgotou. (MORAES NUNES, *online*) Na Alemanha do pós-Primeira Guerra, por exemplo, quando o caos econômico imperava, a jurisprudência alemã encontraria a solução para afastar o desequilíbrio gerado em milhares de relações contratuais nos até então adormecidos §§ 138º, 242º e 826º do BGB, que autorizavam explicitamente o uso de ideias morais como boa-fé e bons costumes. (MENKE, *online*)

O esgotamento se deu principalmente, porque os códigos, mais do que nunca, não conseguiam acompanhar as mudanças sociais. Embora o Direito sempre esteja correndo atrás dos fatos sociais, agora a lacuna cresceria a tal ponto que a normatividade

dos textos normativos estava ferida de morte. A falta de normatividade ocorre principalmente pela falta de regulamentação dos fatos sociais ou por uma regulação insatisfatória, em razão da impossibilidade de o legislador saber previamente todos os fatos que mereçam regulação jurídica no mundo. Como consequência, o aplicador precisava, paradoxalmente, se distanciar da lei para encontrar uma solução satisfatória.

A implementação do ideário do Estado Social – iniciado na segunda década do séc. XX e internacionalizado no pós Segunda Guerra – pode ser enxergada como o grande motivador histórico de um método legislativo preocupado em associar as normas tradicionais liberais com normas teleológicas (“*norme di scopo*”), mais abstratas e que assinalam fins a se perseguir ou indicam resultados úteis ao bem-estar comum. Por exemplo, a “função social” de institutos tradicionais do direito privado. (ZANETI Jr., 2015, p. 111-113) Exatamente neste contexto se proliferaram os conceitos jurídicos indeterminados, já que permitem fazer referência a um fim desejado, sem propor *a priori* uma conduta a ser empregada. As expressões vagas confiam ao julgador o dever de solucionar o problema da aplicação final do Direito.

Ingênua, a perspectiva exegética, ao tentar estrangular a realidade com suas normas, foi estrangulada pela realidade. O novo paradigma metodológico, cujo principal expoente é Hans Kelsen, é o positivismo normativista. Imbuído em revisar e fortalecer o rigor da Jurisprudência dos Conceitos, Kelsen propõe a cisão entre o Direito (enquanto objeto de estudo, aqui entendido como o ordenamento jurídico propriamente) e a Ciência do Direito (enquanto metodologia analítica do objeto “Direito”). Outra cisão relevante é a da interpretação como ato de vontade e da interpretação como ato de conhecimento.

Nas palavras de Streck (2014, p. 35), a interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua aplicação, normas. Já a interpretação como ato de conhecimento se baseia na descrição dessas normas de forma neutra e objetiva, produzindo proposições. Contudo, devido ao relativismo moral kelseniano, as normas terão sempre espaço de mobilidade, portanto aqui a ideia de interpretação do Direito se fortalece e a função judicial supera a mera declaração do Direito consubstanciado na lei, uma vez que a discricionariedade judicial – muito bem afigurada na metáfora da “moldura da norma” (*Bild*) do jurista austríaco – passa a ser reconhecida como própria

da aplicação do Direito no caso concreto. Portanto, já em Kelsen não temos mais o juiz boca da lei.

A discricionariedade judicial foi (e ainda é) objeto de muita discussão na doutrina nacional e internacional. Um dos embates mais famosos a esse respeito foi travado entre Hart e o norte-americano Ronald Dworkin. Criticando a ideia de discricionariedade, o jurista norte-americano destaca a necessidade de o aplicador do Direito observar que tais decisões (“discricionárias”) aderem a padrões normativos obrigatórios. Tais padrões seriam os chamados princípios, que estariam imbebidos numa forte controvérsia de fundo não apenas jurídico, mas também – e principalmente – moral. O juiz estaria obrigado – por um dever moral – a “descobrir” os direitos que têm as partes, no que se denomina pelo autor ianque de responsabilidade política. (STRECK, 2014, p. 40)

Portanto, esta segunda fase do positivismo já está em sintonia com a ideia de que o juiz não é um sujeito inerte sujeito na construção do Direito, bem como reconhece que a lei não é impermeável à discricionariedade e à imprecisão. A figura do juiz não é mais enxergada como inimigo do Legislativo, mas como linha auxiliar responsável por completar o ofício de definir o Direito no caso concreto, respeitando regras principiológicas emanadas, em especial, dos direitos fundamentais.

2.2. REVISÃO DA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO

Em segundo lugar, paralelamente às viradas sobre o papel do juiz no Direito, veio a revisão da metodologia legislativa. Embora seja inadequado tentar traçar uma fronteira rígida entre as duas fases da metodologia legislativa,² a redemocratização representa um divisor de águas político bastante relevante para a virada na metodologia legislativa. Veja-se que é possível identificar uma forte mudança no jeito de fazer leis no Brasil, em especial das leis de maior relevância jurídica, como códigos e estatutos.

Vale destacar que a alternância entre democracias e ditaduras contribuiu consideravelmente para o diferimento da definitiva virada legislativa no Brasil. O

² Por exemplo, a boa-fé objetiva já era prevista no Código Comercial de 1850 (art. 131, 1º; art. 169, 3º; art. 341; art. 825), embora tivesse sua normatividade renegada por doutrina e jurisprudência devido à sua abstração.

fenômeno na Europa, por exemplo, já vinha do final do século XIX, como uma reação aos movimentos paleopositivista. Na Alemanha, o principal movimento doutrinário contrário ao exegesmo – aqui consubstanciado pela Jurisprudência dos Conceitos – é a Escola do Direito Livre, cuja influência já pode ser sentida no BGB (Código Civil alemão) de 1896. (FRADELA, *online*)

Com a Constituição de 1988, carregada de direitos fundamentais e de disposições ricas axiologicamente, o legislador passou a reproduzir nas leis a carga valorativa expressa na Constituição e a editar enunciados normativos que viabilizassem a solução ótima no caso concreto conforme a Carta Política, no que muitos chamam de constitucionalização do direito infraconstitucional. A mudança da técnica legislativa é bastante evidente, por exemplo, com o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Cidade, a Lei de Processo Administrativo federal, o Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil de 2015.

O professor Marinho de Carvalho (2015, p. 80) confirma a mudança da técnica legislativa, com a presença de cada vez mais conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e menções expressas a princípios jurídicos, com a finalidade principal de evitar a vigência efêmera da lei. Citando Paulo Otero (2007, p. 154), Carvalho ainda atribui a mudança a outros dois fatores: (i) a evolução do significado e do valor da Constituição, que, por sua vez, é carregada de valores e princípios jurídicos – agora dotados de normatividade –, e exigiu mudança da técnica legislativa; e (ii) a mudança radical do modelo de Estado, que deixou de ser um Estado Liberal e passou a ser um Estado Social, o que exige maior intervenção estatal, que, por sua vez, dificultou a possibilidade do legislador antever todas as necessidades da sociedade.

Embora não tenha sido pioneiro no emprego de cláusulas abertas, o Código Civil de 2002 trouxe uma virada relevante sobre o modelo legislativo nacional, pois representou um esforço de ressistematização do direito privado tomando como base em enunciados textuais mais abertos, buscando conciliar prudência e flexibilidade legislativas. No universo *craquelé* da Pós-Modernidade, não tem sentido, nem função, o código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil num mesmo e único corpus legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata

arquitetura. O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, mas sim os modelos abertos inspirados pela configuração constitucional. Além de revolucionarem a teoria das fontes do Direito, as cláusulas gerais permitem o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *Standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente. (MARTINS-COSTA, *online*) Assim se consagra um sistema é heterogêneo e aberto aos vetores culturais da sociedade, caracterizado por pluralidade de fontes normativas, cuja unidade é assegurada pela centralidade da tábua axiológica constitucional. Diante da pluralidade de fontes, da complexidade do ordenamento, cabe ao intérprete, mediante esforço de coordenação, identificar a norma do caso concreto, garantir a hierarquia dos valores e a unidade do sistema. (TERRA, *online*)

Aprofundando-se sobre o tema, bastante oportuna é a crítica de Tenpedino (*online*) ao modelo adotado pelo Código Civil de 2002. O autor traça uma distinção entre as leis a partir de duas abordagens sobre as cláusulas gerais. A primeira, que foi utilizada pelo Código de 2002 por inspiração em codificações anteriores aos anos 70, aproveita-se de expressões vagas associadas a determinadas condutas a serem adotadas. Contudo, esta metodologia, segundo o professor, teria sido posta em desconfiança, pois confere alto grau de discricionariedade ao juiz. Como recurso para preencher a vagueza das expressões, deve-se promover a conexão axiológica entre a codificação e a Constituição, devolvendo a coerência ao sistema e restringindo a margem interpretativa do juiz. Já segunda abordagem busca embutir cláusulas gerais em normas que não prescrevem uma conduta certa, mas, simplesmente definem valores e parâmetros hermenêuticos. Como exemplo deste modelo, tem-se Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto da Cidade.

Como destacam Didier *et al.* (2015-A, p. 333), com a inserção de conceitos vagos e cláusulas gerais, o Direito passa a ser construído *a posteriori*, numa mescla de indução e dedução, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa de forma abstrata e apriorística. Citando Claus-Willhelm Canaris (1996, p. 146), completam afirmando que as cláusulas gerais (incluídos os conceitos jurídicos na expressão)

revelam-se como “pontos de erupção da equidade” para a realização da justiça no caso concreto.

Bastante conveniente aqui é a análise comparativa entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015 para perceber a sensível mudança na técnica legislativa. Embora o antigo código trouxesse algumas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados (DIDIER Jr., *online*)³, não os adotava como normas fundamentais para sua hermenêutica e aplicação, como o CPC de 2015. O novo diploma incorpora uma vasta gama de conceitos vagos, num claro sinal de obediência à Constituição. Da mesma forma, as cláusulas gerais se multiplicaram e ganharam muita importância, tais como a cláusula dos negócios jurídicos processuais (art. 190). A temática será mais bem desenvolvida no Capítulo 3.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS CONCEITOS VAGOS

A classificação clássica dos conceitos jurídicos indeterminados é aquela utilizada pelo jurista alemão Karl Engisch em sua *Introdução ao Pensamento Jurídico*. O trabalho do professor alemão será utilizado como referência, contudo receberá algumas adaptações, conforme mais à frente será desenvolvido. Há que se dizer que há certa divergência na doutrina a respeito das expressões a seguir estudadas, juntamente por isso se decidiu pela classificação do professor, que é tido como referência no assunto.

Curioso notar que Karl Engisch (2010, p. 188) nomeia o capítulo em que trata de sua classificação dos conceitos jurídicos indeterminados como “Direito dos juristas” (*Juristenrecht*), já fazendo referência à importância do aplicador do Direito sobre estas espécies normativas. O jurista alemão destaca que o emprego de expressões vagas em dispositivos jurídicos se trata de um método específico de regulamentação por meio do afrouxamento frente à lei (*Auflockerung der Bindung*) do magistrado e da autoridade administrativa, conferindo-se maior autonomia ao aplicador do Direito.

³ “O CPC brasileiro contém outros vários exemplos de cláusulas gerais: a) cláusula geral executiva (art. 461, § 5º, CPC); b) poder geral de cautela (art. 798 do CPC); c) cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 620 do CPC); d) cláusula geral da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); e) cláusula geral de publicidade do edital de hasta pública (art. 687, § 2º, CPC); f) cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 1.109 do CPC) etc.”: DIDIER JR., Freddie. Cláusulas gerais processuais. Disponível em: < <http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/> >. Acesso em: 21 de novembro de 2015.

Fundamentalmente, ele traz quatro categorias de conceitos vagos: (i) “conceitos jurídicos indeterminados” (*unbestimmte Rechtsbegriffe*); (ii) “conceitos normativos” (*normative Begriffe*); (iii) “discricionariedades” (*Ermessen*); e “cláusulas gerais” (*Generalklauseln*). (ENGISCH, 2010, p. 191) A divisão empregada baseia-se em critérios específicos e pode ser cumulativa, já que a mesma expressão seja parte de todos os grupos simultaneamente.

3.1. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Em primeiro lugar, os conceitos jurídicos indeterminados consistem em conceitos, cujo conteúdo e delimitação são consideravelmente imprecisos, segundo o autor. Aqui se aproveitam os esclarecimentos feitos no item 1. Como bem atenta Engisch, os conceitos jurídicos como um todo são ao menos parcialmente indeterminados. Philipp Heck diferencia o centro do conceito (*Begriffskern*) e a margem do conceito (*Begriffshof*). Enquanto se está em consenso sobre o conteúdo e os limites da expressão normativa, encontramo-nos no centro do conceito. Por outro lado, quando encaramos um ponto de dúvida, está-se na margem do conceito. Por fim, o professor alemão destaca que o conceito jurídico indeterminado pode residir tanto na hipótese de incidência normativa (*Tatbestand*) quanto no consequente jurídico (*Rechtsfolge*). (ENGISCH, 2010, p. 193-194)

Na mesma linha, o professor Bandeira de Mello (2012, p. 28-29) defende que mesmo que os conceitos versados na hipótese da norma ou seu consequente sejam vagos, fluidos ou imprecisos, ainda assim têm algum conteúdo determinável, isto, é, certa densidade mínima. Ora, se não o tivessem, não seriam conceitos e as vozes que os designam sequer seriam palavras. Afinal, a palavra é um signo, e um signo supõe um significado. Se não houvesse significado algum recognoscível, não haveria palavra, mas um mero ruído, afirma o professor. No campo da significação, há dois extremos: a zona de certeza positiva, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da palavra empregada; e a zona de certeza negativa, em que se teria por certo que a expressão não foi bem empregada. Os conceitos jurídicos indeterminados repousam no limiar destas duas zonas.

3.2. CONCEITOS NORMATIVOS

A segunda classificação é a de conceitos normativos. Basicamente, estes conceitos são uma contraposição aos conceitos descritivos (*deskriptive Begriffe*). Como o próprio nome já deixa claro, conceitos descritivos trazem a representação de um objeto experimentável (*erfahrenbare Objekten*), tais como: “homem”, “morte”, “escuridão”, “vermelho” ou “velocidade”. Contudo, o que distingue o conceito normativo do descritivo não é qualquer elemento distintivo ontológico, mas contextual. A mesma expressão pode assumir conotações distintas, a depender do contexto (no caso, estar ou não inserida numa norma jurídica).

O mesmo conceito que, fora do Direito, teria uma significação, reveste-se de nova roupagem quando se insere na norma. O professor Engisch (2010, p. 195) chama este processo, em tradução livre, de *atributividade valorativa* (*Wertbezogenheit*). A partir desta inserção dentro da norma, o conceito repagina-se, afasta-se de sua definição ordinária e ganha significação própria e autônoma. A normatividade atribui ao conceito uma forte carga valorativa (e uma abstração própria), uma vez que, ao figurar numa prescrição, dever-se-á concretizar as expressões, com o fim de conferir efetividade à norma. Segundo o professor germânico, os conceitos normativos são uma classe especial de conceitos jurídicos indeterminados. (ENGISCH, 2010, p. 197)

A exata compreensão da atributividade valorativa é importante até mesmo para entender a Ciência Jurídica enquanto linguagem, enquanto complexo de significação própria, diferenciando-a de outras áreas de conhecimento. Ressalta Karl Larenz (1997, 624-625) que a Ciência do Direito pertence ao grupo de ciências comprehensivas em sentido estrito, só podendo justificar a sua pretensão mediante o desenvolvimento de modos de pensamento adequados ao seu objetivo e hermeneuticamente garantidos. Enfim, o Direito tem uma retórica própria que precisa ser bem entendida para a atuação adequada do aplicador do Direito. Exemplificativamente, o este professor ainda traz o exemplo da expressão “animal”, que ganha conotação própria no § 833 do BGB.

O exemplo substancial para entender bem do que se tratam os conceitos normativos é a expressão “casa” (art. 5º, XI, CF: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”). Usualmente, a expressão “casa” nos remete a noção de “moradia” ou de uma

“construção”. Porém, o emprego da palavra no senso comum nos leva até noções que muitas vezes são insuficientes para o Direito, haja vista sua normativa, que carrega consigo determinados valores subjacentes que passam desapercebidos no cotidiano social. O contraste entre a noção ordinária e a noção normativa de “casa” fica bastante evidenciado quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu como casa um banco de praça, um quarto de hotel,⁴ ou mesmo um local reservado ao exercício de atividade profissional.⁵ Outro exemplo seria um moderador de rua que dorme recoberto apenas por um pano e um pedaço de papelão. Embora se distancie da noção comum de “casa”, este abrigo rudimentar poderia ser elevada ao grau de “casa” no campo jurídico, em nome de valores como a privacidade e a inviolabilidade do domicílio. Como já entendeu o STF, o conceito normativo aqui abrange todo lugar privado, ocupado por alguém, com direito próprio e de maneira exclusiva, mesmo sem caráter definitivo ou habitual. (MENDES, 2013, p. 290) Portanto, a mera inserção da expressão num contexto normativo já lhe dá um substrato diferenciado.

⁴ "Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da CF, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (*invito domino*), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF)." (RHC 90.376, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-2007, Segunda Turma, DJ de 18-5-2007.)

⁵ "Fiscalização tributária. Apreensão de livros contábeis e documentos fiscais realizada, em escritório de contabilidade, por agentes fazendários e policiais federais, sem mandado judicial. Inadmissibilidade. (...) Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da CR, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, ‘embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita’ (Nelson Hungria). Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (*invito domino*), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). O atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do ‘privilège du préalable’, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária." (HC 93.050, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 10-6-2008, Segunda Turma, DJE de 1º-8-2008.)

3.4. DISCRICIONARIEDADE

A terceira categoria de Engisch (2010, p. 198-199) é a discricionariedade, que consiste na propriedade (*Eigenständigkeit*) da valoração subjetiva (*subjektiv-persönliche Wertung*), decorrente de uma determinada classe de conceitos que levam ao afrouxamento (*Auflockerung*), especificamente cláusulas de discricionariedade. Há duas classificações trazidas por Engisch: (i) discricionariedade administrativa; e (ii) discricionariedade judicial. Há que se dizer que hoje muito se discute na doutrina jurídica sobre os limites (e até a própria existência) da discricionariedade, como apresentado nos parágrafos seguintes.

Ainda afirma o professor alemão (ENGISCH, 2010, p. 203) que a discricionariedade é imanente à plurissignificação decorrente da lei (*vom Gesetze Auffassung*), a partir da qual decorre a possibilidade de escolha entre as diversas alternativas de significação possíveis. A plurissignificação confere ao aplicador do Direito possibilidade de escolha (*Wahlmöglichkeit*), ou em melhores termos atribuição para escolha (*Wahlbefugnis*), conforme à instrumentalidade do poder discricionário. O aplicador tem, propriamente, um campo de atuação (*Spielraum*) para agir e decidir, onde a perspectiva do sujeito (*persönliche Ansicht*) exercerá sua influência.

Muito famosa, por exemplo, é a distinção de Hans Kelsen quanto ao Direito enquanto ato de vontade e enquanto ato de conhecimento. Como bem explica no item 2, ocorre em Kelsen uma cisão entre Direito e Ciência do Direito. (STRECK, 2014, p. 35) A partir de tal premissa, ele chega à noção de discricionariedade judicial, que fica muito bem figurada na metáfora da “moldura da norma”, dentro da qual o juiz tem ao menos duas soluções jurídicas aceitáveis. A moldura de Kelsen se ajusta muito bem ao conceito de campo de atuação (*Spielraum*) trazido por Engisch. Por conta disto, algumas críticas e possíveis soluções a respeito da primeira podem também ser voltadas à segunda.

Analizando o positivismo normativista, Streck (2014, p. 37-39) critica a institucionalização da discricionariedade judicial, que decorre das premissas teóricas daquela escola, por acarretar o que chama de déficit democrático. Assevera que o positivismo conceitual consagra a possibilidade de o juiz decidir determinados casos a partir de critérios extrajudiciais, todavia em nenhum momento esta teoria afirma que o juiz é obrigado a decidir segundo um padrão normativo prévio, pois este “padrão

normativo prévio” seria carecedor de um teste de verificação empírica. Em outras palavras, pela análise do professor, uma vez existindo duas respostas jurídicas, da perspectiva positivista qualquer uma delas seria igualmente justa, pois não haveria qualquer regra expressa permitindo constatar qual seria a *correta* pelo Direito.

Segundo o professor (STRECK, 2014, p. 48-49), a discricionariedade judicial aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da “descoberta” da indeterminação do direito. Da Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há o elemento comum da discricionariedade do juiz, que seria o espaço residual deixado pela lei. Contudo, afirma que a “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária, que, para ele, é consequência inexorável da discricionariedade. Alerta, ainda, de forma bastante incisiva, que é preciso compreender a discricionariedade como sendo poder arbitrário “delegado” em favor do juiz para preencher os espaços a zona de penumbra do modelo de regras.

Ainda que se opte pela ideia de que o juiz tem alguma discricionariedade de fato, deve-se rechaçar de ideia de que seu poder de escolha é livre de deveres. Como ensina Bandeira de Mello (2012, p. 13-15), o poder discricionário jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto, mas tão somente poderá irromper como fruto de certo modo pelo qual a lei o haja regulado. A discricionariedade, afinal, não se confunde com arbitrariedade, este se define pelo exercício irrestrito do poder. A discricionariedade encontra sua base de legitimação, na verdade, na busca pelos fins do ordenamento jurídico, tendo natureza propriamente de dever jurídico, restrito ao necessário para se exercer determinada função. No caso específico deste trabalho, a função jurisdicional. Por conta disto, o mesmo professor chama a discricionariedade de poder instrumental, já que é mero instrumento para a realização da finalidade legal. Há um verdadeiro dever de adotar a melhor solução, de assumir a conduta ótima necessária. (MELLO, 2012, p. 32)

Embora o professor administrativista trate da discricionariedade do agente administrativo, a descrição teórica acima feita, com alguns ajustes necessários, se adéqua bem à atuação jurisdicional. Assumindo a existência da discricionariedade judicial frente a conceitos jurídicos indeterminados, o poder instrumental do juiz

também é limitado pelo seu dever jurídico de obedecer aos mandamentos constitucionais, em especial os direitos fundamentais. A limitação à discricionariedade do juiz recai especialmente sobre os princípios decorrentes das normas fundamentais, que expressam determinados estados de coisas a serem atingidos. Assim, existe o dever jurisdicional de adotar a medida mais adequada efetivação dos direitos fundamentais, no momento de decidir com base em termos vagos.

3.4. CLÁUSULAS GERAIS

Por fim, a quarta categoria de Engisch (2010, p. 213) são as cláusulas gerais, que são definidas como método legislativo baseado em não circunscrever um grupo de incidentes específicos com base numa característica específica. A partir de uma cláusula geral, encara-se uma grande amplitude de incidência da norma, viabilizando que uma vasta gama de fatos sociais seja atingida e recebam o trato jurídico próprio desejado pelo legislador. Para Didier Jr. (*online*), a cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado, havendo, assim, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa. Em contraposição, tem-se o método legislativo casuístico que prevê circunstâncias fáticas bastante restritas e limitadas a um campo de incidência pequeno. O professor, contudo, destaca que os dois métodos legislativos não são auto-excludentes, mas, ao contrário, podem ter um papel de complementariedade entre si. (ENGISCH, 2010, p. 216)

Na perspectiva do jurista alemão, portanto, a noção de cláusula geral está intimamente conectada à amplitude da hipótese de incidência da norma e/ou do consequente normativo. Em vez de trazer elementos peculiares de determinados fatos do mundo, a cláusula geral se despe das peculiaridades dos fatos que pretende reger, limitando-se a elementos generalíssimos. Um exemplo trazido pelo autor, e que também vale em certa medida para o direito brasileiro, são os “bons costumes” (*guten Sitten*). Exemplos no direito alemão: § 826 BGB (“Quem infligir danos a outrem intencionalmente em violação aos bons costumes, está obrigado a reparar os danos.”, em tradução livre⁶); § 228 StGB (“Quem provocar lesão corporal a terceiro, com seu

⁶ No original: “Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.”

consentimento, somente incorre em ilícito se o ato se der em contrariedade aos bons costumes.”, em tradução livre⁷). Exemplos no direito brasileiro: art. 13 do Código Civil (“Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.”); art. 17 da LINDB (“As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”).

Já que se trata de cláusulas gerais, vale um breve esclarecimento terminológico. Muito se vê, na doutrina brasileira, o tratamento indistinto entre as expressões “conceito jurídico indeterminado” e “cláusula geral”. Contudo, é preciso dizer que não se tratam de fenômenos idênticos. Enquanto as cláusulas gerais se tratam de um determinado método legislativo que adota enunciações normativas vagas, os conceitos jurídicos indeterminados são palavras ou expressões com semântica normativa autônoma e incerta. Os conceitos jurídicos indeterminados são um artifício disponível para produzir cláusulas gerais, em nada se confundindo, contudo, com o método legislativo em si.

O método casuístico se baseia na descrição de exemplos pelo direito positivo; já o método generalístico traz o elemento de identidade entre eles. Vale trazer o exemplo que é desenvolvido pelo próprio professor: “O agressor sofrerá de rigorosas sanções a seu corpo e saúde.” (tradução livre)⁸, este se trata de uma cláusula geral. Caberá ao aplicador da norma definir a norma cabível no caso concreto. Já o método casuístico teria a seguinte formatação: “O agressor sofrerá de consideráveis mutilações, de permanentes e visíveis desfigurações, de comprometimento permanente a ou de longo prazo sobre seu corpo, seus sentidos ou sua capacidade laboral ...” (tradução livre)⁹. (ENGISCH, 2010, p. 216) Portanto, como se depreende das modalidades de regulamentações possíveis, geral ou casuística, a diferença principal repousa em trazer hipóteses concretas ou apenas uma “licença” abstrata para averiguar a amplitude da norma no caso concreto.

⁷ No original: “Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzen Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.”

⁸ No original: Wird der Verletzte an seinem Körper oder seiner Gesundheit schwer geschädigt.”

⁹ No original: “wird er insbesondere erheblich verstümmelt, für immer und auffallend entstellt, im Gebrauch seines Körpers, seine Sinne, seiner Geisterkräfte oder seiner Arbeitskraft für immer oder lange Zeit erheblich beeinträchtigt ...”

Importante notar que, para o autor, a cláusula geral não se trata necessariamente de uma delegação do legislador, pois ela pode ser composta de conceitos determinados e descriptivos e afastar a interferência da subjetividade do aplicador, por exemplo: “Quem pôr em perigo voluntariamente a vida de terceiro”, como cláusula geral de pôr-em-perigo (*Gefährdungs-Generalklauseln*). Contudo, a cláusula aberta pode também ser formada por conceitos normativos e indeterminados, bem como por expressões abertas à discricionariedade. Portanto, não necessariamente as cláusulas gerais irão comportar cláusulas de discricionariedade (*Emessensklauseln*). Em verdade, as cláusulas gerais não têm, do ponto de vista metodológico, nenhuma estrutura própria, pois não se submetem a nenhum processo mental (*Denkverfahren*) específico, diferente do que se dá nas outras três categorias estudadas. De toda forma, as cláusulas gerais aumentam a distância entre os conceitos jurídicos indeterminados e seus opostos correlatos: os conceitos determinados. Todavia, a distinção aqui é apenas de grau, e não de espécie ou natureza. O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no âmbito da técnica legislativa. (ENGISCH, 2010, p. 217-218)

Pelo que se pode entender desta posição de Engisch, as cláusulas gerais não estariam submetidas ao mesmo processo de concretização que os conceitos jurídicos indeterminados, os conceitos normativos e as discricionariedades, pois já podem conter, em abstrato, elementos suficientes para dispensar a etapa prévia de esclarecimento de sentido, que é a concretização. Embora comprehensível a posição do autor, é preciso destacar que a aplicação de tais cláusulas abertas – independente do grau de determinação e de discricionariedade – prescindem de interpretação atenta aos direitos fundamentais e de fundamentação mais robusta do que a normal.

4. IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PARA OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Nesta última parte do capítulo inicial, os esforços se voltam a demonstrar a importância dos precedentes quando se fala em aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. As contribuições do sistema de precedentes são importantes para a racionalização do uso dos conceitos imprecisos e para sua melhor operacionalização, bem como para conferir segurança ao sistema. Como bem leciona Tenpedino (*online*), as cláusulas gerais, por si só, não significam a transformação qualitativa do

ordenamento. O ganho qualitativo carece de um elemento final para contrabalancear a imprecisão semântica: a segurança na aplicação, trazida pelo sistema dos precedentes.

4.1. FECHAMENTO DO SISTEMA PELOS PRECEDENTES

O sistema de precedentes, segundo Marinoni (2011, p. 88, *apud* CARVALHO, 2015, p. 81), seria desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei. Por outro lado, torna-se essencial na jurisdição contemporânea, por ser fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica judicial adequada a certa situação concreta. Por seu turno, analisando a fisionomia do Direito atual, Alvim Wambier (*online*) critica que as decisões judiciais de hoje no *civil law* são bem menos seguras e mais flexíveis do que aquelas que havia no período revolucionário francês.

O sistema de precedentes permite contrabalancear a instabilidade semântica trazida pela mudança de método legislativo e, ao mesmo tempo, permite um controle mais rigoroso da discricionariedade judicial. Se por um lado os conceitos jurídicos indeterminados abrem o sistema para que mais situações fáticas sejam devidamente reguladas, pelo outro lado os precedentes permitem o fechamento do sistema por conferir mais concretude aos conceitos abertos a partir da concatenação de paradigmas decisórios que, por analogia fática, poderão ser aproveitados para conferir isonomia de tratamento jurídico a casos semelhantes.

A adequada operacionalização dos precedentes também se mostra um importante instrumento para alcançar a comunhão entre o preceito normativo e as circunstâncias do caso concreto. Se por um lado os conceitos jurídicos indeterminados se afastam da concretude pela abstração, por outro lado os precedentes devolvem a concretude às expressões normativas, pois se aproveitam do método indutivo de produção das normas jurídicas. O processo da construção conceitual por via indutiva, em linha geral, é como a montagem de um quebra-cabeça, em que aos poucos as peças vão se encaixando e somente ao final se terá a completa dimensão e formatação da imagem que antes era fragmentos. O quebra-cabeça, apesar de manter sua fisionomia geral, está em eterna renovação, substituindo peças ultrapassadas por outras mais satisfatórias, como parte de um processo dinâmico de ressignificação.

4.2. TRATAMENTO ISONÔMICO NO DIREITO

Como enuncia Didier Jr. *et al.* (2015, p. 484), os conceitos jurídicos indeterminados reposam numa área em que não se tem uma única resposta correta. Argumento muito semelhante é utilizado por Bydlinski, citado por Larenz (1997, p. 615), que chega a considerar vinculativos os precedentes no caso especial de o Direito vigente admitir várias resoluções de modo igualmente bem fundamentado – onde se incluem as cláusulas gerais –, quando os casos são tão aproximados entre si que resoluções diferentes não seriam justificadas. Tal seria exigido pela ideia de continuidade da jurisprudência e de tratamento igual daquilo que é idêntico.

Acompanhar as mudanças do tempo é uma preocupação constante no mundo jurídico, pois ao Direito não adianta ter facticidade (enquanto norma formalmente em vigor) se não houver validade (assim entendido o reconhecimento social da razão de ser da norma). (CERQUEIRO, *online*) Um Direito desacompanhado dos fatos sociais não atinge adequadamente sua razão de ser enquanto produto cultural. Assim, os conceitos vagos surgem como uma solução possível.

A importância dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito também se relaciona a variáveis linguísticas, em especial as próprias limitações da linguagem humana em acompanhar a dinâmica histórica. Os conceitos jurídicos vagos funcionam como máscaras linguísticas de representação do mundo, abarcando vastos processos sociais em sua dinamicidade histórica. Enquanto palavras ficam, o mundo que elas tentam representar já se modificou. “Nenhum homem pode banhar-se duas vezes no mesmo rio, pois na segunda vez o rio já não é o mesmo, nem tão pouco o homem” foi a lição de Heráclito de Éfeso. Enquanto palavras se pretendem apresentar o que *são* as coisas do mundo; no mundo das coisas, na verdade, tudo *deixa de ser*. Por via de expressões com vagueza e flexibilidade, as normas não capazes a se adequar as demandas concretas da sociedade de seu tempo.

Um conceito recém-construído se torna obsoleto logo após sua concepção. Já no berço, os conceitos se convertem em pré-conceito, que serão novamente objeto de interpretação. A cada compreensão, forma-se um novo infinito de compreensões possíveis. Esta noção poderia ser representada por uma sala de espelhos, em que os

reflexos contrapostos levam a uma infinidade de imagens. Diferentemente da lógica científica – que é linear –, a hermenêutica se compõe por um processo circular de construção e compreensão. (COSTA, *online*, p. 13)

Criticando a Jurisprudência dos Conceitos, Karl Larenz (1997, p. 623) desenvolve que, ao tempo que escreveu, ainda poucos juristas são capazes de se libertar do fascínio exercido pelo sistema conceitual-abstrato por recearem abandonar a pretensão de cientificidade da Jurisprudência, ignorando, assim, o fato de que a Ciência Jurídica pertence às ciências comprehensivas em sentido estrito, não se acomodando aos métodos das ciências exatas.

Como enuncia Hegel, citado por Larenz (1997, p. 653), a natureza do conceito manifesta-se no seu processo de evoluir a si próprio. Completa este último autor que, no momento do pensamento sobre o conceito, distinguem-se, clarificam-se e explicitam-se os momentos que foram pensados de antemão conjuntamente como implícitos. Afirma que a “desenvolução” do conceito é um movimento de duplo sentido, que vai e vem entre o conceito antecipado no pensamento e os seus momentos, ao se unirem, constituem o seu sentido. Conclui que o movimento de sua materialização consiste num círculo de pensamento, semelhante ao que repetidamente temos encontrado no chamado “círculo hermenêutico”.

Desenvolve Marinho de Carvalho (2015, p. 81) que a preservação da longevidade da vigência da lei, através de um modelo normativo aberto torna mais imprevisível a maneira pela qual determinada lei será interpretada e aplicada, potencializando as chances de erros e contradições, o que gera um ambiente de indubiosa insegurança jurídica e desigualdade na aplicação da lei, e justifica ainda mais a utilidade dos precedentes, pois estes uniformizam a interpretação e a aplicação do Direito, resgatando a segurança e a isonomia no Direito. Portanto, o sistema de precedente é essencial para devolver a segurança ao ordenamento.

O sistema de precedentes deve ser compreendido como mecanismo importante para conferir consistência ao discurso jurídico e para devolver a unicidade do exercício da jurisdição. Não se pode, afinal, admitir que situações jurídicas idênticas possam receber tratamentos contraditórios a depender do juiz ou do tribunal responsáveis por julgar a respectiva demanda.

4.3. PREJUÍZOS DA INSEGURANÇA SOBRE OS CONCEITOS VAGOS

Quando se fala em decisões incompatíveis, o risco de contradições dentro do sistema se potencializa quando se trata de expressões vagas que permitem ao intérprete conferir-lhes valorações distintas – embora possíveis e razoáveis, por muitas vezes –, implicando em decisões contraditórias a depender do julgador. Como consequência, o Direito se torna terra de incertezas, o que prejudica a aplicação jurídica igualitária e republicana, bem como produz um campo minado ao exercício de direitos. Afinal, a incerteza sobre o que é permitido ou proibido, sobre o lícito ou ilícito, sobre o devido e o abuso pode facilmente inibir a efetivação de relações jurídicas.

As implicações sobre a incerteza em relação a conceitos jurídicos indeterminados são diversas, social, econômico e politicamente. Não ter a exata compreensão da importância e da amplitude do sistema de precedentes pode representar o sacrifício dos benefícios esperados com o novo método legislativo aberto, em que os conceitos jurídicos indeterminados exercem papel central. Sem os precedentes, ganha-se amplitude com modelo normativo aberto, mas perde-se por não se saber os contornos da norma. Basta imaginar a ideia da penumbra (*Schattenlinie*), apresentada por Engisch (2010, p. 189).

Na penumbra, não se sabe ao certo se estamos mais ao sol ou mais à sombra, as opiniões poderão ser divergentes sobre onde começa ou termina a área ensolarada, embora as posições sejam razoavelmente defensáveis. Assim, são necessários precedentes para estabelecer que pontos devam ser objetivamente reconhecidos como banhados pelo sol, independente de poderem surgir sujeitos que, em sua convicção, se insurjam. Com efeito, o produtor do precedente deve oferecer elementos suficientes que permitam identificar se o caso concreto se encaixa no respectivo conceito jurídico indeterminado concretizado anteriormente. Elementos estes que serão encontrados na fundamentação, como será desenvolvido no Capítulo 2.

É simples entender como funciona este processo. Basta imaginar que, estando-se diante de certa expressão aberta que já fora aplicada diversas vezes anteriormente, é possível utilizar as decisões anteriores como orientador para aplicar a mesma expressão num caso presente, com base na compreensão da *ratio decidendi* dos precedentes. Por exemplo, o que poderia ser considerada “hipossuficiência” (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor) para fins de inversão do ônus da prova no processo? A resposta

não será encontrada na própria expressão normativa, mas no conhecimento produzido em seu entorno, seja doutrinário ou jurisdicional.

4.4. IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES NA CONCRETIZAÇÃO DOS CONCEITOS VAGOS

Neste sentido, convém ressaltar a importância de esclarecer os elementos semânticos considerados necessários para a aplicação do conceito jurídico. É preciso esclarecer o que está sendo aplicado, não basta a mera menção à expressão indeterminada. Ao aplicar o Direito, o juiz tem o dever de concretizar o conceito jurídico vago, conferindo-lhe definição suficiente. É necessário que seja promovido o que se chama de processo de concretização do Direito, através do qual se confere um mínimo de densidade semântica para aplicar a expressão aberta, com o fim de viabilizar o controle externo sobre a decisão.

A “concretização” do conceito jurídico indeterminado consiste em definir, delimitar ou esclarecer o sentido do conceito a ponto de ser possível uma compreensão objetiva sobre ele. Portanto, trata-se de extrair uma “definição” (a partir do conceito), que consiste numa *derivação* semântica da expressão vaga. Esta derivação pode consistir num tipo de *afirmação, teoria (tese) ou proposição*. Karl Popper (2002, p. 26) defende que uma definição se compõe por uma sequência de palavras. Pode-se, porém, dizer que a definição poderia muito bem consistir numa única palavra – mais clara do que o conceito jurídico indeterminado legal –, a ser compreendida contextualizadamente junto com o caso concreto a que faz referência.

Vale dizer que este esforço de densificação semântica dos conceitos jurídicos imprecisos não é um trabalho restrito à jurisprudência, ao contrário. A doutrina tem papel fundamental na construção da retórica do Direito, escrutinando os contornos das expressões legais e apreciando criticamente a atuação dos juízes. Caso emblemático é o da “boa-fé” (“*Treu und Glauben*”) no direito civil alemão, do § 242 do BGB. Segundo Tenpedino (*online*), a doutrina e a jurisprudência alemãs precisaram de mais de 40 anos para determinar o seu significado. São frutos da doutrina alemã a subdivisão da boa-fé objetiva nas espécies *tu quoque*, *venire contra factum proprium* e *supressio/surectio*, bem como a identificação dos deveres principais da boa-fé, tais como a cooperação, a

informação e a proteção. Sem dúvidas, o esforço analítico da doutrina traz elementos fundamentais para operacionalizar os conceitos vagos, assim como para controlar sua aplicação pelo juiz.

Sem a concretização, não há sequer a possibilidade do controle objetivo da decisão judicial. O julgador incorreria num vício retórico, transformando o conceito jurídico indeterminado numa enunciação performativa (*performative utterance*), nos termos adotados por John L. Austin (*online*). Seria utilizar o conceito indeterminado como uma carta coringa. O tema será mais bem desenvolvido no Capítulo 3.

Da mesma forma se dá com um conceito jurídico indeterminado que não fora submetido à prévia concretização de seu sentido. Sem haver a sua densificação, o conceito vago é uma penumbra semântica e um vazio retórico. A expressão normativa se torna um “serve para tudo e para nada” hábil a encobrir abusos. Como efeito, o processo judicial se torna um diálogo entre ausentes. Enfim, a falta concretização traz profundos os prejuízos à clareza decisória e à cooperação processual, bem como ao contraditório. Por conta disso, além de a decisão incorrer em nulidade por falta de fundamentação, ainda inviabilizaria o contraditório material e dificultaria a formação de um precedente aplicável a casos futuros.

CAPÍTULO 2 – TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE PRECEDENTES JUDICIAIS

Genericamente, pode-se entender por precedente uma decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. (DIDIER *et al.*, 2015-B, p. 441) O que *precede*, por evidente, é o que vem antes. Com efeito, a expressão “precedente judicial” diz respeito a um pronunciamento judicial pretérito, uma lição discursiva do que se entendeu por Direito num momento temporal passado àquele em que se encontra o presente observador.

Antes de seguirmos desenvolvendo a teoria dos precedentes e sua importância para a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, vale uma visita a alguns relevantes questionamentos entorno da própria importância dos precedentes judiciais. Questiona Fredrick Schauer (*In* DIDIER *et al.* (org.), 2015-A, p. 49) o que significa para um evento pretérito ser um precedente para a decisão atual? E como algo que fazemos hoje se estabelece como um precedente para o futuro? Decisões podem realmente ser controladas pelo passado e responsáveis pelo futuro, ou recorrer aos precedentes seria apenas um arranjo, mascarando o que seria na verdade uma decisão elaborada apenas para o hoje? Por que a melhor decisão para o agora deveria ser distorcida ou frustrada pela reverência a um passado esquecido, ou pelo comprometimento com um futuro incerto e vagamente imaginado? Se for para sermos acorrentados ao passado e endividados com o futuro, qual é a força desse elo e o que seria necessário para se libertar dele? Sem dúvida, são questionamentos relevantes que tentaremos responder de forma satisfatória ao longo deste trabalho.

Destaca Macêdo (2015, 87-88) que a categoria dos precedentes judiciais é própria da Teoria Geral do Direito, tratando-se de noção fundamental relativa ao próprio funcionamento dos sistemas jurídicos, uma vez que a tomada de decisões para resolução de casos concretos é o momento fundamental da experiência jurídica. A existência e a utilização dos precedentes independem da utilização ou não da doutrina dos precedentes vinculantes (*stare decisis*), afinal a preocupação com o precedente põe-se no contexto da coerência e da consistência do debate e das ações. O autor conclui, citando Duxbury,

que, de forma geral, o precedente é um evento passado que serve como um guia para a ação presente.

No Direito, os precedentes judiciais podem ser entendidos como resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. (MACÊDO, 2015. p. 89) Do ponto de vista amplo, o precedente judicial é uma decisão anterior que serve como ponto de partida ou modelo para uma decisão subsequente. O precedente aqui é sinônimo de “decisão precedente” e tem um inegável aspecto relacional, uma vez que será aplicado a casos posteriores em que houver analogia. Apesar de todo precedente, neste sentido, ser uma decisão judicial, nem toda decisão judicial pode ser considerada precedente, na medida em que o termo “precedente” prescinde de similaridade entre casos em pontos distintos no tempo para ser considerado como tal. Afinal, nem toda decisão judicial tratará de situação que será novamente posta ao crivo do Poder Judiciário, não servindo, portanto, como precedente. Portanto, no sentido amplo, o precedente consiste no fato jurídico da decisão judicial que resolve um caso concreto. (MACÊDO, 2015. p. 89-90)

Vale ressaltar que se formam precedentes sobre quaisquer matérias que tenham sido objeto de manifestação judicial, podendo recair sobre qualquer questão jurídica posta sobre a apreciação judicial. Ou seja, matérias meramente processuais ou incidentais ao mérito podem perfeitamente constituir precedente. Destaca Marinoni (*online*) que questões preliminares, necessárias para se chegar à análise do mérito ou do próprio caso, dão origem a decisões que obviamente têm plenas condições de oferecer uma *ratio decidendi*. Também não há motivo racional para excluir da classe dos precedentes as decisões que tratam de questões resolvidas em favor da parte que, ao final, restou vencida. Suponha-se, por exemplo, que a corte admita parcialmente o recurso e, no mérito, lhe de provimento, ou que a corte negue a decadência da ação rescisória e, após, a julgue improcedente. Ainda destaca que no caso de pedidos cumulados, é possível ter tantos precedentes quantos sejam os pedidos, considerando-se, evidentemente, a espécie de cumulação.

Outra acepção possível, mais estrita, de precedente é aquela que confunde este termo com a noção de *ratio decidendi*, ou razão de decidir. Isto é, a redução do termo “norma do precedente” por simplesmente “precedente”. Esclarece Macêdo (2015, p. 90-91) que a solução do caso concreto estabelecida pelo juiz no dispositivo não integra o

precedente, apesar de poder servir de norte para seu esclarecimento. Há diferenças entre a decisão, sua fundamentação e o precedente em sentido estrito, que constitui uma norma compreendida a partir de toda a decisão, por um processo construtivo próprio, e a ela não se limita. Contudo, este sentido é impróprio, sendo mais adequado se utilizar de expressões como “*ratio decidendi*”, “razão de decidir”, “motivos determinantes” ou “padrão decisório” para designar a norma decorrente do precedente.

Por fim, adotando uma acepção mais ampla do que a utilizada neste trabalho, segundo Michael J. Gerhardt (2008, p. 03), no *common law* americano, pode-se entender por precedentes da Suprema Corte como *qualquer* opinião constitucional passada, decisões, ou mesmo eventos que a Suprema Corte ou autoridades não-judiciais investem com autoridade normativa. Na Corte, afirma, os precedentes tomam muitas formas, incluindo não só as opiniões passadas da Corte, mas também normas (tais como evitando tratar de questões constitucionais sempre que possível), práticas históricas (tais como abrir sessões legislativas com orações) e tradições (tais como produzir opiniões para a Corte, e não uma atrás da outra em ordem regular).

2. CRÍTICAS SOBRE O SISTEMA DE PRECEDENTES

As críticas voltadas aos precedentes são diversas e seculares, dentre as quais, enumera Santana Nogueira (2015, p. 89), as seguintes: (i) o “engessamento do Direito” decorrente da adoção de uma certa linha obrigatória de compreensão do Direito fixada pelo precedente, que estagnaria o desenvolvimento do sistema; (ii) o fim da independência do juiz, uma vez que o julgador ficaria restrito ao trabalho mecanizado de reproduzir precedentes preexistentes. Como leciona Adam Steinman (*online*), a doutrina do *stare decisis* limita a capacidade do julgador modificar o Direito produzido por um julgador anterior; (iii) a falta de legitimidade democrática, haja vista que o Judiciário – que não é composto por indivíduos eleitos pela soberania popular – não poderia “produzir” o Direito, enquanto prescrição normativa oponível contra todos. O professor Nelson Nery Jr. defende, até mesmo, inconstitucionalidade dos precedentes obrigatórios implementados pelo novo CPC. (RODAS, *online*) A adoção de um sistema de precedentes representa a potencialização do ofício do juiz que, ao julgar, produz uma opinião sobre o Direito que deverá ser observada pelo público em geral, assim como é a

norma editada pelo Legislativo; e (iv) a injustiça do precedente, afinal, o precedente fixado pode representar uma compreensão *errada e injusta* sobre o Direito, fazendo com que a segurança jurídica funcione em detrimento da justiça.

A superação das críticas acima enumerada depende, em primeiro lugar, da compreensão de que o sistema de precedentes não represente adotar entendimentos imutáveis ou estáticos sobre o Direito, mas reconhecer que o sistema jurisdicional precisa ter cara própria, pois o que se decide pelo juiz é o Direito *de facto*. O julgador é o sujeito responsável por complementar, no caso concreto, a semântica do texto jurídico e, por conseguinte, o exercício da soberania popular representada pelo Legislativo. Como poder uno, o Judiciário precisa de um discurso também, dentro do possível, uno. Ademais, os destinatários do Direito precisam receber tratamento jurídico isonômico. Não se pode admitir que decisões contraditórias convivam dentro de um mesmo sistema jurídico e sejam, como tal, recebidas com naturalidade pela comunidade jurídica.

2.1. RISCO DE ENGESSAMENTO DO DIREITO

No que tange ao “engessamento do Direito”, não é correto imaginar que o sistema de precedentes imobiliza o avanço do sistema jurídico, uma vez que a própria lógica dos precedentes já comporta mecanismos próprios para sua revisão e superação, tais como o *overruling* e o *distinguishing*. Apesar de trazer mecanismos para conferir maior rigidez ao sistema jurídico, os precedentes não se limitam à mera reprodução de decisões pretéritas. Da mesma forma que foi um dia se ter adotado o “fetichismo da lei”, também seria um erro incorrer no “fetichismo dos precedentes”, como chegou a ocorrer na tradição inglesa. Da mesma forma é um erro imaginar que aplicar precedentes se limitar ao simplismo de reproduzir decisões anteriores. Como será estudado em item próprio, os precedentes têm sua dimensão dinâmica, consubstanciada especialmente pelas técnicas do *overruling* e do *distinguishing*. O mesmo argumento também pode ser utilizado para derrubar o argumento do precedente “injusto”, uma vez que precedentes capengas em fundamentos, precipitados no debate e pouco debatidos poderão ser substituídos por meio de um método rigoroso de superação, de forma a compatibilizar a “justiça” e a segurança jurídica.

2.2. INDEPENDÊNCIA DO JULGADOR

Em segundo lugar, imaginar que a adoção do sistema de precedentes acabará com a independência do juiz é tão ingênuo quanto imaginar, como se fez nos séculos XVIII e XIX, que as determinações legislativas seriam capazes de esgotar a atividade do juiz em simplesmente “aplicar a lei”. De igual modo, interpretar e aplicar precedentes não se limita a subsumir o caso ao precedente. O ofício de julgar exige um esforço deveras complexo para imaginar que a vinculação a outra decisão a esgotará. Ademais, o ofício do juiz não pode se compreendido como instrumento de satisfação das compreensões individuais de justiça do julgador. A interpretação do Direito não é licença para que cada juiz descubra na história doutrinal seja o que for que ele pense que deveria estar lá. E completa que o dever do juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor. (NOGUEIRA, 2015, p. 89) Ademais, como explicado no item 1.1 do Capítulo 1, a jurisdição não pode ser compreendida como um mero poder, mas sim como um poder-dever, adstrito à função que se pretende que é aplicar o Direito – em seu sentido objetivo, e não a sua justiça subjetiva. E o sistema de precedentes é instrumento hábil paraclarear os contornos do Direito objetivo.

2.3. PROBLEMA DE LEGITIMIDADE DOS PRECEDENTES

Bem mais delicada, contudo, é a crítica relativa à falta de legitimidade democrática do Judiciário para produzir normas gerais e abstratas por meio dos precedentes judiciais. Ao reconhecer os precedentes como fonte formal do Direito, a função jurisdicional passa a transcender a mera resolução do conflito entre as partes e passa a ser matéria do interesse geral da comunidade. Como ensina Gustavo Santana Nogueira (2015, p. 98), na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde os precedentes recebem tratamento de fonte do Direito há séculos, os julgamentos de litígios individuais acabam assumindo uma feição de interesse público, de modo que a importância do julgamento não só para encerrar o litígio travado entre as partes, mas também para fixar precedentes para casos futuros.

Em uma linha semelhante, o autor alemão Karl Larenz (1997, p. 620) critica que os tribunais ultrapassam aqui a sua missão genuína – administrar justiça no caso concreto – e, de certo modo, atuam substituindo o legislador, pois a fundamentação

jurídica da resolução de um caso concreto formula uma máxima que pretende validade para todos os casos análogos. Afirma que, ao formular regras gerais a partir de um caso concreto e declarar que, no futuro, procederá em todos os casos segundo esta regra, o tribunal está a contradizer claramente a repartição de funções entre os órgãos legislativos e os da administração da justiça. Tal atuação ativa dos tribunais somente seria admissível quando faltasse uma regulamentação legislativa pormenorizada.

Dois parecem ser os meios principais para conferir às decisões judiciais a legitimização necessária para reconhecer aos precedentes sua posição de fonte do Direito sem remorso e déficit democrático: (i) o emprego de uma fundamentação judicial robusta e verdadeira (e não simples fundamentações *pro forma*), a fim de viabilizar um amplo controle social sobre o Judiciário; e (ii) a ampliação dos canais de participação social sobre a construção dos precedentes (contraditório material, realização de audiências públicas, intervenção de *amici curiae* etc.). Estes dois elementos serão estudados ao longo do trabalho, em especial no Capítulo 3. Comentam Theodoro Júnior *et al.* (2015, p. 272) que o “velho” modo de julgamento promovido pelos juízes que, de modo unipessoal, com suas assessorias e sem diálogo e contraditório pleno entre eles, advogados e *amici curiae*, proferem decisões partindo de premissas próprias e construindo fundamentações completamente díspares, não atende à atual fase da democracia nacional.

2.4. CRÍTICA DE JEREMY BENTHAM AO DOG-LAW

Além das acima rebatidas, outra crítica bastante relevante vem de Jeremy Bentham em sua célebre crítica ao *dog-law*. (ZANETI JR., 2015, p. 77) Incrédulo sobre o decisionismo judicial e sobre o direito comum e defensor da democracia representativa simbolizada pelo Legislativo, o filósofo inglês narra que o juiz produz o direito no caso concreto assim como as pessoas fazem as “leis” para seus cães. Vejamos: quando você vê seu cachorro fazer alguma coisa errada, aguarda até que ele o faça novamente, e então o repreende. “*This is the way you make laws for your dog: and this is the way the judges make law for you and me*”, completa incisivamente. Afirma que o juiz não diz antecipadamente o que deve ou não deve ser feito, mas aguarda na espreita até que o sujeito faça algo que não deveria ter sido feito, e então o enforca por

isso. Segundo Simpson, para Bentham “o *common law* era tido como *mock law, sham law, quasi-law*, e por consequência o exercício da função jurisdicional era um exemplo de poder arbitrário em todos os sentidos”. (BUSTAMANTE *In DIDIER et al.* (org.), 2015-A, p. 279). A solução seria, enfim, o Direito legislativo que estabeleceria as consequências jurídicas dos fatos da vida antes que eles acontecessem.

Sem dúvidas, a preocupação de Bentham é pertinente, todavia o contexto e os problemas jurídicos aqui analisados são distintos daqueles do final do século XVIII, bem como algumas de suas críticas não se limitam ao modelo do direito comum. Em primeiro lugar, o modelo do *civil law* já deu mostrar, ao longo dos séculos, que está sujeito aos mesmos abusos que foram alvo da crítica de Bentham no modelo do *common law* (se é que os abusos na tradição continental não tenham sido até maiores). Em segundo lugar, o direito legislativo também não é um campo imune de incertezas. As prescrições normativas pré-prontas nem sempre se ajustam com perfeição ao fato sob apreciação judicial, o que gera um campo de incerteza semelhante àquele que paira sobre a tradição anglo-saxão. Enfim, J. Bentham acaba caindo, de seu modo, no fetichismo legal que marcou as tradições jurídicas paleopositivistas, pensando que a lei pudesse nos trazer a solução definitiva de todos problemas da vida, bem como ignorava a natureza interpretativa dos textos normativos.

Ademais, o sistema de precedentes, na verdade, se mostra um importante mecanismo para produzir segurança sobre o Direito, já que consagra uma maior previsibilidade sobre o tratamento jurídico dos fatos sociais. Reconhecer a importância dos precedentes para construção do sistema jurídico chega a ser uma decorrência natural do reconhecimento da polissemia das expressões jurídicas, uma vez que, se utilizada adequadamente, pode oferecer instrumentos bastante hábeis a resolver problemas de aplicação do Direito. Ainda mais, por exemplo, na seara dos conceitos jurídicos indeterminados que têm a plurissignificação como uma característica própria.

2.5. CRÍTICA DE KARL LARENZ À EFETIVIDADE DOS PRECEDENTES

Vale ainda apresentar as críticas trazidas por Karl Larenz (1997, p. 614-616). Afirma ele, primeiramente, que os precedentes e o Direito judicial, daqueles decorrentes, podem conseguir a mesma vigência fática ou efetividade que uma lei.

Entretanto, criticando a tese de que os precedentes limitariam efetivamente a margem de livre apreciação dos juízes, desenvolve que tal pretensa limitação seria, na prática, impraticável. Segundo o jurista alemão, o tribunal que vai decidir o caso adotará duas condutas possíveis: (i) ou se atém, por si próprio, ao precedente (sobretudo, quando se trata de um precedente de tribunal superior); (ii) ou tratará de encontrar boas razões para se afastar do precedente. Explica ele que, conseguindo o tribunal encontrar melhores razões do que aquelas adotadas no passado, ele poderá decidir conforme seu melhor convencimento. O fundamento da validade do Direito consuetudinário é a convicção jurídica geral que se manifesta num uso constante. Completa que a “convicção jurídica” não só pelo uso constante se constitui, mas também pela convicção de que esta convicção deve o que se toma por Direito. Em outras palavras, Larenz rejeita que os precedentes sejam, de fato, um elemento que limite o ofício jurisdicional, pois o juiz poderia simplesmente afastá-lo no bojo de sua fundamentação sob o mero pretexto de haver melhores razões para julgar de forma diversa.

De fato, é preciso haver instrumentos que permitam aferir se os precedentes estão sendo levados em consideração nas decisões judiciais. Contudo, não se pode supor que tal empreendimento seja inviável, como asseverou Larenz. Em primeiro lugar, é preciso ter como premissa que o precedente é um fato jurídico que carece, como requisito de validade, de uma fundamentação. Ao resolver um caso concreto, o juiz deverá formular uma saída jurídica para o problema apresentado. Contudo, o ofício de julgar não se resume ao dispositivo. O juiz precisa antes articular logicamente as razões que o levaram resolver o caso daquela forma. E exatamente sobre a fundamentação que repousam os instrumentos jurídicos de controle sobre a decisão judicial, em especial para aferir a observância aos precedentes.

Portanto, como será desenvolvido mais à frente neste trabalho, os precedentes podem, em maior ou menor grau, ser considerados *âncoras argumentativas* por trazerem um paradigma decisório que deverá ser observado pelo julgador subsequente, especialmente quando se tratam de precedentes de observação obrigatória. Ao contrariar um precedente, o juiz precisa não só fundamentar a decisão do caso em si, como também justificar suficientemente a ponto de superar a *inércia argumentativa* gerada pelo precedente. Seguindo as leis da física clássica, em que um corpo em movimento tende a se manter em movimento; no Direito, em homenagem à segurança jurídica, as posições jurisprudência devem tender a manterem-se idênticas. Somente pelo emprego

de uma força (antes inexistem; no Direito, uma tese nova) é possível superar o movimento (o entendimento) que antes existia.

2.6. PRECEDENTE COMO GARANTIDOR DA ISONOMIA

Corroborando com nosso pensamento, o professor Frederick Schauer (*In DIDIER et al.* (org.), 2015-A, p. 76-79) enumera alguns motivos relevantes para que os precedentes sejam objeto de vinculação. Dentre as justificativas mais comuns para tratar precedentes como relevantes, está o argumento com base na equidade, que pode ser representado simplificadamente como “tratar casos iguais igualmente”. Portanto, o princípio da isonomia. No direito brasileiro, a isonomia está prevista no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988 que prevê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. À luz do princípio da jurisdic平ade, reconhecido amplamente pela doutrina hodierna, a expressão “lei” empregada pela Constituição não se refere à lei em sentido estrito, mas ao ordenamento jurídico como um todo, o que inclui as decisões judiciais. Neste sentido, a “consciência do juiz” não parece ser critério suficiente para violar a isonomia, até porque o ofício do juiz se limita ao exercício de um poder-dever, de um poder instrumental, e não a uma licença para usar sua atribuição para fazer a “sua justiça” no caso concreto. O professor Schauer ainda desenvolve que a ideia de equidade como coerência forma o alicerce para o pensamento acerca da moralidade, seja expressa como uma universalidade kantiana, seja como uma decisão tomada sob o manto rawlsiano da ignorância, seja simplesmente como uma regra de ouro, o princípio que estabelece que decisões que não são coerentes são, por essa razão, injustas ou simplesmente erradas. É, afinal, inaceitável o que acontece hoje em diversas localidades do Brasil em que, a depender do juiz ou desembargador incumbido de julgar, a parte estará sujeita a decisões diametralmente opostas em nome do “livre convencimento motivado”.

2.7. PRECEDENTE COMO GARANTIDOR DA PREVISIBILIDADE

Outro motivo relevante para escolher a vinculação mais forte aos precedentes é a possibilidade de haver previsibilidade sobre o Direito. Ora, quando um julgador se

obriga a decidir o caso presente da mesma forma que julgou da vez anterior, as partes poderão melhor antecipar a atuação jurisdicional. A possibilidade de prever como o juiz julgará facilita o planejamento da vida das pessoas e evita a paralisia produzida pelo desconhecido. (SCHAUER *In DIDIER et al.* (org.), 2015-A, p. 78). O sistema de precedentes fortes ainda traz importantes contribuições sociais e econômicas. No campo econômico, por exemplo Timm (*online*) destaca a relevância dos precedentes judiciais vinculantes para reduzir os custos sociais e os riscos econômicos, uma vez que, ao dar mais segurança sobre como o juiz irá agir, os agentes econômicos ficam mais estimulados a investir.

Uma base institucional estável é fundamental para produz terreno fértil para o florescimento da atividade econômico. Além disto, num sistema judicial cujo acesso tem custo e risco baixos, o decisionismo instiga litígios evitáveis (especialmente aventuras jurídicas) do que caso houvesse maior certeza acerca da decisão final do processo. Como consequência, temos o gastos desnecessários de tempo e de recursos preciosos das partes e do Poder Público. Um sistema racional de precedentes judiciais possibilita ao empresário e aos operadores do Direito uma antecipação mais objetiva do que se esperar das decisões judiciais, permitindo melhores planejamentos de condutas e análises de riscos mais apuradas para a condução das demandas judiciais em curso, como verificado nos casos analisados do adicional de insalubridade pago pelas clínicas de ultrassonografia e das indenizações por juros abusivos arcadas pelas instituições financeiras. (LEMBI *et al.*, *online*)

Ademais, o sistema de precedentes traz o fortalecimento da decisão judicial pela maior a eficiência da tomada de decisão, em razão da redução do esforço decisório, e pelo fortalecimento da instituição da decisão. Ao decidir com base em precedentes, o juiz remete a responsabilidade sobre a substância da decisão àqueles que o precederam no exame de casos similares. Este argumento reside propriamente sobre o fato de que o regime de precedentes permite menos reconsiderações sobre questões já consideradas do que no sistema que não possui a regra do precedente. Outro aspecto é que o sistema de precedentes deve operar para diminuir a variação que doutra forma aconteceria pela diferença entre julgadores. Ainda destaca Schauer que utilizar um sistema de precedentes para padronizar decisões subordina diferentes julgadores, tanto na aparência como na prática. Esta subordinação da variação decisória e de julgadores pode acarretar o fortalecimento da instituição decisória, pois se a consistência interna fortalece a

credibilidade externa, logo, minimizando a inconsistência interna pela padronização de decisões dentro de um ambiente decisório pode genericamente fortalecer aquele ambiente decisório como instituição.

Pode-se trazer também o argumento da unidade da jurisdição. Levando em consideração que o Poder Judiciário consiste num bloco de competências decisórias atreladas ao exercício da soberania estatal perante a comunidade, há que se esperar que prevaleça a unicidade retórica desta parcela do Estado. A independência judicial, consubstanciada numa série de garantias pessoais, institucionais e proibitivas, não pode ser interpretada no sentido de servir para garantir que o juiz possa realizar sua “justiça particular”, mas sim para lhe permitir aplicar o Direito de forma isenta de influências externas.

Para ilustrar o absurdo que seria considerar o ofício jurisdicional um instrumento para a realização da “justiça particular” do julgador, trazemos a lenda do leito de Procusto da mitologia da antiga Grécia, a partir da qual se pode tirar uma analogia bastante interessante. Na serra de Elêusis, Procusto residia em sua casa, na qual estava sua lendária cama de ferro. A figura mitológica convidava todos os seus hóspedes para se deitarem sobre esta cama. Quando eles eram muito altos, o bandido contava-lhes os membros para que coubessem no leito; quando muito baixos, esticava-os para que se ajustassem ao comprimento da cama. As vítimas nunca se ajustavam ao leito, pois o esticador tinha duas camas já como precaução. A figura do mito se adéqua muito bem ao juiz que injustificadamente deixa de seguir os precedentes em nome de sua “consciência”, garantido suas pretensões de justiça individual, mas destruindo as expectativas jurídicas dos jurisdicionados e a segurança sobre o Direito objetivo. É a figura do juiz Procusto.

3. ARGUMENTAÇÃO POR PRECEDENTES

Para Frederick Schauer (*In DIDIER et al. (org.), 2015-A, p. 49*), apelar a um precedente é uma forma de argumentação e uma forma de justificação, frequentemente tão convincente quanto pervasiva. A argumentação por precedentes pode ser definida assim: do ponto de vista prospectivo, o tratamento de uma ocorrência X, no presente, da forma Y consiste em razão suficiente para tratar de uma outra ocorrência idêntica a X,

no futuro, da mesma forma Y. Ou, do ponto de vista retrospectivo, o tratamento de uma ocorrência X, no passado, da forma Y consiste em razão suficiente para tratar a presente ocorrência, idêntica a X, da mesma forma Y.

3.1. PRECEDENTES NA VIDA SOCIAL EM GERAL

Vale perceber que o argumento do precedente não é exclusivo do Direito, bem como o uso do precedente não se restringe à seara do Direito. Por diversas vezes, o mero fato de uma situação ter sido tratada de modo X já é motivo bastante forte para que no futuro situação idêntica seja tratada de modo X novamente, e não de modo Y ou K. Por exemplo, quando uma criança questiona o pai se poderia assistir à televisão até 22h para ver um programa educativo, e o pai dá uma resposta positiva, cria-se um precedente em relação à possibilidade de a criança assistir à TV naquelas mesmas condições no futuro. Com o precedente formado, existe a expectativa de que o entendimento passado será seguido em situações futuras idênticas. Na semana seguinte, frente às mesmas condições, a criança possivelmente não mais buscará a autorização do pai para assistir à TV, pois já há um precedente autorizativo neste sentido. E caso o pai discorde que assista à TV, certamente a criança argumentaria: “mas na semana passada o senhor disse que eu poderia assistir ao programa até 22h”. Afirma Schauer (*In DIDIER et al. (org.), 2015-A, p. 52*) que esse argumento distancia o debate da decisão de permitir que a criança assista ao programa e a aproxima do que os pais disseram para chegar à decisão, aproximando-se à aplicação de uma norma legislativa. Esclarecendo juridicamente: o argumento por precedente distancia o debate do “dispositivo” e o aproxima da “fundamentação” da decisão. O professor Schauer ainda afirma que, se a norma tivesse sido elaborada de forma antecipada, como uma lei, a discussão seria pouco diferente daquela na qual um precedente é acompanhado simultaneamente por uma linguagem explicativa.

Em primeiro momento, o argumento do precedente parece orientado para o passado, e esta é a perspectiva tradicional sobre os precedentes dentro e fora do Direito. Portanto, com os precedentes, as atenções se voltam para o passado, em como o presente deve ser fruto das lições do passado, no que se chama de projeção retrospectiva dos precedentes. Contudo, os precedentes também têm sua projeção prospectiva, a sua

argumentação também se orienta para o futuro. “Hoje não é apenas futuro do passado; é, do mesmo modo, o ontem do amanhã.” A partir daí, um sistema de precedentes envolve, igualmente, a responsabilidade especial que acompanha o poder de comprometer o futuro antes de chegarmos nele. (SCHAUER *In DIDIER et al.* (org.), 2015-A, p. 220)

3.2. HISTORICIDADE DOS PRECEDENTES

O autor ainda alerta sobre como a passagem do tempo dificulta desembaraçar um precedente de sua consideração linguística específica, porque o processo de caracterização da decisão não se encerra com a sua primeira formulação. O passado precisa ser continuamente reinterpretado na medida em que entramos no futuro. A história de uma decisão muda de geração em geração, “assim como as palavras sussurradas de criança para criança num jogo de ‘telefone sem fio’”, como ensina Schauer. Afinal, toda decisão é impregnada pelo espírito de sua época. Lidar com precedentes implica em lidar com palavras de um julgador num diferente contexto temporal, cultural e social. Os precedentes têm o que Dworkin chama de “força promulgatória”, decorrente das palavras que compõem o precedente terem, por si, força impositiva; disto decorre a dificuldade de separar o efeito da decisão das palavras que a consubstanciam. (SCHAUER *In DIDIER et al.* (org.), 2015-A, p. 51-53) Basicamente, ao revisitar o precedente, o interprete poderá ter dificuldade em compreender precisamente, com base em palavras escolhidas num contexto temporal distinto, a que se pretendia o então julgador, bem como terá dificuldade em inferir como aquele julgador decidiria no tempo presente.

Destaca Macêdo (*In DIDIER et al.* (org.), 2015-A, p. 217-218) que, embora a *ratio decidendi* de um caso tenha seu precedente (sua decisão originária) como referencial *ad eternum*, seu significado não está adstrito ao que o juiz lhe deu ou quis dar. Muito embora por vezes possa ser corretamente realizada, a interpretação literal ou canônica não deve ser tomada como método ideal para se extrair do texto do precedente a norma que lhe subjaz. Embora a decisão em si mantenha-se intacta, a semântica normativa que dela emana é maleável na medida em que ela está sujeita a uma constante reinterpretação pelos seus aplicadores para adequá-la historicamente. A *ratio decidendi*

transcende à sua decisão originária, uma vez que a norma jurídica – fruto da interpretação do texto do precedente – vai além os enunciados empregados pelo juiz.

No Brasil, contudo, a teoria da transcendência dos motivos determinantes não é (ainda) adotada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰, quando se trata de controle direto de constitucionalidade. No entendimento da corte, a exegese do art. 102, I, 'l', da Constituição Federal não permitiria, por exemplo, o cabimento de Reclamação Constitucional para questionar o desrespeito a elementos de fundamentação adotados em sede de controle concentrado. Conforme a teoria restritiva adotada, somente o dispositivo seria hábil a produzir efeitos vinculantes. Portanto, somente a norma específica da decisão gera efetiva obrigatoriedade jurídica; enquanto a norma jurídica geral extraível da fundamentação, no máximo, teria efeitos persuasivos, mas sem obrigatoriedade. Com o novo CPC, este quadro se modifica parcialmente, conforme será analisado no Capítulo 3.

3.4. CONCRETIZAÇÃO DE CONCEITOS VAGOS POR PRECEDENTES

A argumentação por precedente, quando se fala em conceitos jurídicos indeterminados, por seu turno, atinge um patamar de relevância diferenciado. Não se trata apenas de conferir a dois casos idênticos, em momentos temporais distintos, tratamento idêntico, mas definir *sobre o que* se decide. O precedente sobre conceitos vagos tem um papel conceitual que lhe é próprio. Ao decidir, casuisticamente, quando uma expressão vaga se aplica ou não, o julgador não está apenas fixando um parâmetro decisório sobre *como* se deve aplicar o Direito, mas *sobre o que* é o Direito semanticamente. O precedente se transforma, assim, em elemento definidor sobre a expressão jurídica.

¹⁰ Neste sentido: Rcl 21.833-ED/DF, Relatora a Ministra Cármén Lúcia, DJe 30.11.2015; Rcl 20.727-AgR/PA, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 12.11.2015; Rcl n. 5.703- AgR/SP, Relatora a Ministra Cármén Lúcia, DJe 16.9.2009; Rcl n. 5.389-AgR/PA, Relatora a Ministra Cármén Lúcia, DJe 19.12.2007; Rcl n. 9.778-AgR/RJ, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 10.11.2011; Rcl n. 9.294-AgR/RN, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 3.11.2011; Rcl n. 6.319-AgR/SC, Relator o Ministro Eros Grau, DJe 6.8.2010; Rcl n. 3.014/SP, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 21.5.2010; Rcl n. 2.475-AgR/MG, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, DJe 31.1.2008; Rcl n. 4.448-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 8.8.2008; Rcl n. 2.990-AgR/RN, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 14.9.2007; Rcl n. 5.365-MC/SC, Relator o Ministro Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 15.8.2007; Rcl n. 5.087-MC/SE, Relator o Ministro Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 18.5.2007.

Conforme os precedentes vão se acumulando, montando-se um retrato conceitual daquela expressão vaga, como se fosse um quebra-cabeça. Contudo, o quebra-cabeça não é permanentemente o mesmo, mas sim está em constante transformação e renovação. A relevância do sistema de precedentes é justamente agrupar e conferir coerência ao conjunto de peças que, embora possam ser suficientes em situações pontuais, precisam ser encaixar para que se tenha uma fisionomia ampla e operável do conceito jurídico indeterminado. Sem um sistema ordenado e científico de precedentes, os conceitos vagos se limitam a agrupamentos assistemáticos ou manifestações isoladas de sua semântica jurídica. Este tema será desenvolvido no capítulo seguinte.

4. VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES

A força vinculante dos precedentes judiciais é objeto de discussão há muitos séculos nas mais diversas tradições jurídicas. O debate sobre a obrigatoriedade dos precedentes, como regra, gira em torno da vocação das decisões judiciais quanto fontes do Direito. Outro ponto relevante é, assumindo que haja maior ou menor poder vinculante, o que seria obrigatório na decisão judicial quanto meio de resolução de problema submetidos à jurisdição. O tema é relevante para compreender a sistemática de precedentes do novo CPC, trabalhada no Capítulo 3.

4.1. PRECEDENTES COMO FONTE DO DIREITO

A noção de vinculação dos precedentes está diretamente relacionada com a ideia de que os precedentes judiciais são legítimas fontes formais do Direito, vinculantes ao juiz no julgamento do caso concreto. Aqui não se fala de uma distinção ontológica entre diferentes textos normativos (como lei e decisão judicial), mas de reconhecimento destas enunciações como fontes hábeis de fornecer uma solução jurídica para o caso concreto. Por exemplo, Karl Larenz (1997, p. 614-615) argumenta que os precedentes e o “Direito judicial”, deles procedente, podem conseguir a mesma vigência fática ou efetividade que uma lei, se os tribunais os seguem e o tráfego jurídico se orienta por eles.

Destaca Bustamante (*In DIDIER et al. (org.), 2015-A, p. 278*) que, na percepção dominante entre os teóricos do Direito e os comparativista, vigora um *either-or-assumption* em relação aos precedentes judiciais. Isto é: ou o precedente é fonte do Direito e, portanto, vinculante ou obrigatório; ou não é reconhecido como fonte, nem possui caráter vinculante, mas apenas persuasivo e aditivo. Esta raiz *either-or-assumption* está diretamente relacionada à compreensão positivista dos precedentes, que defende que a autoridade dos precedentes vem da autoridade do juiz, e não de considerações justiça e de equidade.

Afirma Zaneti Jr. (2015, p. 109) que a diferença entre norma-legal e norma-jurisprudencial reside mais no estilo do que na finalidade de cada uma, bem como na sua metodologia de aplicação e superação, do que propriamente na negativa das fontes jurisprudenciais do Direito. Não se pode negar que a lei e a jurisprudência são fontes diferentes, com diversa metódica de aplicação para solução dos problemas jurídicos. Completa o autor que o que se percebe, de fato, é o aperfeiçoamento da divisão do trabalho dos mecanismos de divisão entre juiz, legislador e constituinte.

Larenz argumenta, porém, que a compreensão do que seria “fonte do Direito” seria uma questão relativa ao que se entende como tal, ou seja, uma questão terminológica. O autor alemão desenvolve que, uma vez qualificando os precedentes como “fonte do Direito” todos aqueles fatores que cooperaram na criação e no desenvolvimento posterior do Direito, então não só a jurisprudência, como também a doutrina jurídica poderiam ser consideradas fontes do Direito. Por outro lado, se por “fonte do Direito” se entende só a base do nascimento de uma norma jurídica que pretende validade normativa, no sentido de vinculatividade, então só seriam fontes genuínas do Direito a legislação e o uso originário numa convicção jurídica geral (como fonte de Direito consuetudinário). Adotando a segunda posição e parafraseando Esser, o professor Larenz defende que os precedentes não têm nenhum “conteúdo normativo para além da adequada compreensão da lei originada pela convicção de retidão de cada juiz em particular”, mas que são apenas um “meio de conhecimento judicial”. O autor alemão encampa a chamada teoria declaratória, a partir da qual se defende que o juiz simplesmente declara um Direito preexistente, nada criando.

A teoria declaratória se baseia na ideia de que o juiz não cria propriamente o Direito, rejeitando o poder criativo da autoridade judicial sobre o desenvolvimento do

Direito. Vale dizer que a concepção declaratória prevaleceu por bastante tempo não só no *civil law*, sob o manto de autores como Savigny e Windscheid, como no *common law*. (WAMBIER In DIDIER et al. (org.), 2015-A, p. 263) Seu contraponto é a teoria positivista, na qual o juiz efetivamente cria algo novo no Direito ao decidir. Bustamante (2012, p. 264-265) destaca que ambas as abordagens têm seus méritos: da teoria positivista, é correto dizer que os juízes têm determinado poder criativo ao interpretar e aplicar o Direito aos casos concretos; da teoria declaratória, pode-se derivar a tese de que, num importante sentido, os juízes, ao aplicarem o Direito, estão vinculados pelo conteúdo das prescrições normativas que podem de modo geral ser derivadas do Direito e de sua sistematização racional. Portanto, se por um lado tem o juiz poder criativo sobre o Direito, em especial nas áreas de incerteza, por outro lado está ele vinculado a um Direito preexistente consubstanciado no texto objeto de interpretação.

Parece mais adequada a posição que defende haver no ofício jurisdicional algum poder criativo do juiz, especialmente sobre campos de maior incerteza jurídica. Para tal, convém discutir um pouco a ideia de que o ordenamento jurídico seria “completo”, ou seja, o princípio da completude do ordenamento jurídico. Neste sentido, fazemos uma distinção entre (i) completude lógica e (ii) completude semântica do ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico é completo do ponto de vista lógico, pois, com base no substrato textual que oferece, é possível julgar qualquer proposição como compatível com o Direito ou não (ainda que às vezes de modo precário, em razão da vagueza textual). (BOBBIO, 2011, p. 119) Contudo, não parece correto dizer que o ordenamento é completo semanticamente, uma vez que os textos normativos estão sujeitos à polissemia, o que nos leva a pontos de incerteza semântica sobre o real conteúdo do Direito. Enquanto fenômeno semântico, o Direito (enquanto objeto) é repleto de pontos cegos. Uma das formas para sanar essas lacunas de significação é o precedente judicial que, se operacionalizada adequadamente, podem servir de instrumento para reduzir os pontos cegos.

Para ilustrar, tomemos como exemplo o princípio da isonomia, que consiste em tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade. Devido à grande abstração deste princípio, poder-se-ia chegar conclusões diametralmente opostas com base nele (e que talvez fossem efetivamente razoáveis e possíveis). Daí a ideia da completude lógica, que se consubstancia na vedação ao *non liquet*. Por outro lado, há uma lacuna (ou uma incerteza) sobre a semântica do referido

princípio da isonomia no caso concreto, há um ponto cego no Direito que o aplicador deverá preencher. Com base nisto, percebe-se que os precedentes têm o papel de colmatar vazios de significação. O papel criativo do julgador repousa justamente em sua aptidão de formular soluções jurídicas que esclarecer o significado objetivo dos signos jurídicos.

4.2. PARTES AUTORITATIVAS DOS PRECEDENTES

Em um sistema de precedentes obrigatórios (em que os precedentes devem ser necessariamente levados em consideração no momento de julgar), a decisão judicial, após adquirir estabilidade e ser publicada, detém obrigatoriedade, que lhe lança a condição de fonte do Direito. Contudo, não necessariamente a decisão adquire caráter vinculante. Com efeito, a doutrina traça uma distinção entre *ratio decidendi* (parte obrigatória) e *obiter dictum* (parte não obrigatória). (MACÊDO In DIDIER et al. (org.), 2015-A, p. 215-216) Destaque-se que ambos estão associados à fundamentação da decisão. A identificação das partes obrigatórias das decisões judiciais é essencial para a adequada operacionalização do sistema de precedentes, uma vez que, do contrário, diante da grande quantidade de normas jurídicas produzidas, a aplicação dos precedentes se tornaria bastante difícil, talvez impraticável. Destaca Bustamante (In DIDIER et al. (org.), 2015-A, p. 292) que os juristas de tradição continental, sob a premissa de que os precedentes jamais são dotados de autoridade – de modo que na prática ele não se distinguiria de um argumento por exemplificações –, não se preocuparam tanto em estabelecer um critério rigoroso de delimitação de todas as circunstâncias relevantes do caso concreto. Completa que estes mesmos autores, sob a premissa de que os precedentes judiciais têm efeito meramente persuasivo (sem força vinculante ou obrigatoriedade, mas meramente exemplificativa), acreditam que não é de fato imprescindível estabelecer um critério claro e definitivo para encontrar a *ratio decidendi*.

No Brasil, pela falta de um efetivo sistema de precedentes vinculantes, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* ainda é um campo pouco explorado pela doutrina. Adotando a divisão mais típica das decisões judiciais (relatório, fundamentação e dispositivo), tem-se que a *ratio decidendi* se manifesta, em especial,

na fundamentação. O relatório traz os fatos que levaram àquela decisão. Nesta primeira parte encontramos as premissas sobre as quais se forma a manifestação judicial. Na fundamentação, o julgador articula logicamente as premissas fáticas e o substrato jurídico que tem à sua disposição, a fim de encontrar uma resposta para o caso concreto. Por fim, o dispositivo é o resultado, a conclusão do esforço mental desenvolvido na fundamentação.

4.2.1. OBTER DICTUM

Em oposição à *ratio decidendi*, estaca Didier (*et al.*, 2015-B, p. 444-445) que o *obiter dictum* (em latim, “dito para morrer”) é o argumento jurídico exposto apenas de passagem na motivação da decisão, assumindo um caráter normativo acessório, provisório, secundário que não tenha tido influência relevante e substancial para a decisão. Podem ser considerada *obiter dictum* também manifestações que não recaiam sobre o objeto da causa, hipoteticamente considerados, ou, ainda, sobre questão irrelevante, bem como a menção a referenciais normativos impertinentes e inaplicáveis à espécie. Até mesmo o embasamento do voto vencido numa decisão colegiada pode ser reconhecido como *obiter dictum*. Embora não tenha força vinculante, serve para sinalizar uma futura orientação judicial, uma vez que pode futuramente ser o argumento principal do tribunal para uma determinada questão fática, convertendo-se em *ratio decidendi*.

4.2.2. RATIO DECIDENDI

Como ensina Buril, no *common law*, a *ratio decidendi* – expressão mais usada no direito inglês (ou *holding*, no direito norte-americano) – refere-se às razões de decidir ou razões para a decisão, e configura sinônimo de norma jurídica. No direito brasileiro, as expressões “razões de decidir” e “motivos determinantes” já foram utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Dizer que se deve aplicar um precedente quer dizer que se deve aplicar sua *ratio decidendi* ou a norma jurídica dela decorrente, uma vez que a *ratio* é a parte obrigatória do precedente e deverá ser observada ao julgar casos futuros semelhantes. Desta forma, a razão de decidir de um certo caso transcende a individualidade das partes daquele processo,

atingindo a esfera de interesse jurídico de toda a coletividade. Vale ainda dizer que a noção de *ratio* não está necessariamente atrelada ao fato de o precedente ser obrigatório ou meramente persuasivo, mas sim a noção de precedente em geral.

A ideia de *ratio decidendi* como norma jurídica já bastante sedimentada no *common law*. O termo foi utilizado pela primeira vez por John Austin, na década de 1830. (MACÊDO In DIDIER et al. (org.), 2015-A, p. 219) Desde então, a doutrina desenvolveu formas bastante diversas para a definição contrata da *ratio*, uma vez que noção de *ratio* e os critérios para sua determinação constituem algo ainda fortemente controvertido. (BUSTAMANTE, 2012, p. 259)

Traçando uma distinção entre as teorias *descriptiva* e *normativa* do precedente, Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p. 259) destaca que a grande questão a ser respondida por uma teoria descriptiva dos precedentes judiciais é: “O que vale como precedente judicial?”. Por outro lado, para a teoria normativa, adotada pelo autor em sua obra, o problema central é: “O que deve contar como precedente judicial, para fins de sua aplicação no raciocínio jurídico?”. Para Bustamante, o precedente é objeto de interpretação como qualquer texto normativo, exigindo do aplicador que a sua *ratio* – o elemento vinculante – seja extraída para ser utilizada como paradigma. Neste trabalho, também nos aproximaremos de uma teoria normativa.

Citado por Bustamante (2012, p. 261-263), Chiassoni destaca que o conceito de *ratio decidendi* é caracterizado por uma notável ambiguidade, que concerne a dois fatores: (i) o tipo de objeto designado; e (ii) o grau de especificação do objeto designado. Por tipo de objeto pode-se entender de três maneiras: (a) segundo uma concepção normativista abstrata, pode-se compreender a *ratio* como a norma jurídica geral (a regra, o critério, o princípio, a premissa normativa) extraível da sentença, com base na qual se decidiu um caso; (b) segundo uma concepção normativista concreta, pode-se compreender a *ratio* como a norma geral contextualizada, em que a decisão de um caso não é decidida em si e por si, mas unicamente em relação aos argumentos que a sustentam e à decisão do fato ao qual tenha sido aplicada; e (c) segundo uma concepção argumentativa, pode-se compreender a *ratio* como qualquer elemento essencial (*sine qua non*) da argumentação desenvolvida pelo juiz para motivar a decisão de um caso.

Quanto ao grau de especificação do objeto designado, é possível encontrar um número ainda maior de significados, quais sejam alguns: (a) o elemento da motivação que constitui uma premissa necessária para a decisão de um caso; (b) o princípio de Direito que na sentença é suficiente para decidir o caso concreto; (c) a argumentação necessária ou suficiente para definir um juízo; (d) a norma que constitui, alternativamente, a condição necessária e suficiente, ou a condição não necessária, mas suficiente, ou ainda uma condição necessária mas não suficiente de uma determinada decisão; (e) a norma relevante para os fatos da causa, à luz de uma análise textual do precedente-sentença, que o juiz tenha de fato estabelecido e/ou seguido; (f) a norma relevante para os fatos da causa que o juiz do caso paradigmático declara expressamente ter estabelecido e/ou seguido; (g) a norma expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como necessária para decidir o caso; (h) a norma relevante para os fatos da causa que o juiz tenha pronunciado a decisão paradigmática deva ter estabelecido e/ou seguido, para decidir corretamente a controvérsia; (i) a norma relevante para os fatos da causa, segundo a opinião de um juiz sucessivo, o juiz que pronunciou o precedente tenha de fato estabelecido ou seguido; (j) a norma relevante para os fatos da causa que, segundo a opinião dos juristas, o juiz posterior tenha o dever de considerar como estabelecida ou seguida por um juiz precedente. Como lembra o autor brasileiro, todas estas concepções têm como único fundamento para seguir os precedentes: a autoridade que tem os juízes para *criar* o Direito.

Como destaca Buril (*In DIDIER et al. (org.), 2015-A*, p. 219-220), no *common law*, os métodos mais tradicionais de definir *ratio* foram definidas por Wambaugh, Oliphant e Goodhart. Outras contribuições relevantes são as de MacCormick, de Cross e Harris e de Michael Moore, bem como de Melvin Eisenberg. Em primeiro lugar, temos da lição de Eugene Wambaugh, para o qual a *ratio* consiste na regra geral extraível da fundamentação sem a qual o julgador não haveria chegado ao resultado alcançado, isto é, a decisão. A fórmula de Wambaugh é baseada em formular uma proposição jurídica decorrente da fundamentação e ponderar se o órgão jurisdicional teria chegado a mesma decisão se não a tivesse utilizado. Caso a resposta seja positiva, temos uma *ratio decidendi* para a decisão; do contrário, não a temos. Esta tese é criticável por ser insuficiente para tratar de decisões baseadas em mais de uma razão de decidir, já que poderíamos descartar uma tese idônea sem chegar a uma conclusão diversa.

Por outro lado, o professor realista norte-americano Herman Oliphant se apresenta como um descrente sobre a possibilidade de determinar a *ratio decidendi*, pois as razões decisórias não seriam verdadeiramente expostas e não obrigariam, por carência de formatação, a decisão dos julgadores posteriores. (MACÊDO In DIDIER et al. (org.), 2015-A, p. 220) Este autor propõe um “empirismo radical” no método para determinar a *ratio decidendi*. Citado por Bustamante (2012, p. 260), Oliphant destaca que um precedente é “o que as cortes tenham feito em resposta ao estímulo dos fatos do caso concreto que se acha diante delas”, e “não a fundamentação dada pelo juiz”.

Em terceiro lugar, merece destaque especial o método desenvolvido por Arthur Goodhart para a identificação da *ratio decidendi*. O autor norte-americano argumenta que para descobrir a *ratio*, chamada constantemente pelo jurista de “princípio do caso”, é imprescindível determinar quais fatos foram sustentados como *materiais*, isto é, considerados relevantes pela corte para a decisão. Ao considerar todos os fatos observados pelo julgador, devem-se distinguir aqueles que tenham sido decisivos para a conclusão jurídica. Todos os fatos que tenham sido expressamente elevados ao patamar de materiais devem ser como tal considerados pelo julgador posterior; por outro lado, os fatos apenas hipoteticamente considerados para a decisão devem ser considerados *obter dicta*. Portanto, a definição da *ratio* é guiada pelos fatos substanciais que levaram à conclusão jurídica. Goodhart (2008, p. 260), concordando com Oliphant, afirma que “a primeira regra para se descobrir a *ratio decidendi* de um caso é que ela não deve ser buscada nas razões em que o juiz tenha baseado sua decisão”, mas nos fatos materiais tais como vistos pelo juiz no caso concreto. Para Goodhart, interpretar um precedente judicial significa, portanto, distinguir no caso tomado como paradigma os fatos considerados materiais dos não-materiais, ou seja, que constituem as *ratione decidendi* das *obter dicta*. (BUSTAMANTE, 2012, p. 109)

Contudo, a formulação de Goodhart, padece do defeito de pressupor que seria possível separar radicalmente os fatos e as normas jurídicas no bojo no precedente, como viriam a desenvolver Cross, Simpson, Stone, MacCormick, entre outros. Citado por Bustamante (2012, p. 109-110), destaca Wróblewski que o uso do precedente orientado aos fatos está interconectado ao uso do precedente orientado às regras, pois as regras disciplinam sempre um tipo de fato, e os fatos no discurso jurídico não podem ser compreendidos fora de suas relações com as regras.

Adotando uma posição eclética entre Wambaugh e Goodhart, o jurista Rupert Cross desenvolve que a *ratio decidendi* consiste em qualquer norma jurídica expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário à obtenção da sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ela adotada, ou como parte necessária de seu direcionamento para a decisão. (LUCCA, 2015, p. 297)¹¹ Ele destaca ainda, nas palavras de Buril, que a definição de *ratio* deve ser atingida realizada à luz dos fatos substanciais da decisão que constitui o precedente e que todo julgamento precisa ser compreendido à luz do direito jurisprudencial como um todo. (MACÊDO In DIDIER et al. (org.), 2015-A, p. 221) Esta é a posição adotada por Freddie Didier Jr. et al. (2015-B, p. 450) e Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 250-251). Para esta corrente, não só a norma jurídica, mas também os fatos materiais compõe a *ratio decidendi*.

Já MacCormick define a *ratio decidendi* como a norma “expressa ou implicitamente dada pelo juiz que é suficiente para solucionar uma questão de direito posta em debate, tendo sido necessária alguma fundamentação para a justificação da decisão”.¹² Portanto, para o autor escocês, em vez de “norma necessária para a decisão”, deve-se falar em “norma suficiente para a decisão”. (MACÊDO In DIDIER et al. (org.), 2015-A, p. 221) Explica MacCormick que, quando se fala em “aplicar o Direito a um problema”, está-se na realidade falando do argumento por subsunção. Entenda-se argumento por subsunção como a aplicação de um postulado de ordem moral racionalmente inteligível e de ordem universal para solução do problema fático. (BUSTAMANTE, 2012, p. 109-110)

Analizando a formulação de MacCormick, encontramos méritos relevantes como: (i) ajustar-se à possibilidade de haver múltiplas razões de decidir, superando a proposta de Wambaugh; e (ii) não confundir a identificação da norma geral da decisão judicial e os elementos fáticos que serviram para construir a *ratio* ou para verificar se ela é passível de incidência ou não, superando as propostas de Goordhart e Cross.

¹¹ No original: “*the ratio decidendi of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judges as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury.*” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Precedent in English Law, p. 72)

¹² No original: “...expressly or impliedly given by the judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties’ arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decision in case.” (MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are, p. 170)

Assim, entende-se o precedente como uma solução jurídica que conferirá ao ordenamento jurídico maior densidade semântico, preenchendo pontos cegos sobre o que deve se entender por Direito. Na linha de que a *ratio* é uma norma geral extraível da decisão judicial, não parece adequado confundir a *ratio decidendi* (norma geral) com as circunstâncias fáticas sobre as quais foi produzida. Embora os fatos materiais sejam necessários para a melhor compreensão da norma produzida e para averiguar se é cabível a aplicação daquela *ratio* a um caso futuro, dizer que os fatos em si compõem a norma configura um excesso.

Linha semelhante é adotada por Lucca (2015, p. 271-272) que afirma que as razões de fato (fatos materiais) não podem compor a *ratio decidendi* por faltar-lhe universalidade (ou generalidade). Aduz que as razões fáticas são elementos particulares de cada caso concreto, por isso não é possível transpô-los a novos casos que surgem. Apenas razões universais ou universalizáveis seriam aptas a fundamentar tais decisões. O autor está correto. Para aplicar um precedente a um caso futuro é preciso realizar um duplo processo lógico: (i) uma indução (da qual se extrai a *ratio decidendi*); e, em seguida, (ii) uma dedução (na qual a *ratio decidendi* será subsumida ao caso em discussão). O que será aplicado no caso futuro é a *ratio decidendi* (universalidade), e não os fatos específicos (ou materiais, ou substanciais) que levaram à decisão.

Traçando um comparativo mais próximo para a tradição brasileira, basta imaginar que uma norma legislativa (geral e abstrata) não se confunde com os fatos do mundo que ensejam sua incidência (produzindo uma norma específica e concreta). Para se ter a norma geral que será aplicada em casos futuros, é necessário proceder com um salto indutivo sobre a solução do caso concreto. Dizer que os fatos materiais em si compõe a *ratio decidendi* seria como não realizar o salto indutivo e buscar executar uma subsunção “horizontal”, ou seja, de premissa menor para premissa menor, o que é um erro lógico-argumentativo.

A diferença substancial que deve ser destaca entre uma norma legislativa e uma norma de precedente (*ratio decidendi*) é metodológica (e não ontológica), já que esta última precisa ser compreendida à luz do caso concreto que a criou e das normas legais que justificaram sua elaboração. Ademais, pode existir *ratio decidendi* em processos que não comportam propriamente fatos, tais como as ações de controle concentrado de constitucionalidade.

A distinção entre *ratio decidendi* e fatos materiais também facilita trabalharmos com uma multiplicidade de casos concretos em torno de um mesmo objeto jurídico, especialmente quando este possui alto grau de abstração, uma vez que

Embora sejam estranhos à *ratio decidendi*, os fatos materiais têm uma dupla função que é fundamental na dinâmica e na operacionalização dos paradigmas decisórios. Em primeiro lugar, por a *ratio decidendi* ter brotado a partir destes fatos substanciais, não se pode negar que a exata compreensão da *ratio decidendi* exige que sua interpretação seja feita conjuntamente aos fatos materiais. Em segundo lugar, os fatos materiais são relevantes para identificar em que outros casos aquela razão de decidir poderá ser aplicada, com base num juízo de analogia entre o precedente e o caso presente. Portanto, os fatos materiais têm uma função de interpretação e uma função de identificação para sua incidência em relação à *ratio decidendi*.

Ainda na linha da completude do ordenamento, a *ratio decidendi* possui duas funções sobre a estrutura do ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, promove uma modificação lógica sobre o ordenamento jurídico, uma vez que as proposições jurídicas deverão ser julgadas verdadeiras ou falsas com base numa nova variável, qual seja: o entendimento jurisdicional produzido. Em segundo lugar, promove a ampliação semântica do ordenamento jurídico, pois se terá maior compreensão sobre as categorias jurídicas a partir de uma manifestação judicial que esclarece pontos de incerteza sobre o Direito, como já explicado.

5. APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Em primeiro lugar, cabe esclarecer que quando se fala em “aplicar um precedente”, quer se dizer, a rigor, “aplicar a *ratio decidendi*” de uma decisão pretérita. Portanto, aquela expressão exige o sentido mais estrito da expressão “precedente”. O que se aplica é a norma geral extraível da fundamentação da decisão, e não a decisão em si, uma vez que esta, em seu conjunto, será considerada apenas no bojo de seu processo original.

Tomando como base a classificação desenvolvida por MacCormick, a *ratio decidendi* consiste nas normas gerais adotadas pela decisão que sejam suficientes para

se atingir a respectiva conclusão jurídica. O critério para aplicação desta norma geral é a identificação dos fatos materiais ou substanciais no caso em análise, em comparação com aqueles do caso que originou a *ratio decidendi*. Portanto, a primeira fase da aplicação de um precedente é identificar os fatos substanciais, aqui entendidos como aqueles que sejam juridicamente relevantes para a solução do caso concreto. A identificação dos fatos relevantes depende da bagagem de conhecimentos jurídicos do aplicador, que precisará identificar quais elementos são relevantes, tomando como base o que se tem por “fontes do Direito”, tais como Constituição, leis, decretos executivos e decisões judiciais. A partir da análise destes fatos materiais identificam-se os precedentes que poderão vir a ser aproveitados para solucionar o caso concreto.

Na segunda fase, o analista deverá traçar um comparativo entre o caso em comento e o paradigma decisório. Ainda estamos aqui tentando constatar se é adequado aplicar a *ratio decidendi* aos fatos substanciais, a fim de identificar, por meio de uma análise analógica, se a *ratio decidendi* é compatível com o caso concreto que se apresenta. Havendo distinções fáticas suficientes para afastar a aplicação do precedente, proceder-se-á com o *distinguishing*, o qual será melhor discutido mais à frente. Justamente neste momento de estudo comparativo que se deve aprofundar sobre os detalhes fáticos, tentando identificar variáveis que poderão afastar a aplicação de uma determinada *ratio* pelo *distinguishing* (diferenciação). Outra saída é reconhecer, de forma devidamente fundamentada, que a tese jurídica ora firmada é falha e mercê ser superada, no que se chama de *overruling*.

Na terceira fase, já identificada similitude suficiente entre o caso que originou a *ratio decidendi* e o caso presente, caberá ao aplicador aproveitar-se da norma geral produzida no caso anterior e, com ela, resolver o problema do caso concreto. Há possibilidade de superação da *ratio decidendi*, substituindo-se a então tese jurídica por meio do chamado *overruling* (superação), que consiste em substituir a norma geral antes utilizada. Este instituto também será estudado mais detidamente no item seguinte.

5.1. REQUISITOS DEMOCRÁTICOS PARA APLICAR PRECEDENTES

A aplicação dos precedentes também precisa estar diretamente associada a requisitos democráticos de legitimação. Neste sentido, Dierle Nunes (*online*) enuncia

alguns destes requisitos: (i) esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório, como um precedente; (ii) integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal; (iii) estabilidade decisória dentro do tribunal (*stare decisis* horizontal); (iv) aplicação discursiva do padrão decisório pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical); (v) estabelecimento de fixação e separação das *rationes decidendi* dos *obter dicta* da decisão; (vi) delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*). Cada ponto será analisado nos parágrafos que seguem.

Em primeiro lugar, analisando a aplicação de precedentes no *common law*, percebe-se que é muito difícil a formação de um padrão decisório a partir de um único julgado, sem o esgotamento prévio da temática, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Afirma Dierle que se mostra estranha a formação de um “precedente” a partir de um julgamento superficial sobre um ou poucos recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos tribunais e completa que “precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado”.

Neste ponto é necessário discordar do autor, uma vez que a *ratio decidendi* (sinônimo aqui de “padrão decisório” ou “norma geral decorrente da decisão judicial”) não depende do esgotamento da matéria objeto da decisão, pois é uma condição lógica do dispositivo da decisão judicial, salvo no caso de decisões em que, no bojo de um corpo colegiado, terem se adotado fundamentos distintos para se chegar a uma mesma conclusão jurídica. Ou seja, não há decisão sem razão de decidir, sob pena de nulidade. A *ratio decidendi* é pressuposto da manifestação judicial fundamentada, e não uma decorrência do esgotamento temático. Uma decisão que não possua *ratio decidendi* – por ter fundamentação insuficiente ou pouco delineada – está, em verdade, sujeita à nulidade, não podendo ser reconhecida como válida juridicamente. O que se pode discutir, em verdade, é a qualidade desta *ratio decidendi* e sua força vinculativa, uma vez que a decisão que a originou, se superficial, não comportou as matérias argumentativas suficientes para uma decisão satisfatoriamente exauriente, podendo, por isso mesmo, operar-se a superação ou a distinção do precedente com muito mais facilidade, caso haja a devida fundamentação.

Outra crítica que precisamos fazer a este primeiro requisito proposto por Dierle Nunes é que ele mais se adéqua como requisito democrático de *formação* da decisão paradigmática do que propriamente da *aplicação* da *ratio decidendi* extraída da decisão paradigmática. Quanto a isso é correto dizer que para que a *ratio decidendi* tenha maior força normativa é necessário que haja o que Robert Alexy chama de “saturação” da matéria discutida. Saturar o objeto da decisão consiste em tentar concentrar e apreciar na pretendida decisão paradigmática o maior número de elementos argumentativos possíveis. (BUSTAMANTE *In DIDIER et al.* (org.), 2015-A, p. 286) O trabalho de exaurimento temático é função da comunidade de trabalho que compõe o processo, ou seja, do juiz, das partes e de terceiros intervenientes, conjuntamente. Neste sentido alguns instrumentos processuais são bastante relevantes, tais como o contraditório material, a participação dos *amici curiae* e a realização de audiências públicas, entre outros instrumentos processuais que serão estudados mais detidamente no Capítulo 3.

Em segundo lugar, a integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal. Ao aplicar o precedente, o julgador deve analisar o histórico institucional de aplicação da *ratio decidendi*, observando a diversidade de decisões passadas. Destaca Dierle que “mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (*overruling*) o magistrado deverá indicar a reconstrução e as razões (fundamentação idônea) para a quebra do posicionamento acerca da temática”. Parece-nos correto, seguindo a lógica do histórico institucional, que o aplicador do presente deva analisar as condições institucionais que viabilizaram determinada decisão paradigmática, tais como (i) o design das normas preexistentes, (ii) a natureza das decisões jurisdicionais, (iii) como o tribunal determina seus julgamentos (tal como o quórum de votação), (iv) o *phenomenon of entrenchment* (que poderia ser compreendido como o grau de ativismo encontrado na atuação do órgão), (v) a mudança de composição da corte, (vi) a dinâmica da corte como órgão colegiado que decide por maioria (ou seja, aspectos formais dos modos de votação do colegiado), (vii) a existência de formalidades para construir precedentes, e, (viii) até mesmo, o imponderável (*hard-to-nail-down reasons*). (GERHARDT, 2008, p. 94)

O terceiro requisito democrático é a estabilidade da jurisprudência dentro do mesmo tribunal, o que pode ser chamado de *stare decisis* horizontal. Este requisito está diretamente relacionado ao fato de que os órgãos jurisdicionais se vinculam às próprias decisões. Destaca Dierle que, ao menos em tese, como o precedente deve se formar a

partir de uma discussão que leve o tema até próximo de seu esgotamento, o padrão decisório passa a se tornar vinculante para aquele órgão que proferiu a respectiva decisão.

Em quarto lugar, temos a aplicação do padrão decisório pelos órgãos jurisdicionais inferiores, no que aqui se chama de *stare decisis* vertical. Este decorre da submissão hierárquica dos órgãos inferiores pelos superiores, que têm por atribuição dar a palavra final e uniformizar o que se comprehende como Direito. O quinto requisito democrático consiste na fixação e separação da *ratio decidendi*. Este ponto já foi abordado no item 4 deste capítulo. A *ratio* configura-se, segundo Dierle, no elemento vinculante e “justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro”, enquanto as *obiter dicta* são a partes não autoritárias da decisão. Por fim, na sexta posição, o autor determina que o delineamento das técnicas idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório. Esta dimensão dinâmica dos precedentes será estudada detalhadamente em item 6 do presente capítulo.

Portanto, a aplicação do precedente (*ratio decidendi*) passa por uma necessária ressignificação do paradigma decisório, com base nas normas legais e constitucionais aplicáveis, a fim de compatibilizar as respostas para o caso presente que se extraem do caso passado. A *ratio* não constitui o fim do debate sobre o Direito, mas sim um ponto de partida que não pode ser simplesmente ignorado pelo julgador do presente.

5.2. DISTINÇÃO ENTRE PRECEDENTES (*DISTINGUISHING*)

O método do *distinguishing* baseia-se na criação de uma ressalva à decisão paradigmática quando houver elementos fáticos suficientes para justificar a aplicação de uma tese jurídica distinta, apesar das semelhanças concretas. Por se tratar de uma não-aplicação do precedente, a diferenciação depende de fundamentação específica pelo aplicador do Direito que, não só deverá justificar a não aplicação do precedente, como deverá construir as bases argumentativas para a nova decisão. Destaca Macêdo (2015, p. 350) que o *distinguishing* consiste na principal forma de operar com precedentes judiciais, cuja finalidade é evitar ou trazer a aplicação de certo precedente. A distinção consiste num juízo comparativo entre dois casos.

O instituto, segundo aquele mesmo autor (MACÊDO, 2015, p. 351), surgiu no direito inglês quando ainda não existia a figura do *overruling* e somente o Parlamento poderia solapar os precedentes em si, o que tornava a jurisprudência tão rígida ponto de exigir formas alternativas de flexibilizar o Direito. O meio encontrado foi o *distinguishing*, que, ainda que precariamente, permite a relativização da aplicação dos precedentes. Enquanto a superação dos precedentes suscita uma questão de competência, a distinção pode ser realizada por qualquer órgão jurisdicional. Cabe ao aplicador do precedente, além de identificar as diferenças fáticas entre os precedentes, determinar se as diferenças existentes são suficientes ou não para a aplicação daquela *ratio decidendi* no caso em análise.

Na linha de Cruz e Tucci, Didier Jr. *et al.* (2015-A, p. 491) desenvolvem que a distinção pode ser compreendida de duas maneiras: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguishing-método*), que é encontrado no art. 489, § 1º, V, e no art. 927, § 1º, do CPC; e (ii) para designar o resultado da mesma comparação, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença substancial (*distinguishing-resultado*), que pode ser encontrada no art. 489, § 1º, VI, e no art. 927, § 1º, CPC.

Ao identificar diferenças substanciais entre o caso paradigma e o caso presente, o magistrado pode proceder de duas formas: (i) dar à *ratio decidendi* do caso paradigma uma interpretação restritiva, por entender que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica (*restrictive distinguishing*); ou (ii) estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que aquela tese lhe é aplicável, a despeito das peculiaridades concretas (*ampliative distinguishing*). (DIDIER Jr. *et al.*, 2015-A, p. 491) Conforme o art. 489, V e VI, a sentença, em ambos os casos, deve conter fundamentação específica para aplicar ou afastar a incidência de certo precedente, igualmente se estivermos discutindo a aplicação ou não de expressões vagas como conceitos jurídicos indeterminados. Proceder com a aplicação e conceitos jurídicos indeterminados com base em precedente exige do aplicador que justifique por que o caso pretérito se ajusta ao atual, a partir de uma análise comparativa entre eles.

6. DINÂMINA DOS PRECEDENTES

Para compreender o porquê de ser necessário haver mecanismos de superação de precedentes e compreendê-los, é necessário fazer uma breve digressão epistemológica com Karl Popper e sua reflexão sobre o conhecimento indutivo (recordando, é por meio de uma indução da solução concreta que se tem a *ratio decidendi*). O autor austríaco defendia que “não importa quantos cisnes brancos você veja; isto não prova que cisnes negros não existem”. Ou seja, a inexistência de evidências (sobre a existência do cisne negro) não é uma evidência de (sua) inexistência. Mas o que isto nos ensina para compreender a superação de precedentes? Duas coisas: (i) que o conhecimento dos precedentes (por indução), embora nos leve a uma norma geral, deve estar sempre aberto para novas variáveis que podem alterar totalmente os paradigmas de verdade sedimentados (podemos encontrar a qualquer momento nosso cisne negro no Direito); e (ii) que teses jurídicas não podem ser tomadas como dogmas a ponto de estrangular a demanda dos fatos sociais (ao encontrar um cisne negro, é preciso redefinir o que se entende por “cisne”, antes sempre branco, e não se deixar levar à cristalização e ao isolamento do conceito superado de “cisne”). (VOLLNER, *online*; SILVEIRA, *online*) Adotando a metodologia de Popper, o conhecimento jurídico é criado, construído, e não descoberto a partir da interpretação dos textos jurídicos. Como produto cultural, o resultado do exercício jurisdicional não pode ser objeto de dogmatismo e mistificação, mas de constante crítica e de refutação, o que inevitavelmente levará à superação de muitas teses jurídicas.

Indo na via oposta da necessidade constante de renovar, é preciso compatibilizar a mutabilidade do Direito com a necessidade de segurança jurídica. Na linha desenvolvida por Humberto Ávila (2011, p. 103) pode-se compreender por segurança jurídica como princípio que determina a busca pelos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade no Direito. Também desenvolve que o princípio da segurança jurídica delimita contornos daquilo que é indispensável para que o cidadão possa, de acordo com o Direito, plasmar o seu presente e planejar, livre e autonomamente, sem engano ou injustificada surpresa, o seu futuro, bem como é instrumento de realização da liberdade, a qual, por si, é meio de realização da dignidade. De forma semelhante, Gianmarco Gometz (*online*) defende a ideia de segurança jurídica como previsibilidade sobre as consequências jurídicas de atos ou fatos. Antônio do Passo Cabral (2015, p. 305-307) destaca que, a par das variadas tentativas de

fundamentá-la, a segurança jurídica deriva da cláusula do Estado de Direito, pois, para que o “governo das leis” possa ser estruturado, tem que haver segurança e regras gerais, claras, conhecidas por todos, constantes no tempo e não incoerentes entre si.

6.1. SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES (*OVERRULING*)

O instituto do *overruling* viabiliza que o Direito judicial se renove e acompanhe o espírito de sua época, viabilizando à melhor solução dos conflitos. Afinal, o precedente não deve ter qualquer pretensão de eternidade. O papel da decisão paradigmática deve ser compreendida historicamente, uma vez que o precedente que hoje é amplamente adotado pode ser superado no futuro. A superação dos precedentes, conhecida por *overruling*, acontece devido a mudanças legislativas, sociais, econômicas e políticas. A transformação da jurisprudência reflete a própria mudança do substrato social e dos valores considerados mais importantes naquela sociedade. Contudo, a mudança do paradigma decisório exige uma dupla justificação: (a) quanto à construção do novo paradigma em si, e (b) quanto à transição entre os dois regramentos jurídicos. Afinal, não só é importante restabelecer a justiça, como garantir que este restabelecimento não provoque outras injustiças. Desta forma, a mudança deve ocorrer de forma a preservar as legítimas expectativas dos sujeitos de direitos, construindo uma jurisprudência coerente, íntegra e estável.

Como leciona Macêdo (2015, p. 377), o sistema de precedentes inglês foi concebido inicialmente como imutável: a *House of Lords* (desde 01 de outubro de 2009, a *Supreme Court of the United Kingdom*) não poderia modificar ou extinguir os seus próprios precedentes. Somente o Parlamento poderia fazê-lo. Apenas em 1966, com o *Practice Statement*, a *House of Lords* modificou seu entendimento quanto à possibilidade de modificação de seus próprios precedentes, sob o argumento de que as mudanças no contexto social, econômico, político ou mesmo jurídico poderiam tornar imprescindível mudanças jurisprudenciais. Já no direito norte-americano o trato com os precedentes nunca chegou a ser tão rígido. Entre 1789 (ano de fundação da *Supreme Court*) e 2009, a corte, em 134 casos, superou expressamente 221 precedentes. Destaque-se que, entre 1900 e 2005, a *Supreme Court* norte-americana superou sete

vezes mais precedentes do que em todos os outros anos anteriores. (GERHARDT, 2008, p. 09-10)

Inicialmente, vale destacar que a superação de precedente, em sentido estrito, pressupõe que o precedente tenha força vinculante. Afinal, superar precedentes persuasivos não tem natureza vinculante, mas meramente exemplificativa. Superar um precedente significa retirá-lo do ordenamento jurídico, colocando algo novo em seu lugar. Pode ser feito pelo Judiciário, por nova decisão contrária, ou pelo Legislativo, por norma legislativa própria. Embora a superação do precedente seja uma clara expressão da adequação e da flexibilidade do Direito, ela deve ser realizada mediante o preenchimento de requisitos que buscam a preservação da segurança jurídica. (MACÊDO, 2015, p. 388-389) Vale dizer que o *overruling* consiste na *ultima ratio* encontrada pelo tribunal, já que envolve excepcionar o *stare decisis* e se desviar da linha seguida pela jurisprudência, o que implica em custos. (Idem, p. 388-389)

O *overruling* pode se manifestar de forma expressa (*express overruling*), quando o tribunal resolve expressamente adotar uma nova orientação, ou de forma tácita ou implícita (*implied overruling*), quando a orientação adotada em confronto com a posição anterior, embora seja expressa substituição desta última. Segundo Didier Jr. *et al.* (2015-A, p. 494), com o atual CPC, a superação implícita é vedada diante da exigência de fundamentação adequada e específica para superação, com base no art. 927, § 4º.

Com o intuito de evitar o *overruling*-surpresa, de proteger a confiança legítima e de preservar a segurança jurídica, o tribunal tem a alternativa de modular a eficácia da superação por meio do *signaling* (sinalização). (MACÊDO, 2015, p. 409) Destacam Didier Jr. *et al.* (2015-A, p. 500) que os efeitos da superação são, em regra, *ex tunc*, contudo é possível atribuir efeitos *ex nunc*, conforme exigir a razoabilidade. No diploma adjetivo de 2015, tal possibilidade é encontrada no art. 927, § 3º. Segundo a doutrina, há cinco tipos possíveis de eficácia para o *overruling*: (i) retroativa pura (a superação é aplicável a fatos passados, inclusive para transitados em julgado, podendo-se usar de rescisória); (ii) retroativa clássica (a superação é aplicável a fatos passados, exceto se já houver trânsito em julgado); (iii) prospectiva pura (a superação é aplicável a fatos posteriores à decisão, não se aplicando aos litigantes do caso); (iv) prospectiva clássica (a superação é aplicável a fatos posteriores à decisão, incluindo os litigantes do caso); e

(v) prospectiva a termo (o tribunal fixa data certa ou condição para a eficácia do precedente).

7. PRECEDENTES JUDICIAIS NA TRADIÇÃO JURÍDICA COMPARADA

Historicamente o direito ocidental pode ser dividido em duas grandes escolas: *civil law* e *common law*. Como será demonstrado à frente, a distinção substancial entre essas duas atualmente repousa sobre o rigor metodológico destas escolas sobre a aplicação do direito judicial. Embora se perceba que estas duas escolas tiveram percursos bastante dispares em diversos momentos da história, a tendência atual é a convergência em diversos pontos que antes eram tidos como paradigmáticos na distinção entre tais escolas jurídicas.

7.1. CIVIL LAW OU TRADIÇÃO CONTINENTAL

Em primeiro lugar, tem-se o *civil law*, também conhecido como sistema romano-germânico ou sistema continental, que prevalece nas escolas jurídicas da Europa continental e nos países por ela influenciados, representando a tradição predominante no mundo. Embora derivada do direito romano, não pode ser com ele confundido. As origens do *civil law* remontam ao século XII, quando o *jus commune* e o direito canônico perderam espaço, passando o Estado – na figura do monarca ou do Parlamento – a ser considerado como única fonte verdadeira e legítima do Direito. Ao analisar a origem da tradição continental, percebe-se que o *civil law* não se originou a partir de uma unidade política – ao contrário, o tempo de seu surgimento é marcado pela fragmentação política na Europa –, mas a partir de raízes jurídicas oriundas do Império Romano. (LEITE *et al.*, *online*)

Talvez o aspecto mais marcante do *civil law* seja a posição da lei enquanto fonte do Direito. Nesta tradição, a lei já há muito tempo assume uma posição de primazia como fonte primária do conhecimento jurídico. A mais marcante característica do modelo continental consiste no posicionamento da lei como fonte primária do direito. As demais fontes, tais como costumes, a jurisprudência, os princípios gerais do direito e a doutrina, são tidas historicamente como fontes secundárias, com função meramente

subsidiária frente à supremacia da lei. A principal vantagem atribuída a esta tradição são na sistematização e, ao menos em tese, na previsibilidade, uma vez que as regras já estão expressamente postas. Contudo, é preciso dizer que a lei não é uma ferramenta completa, acabada e pronta para a solução dos problemas concretos, pois sempre haverá o impreverível dever do juiz compatibilizar a norma abstrata às demandas e especificidades do caso concreto.

O ápice deste modelo pode ser visto nas escolas paleojuspositivistas da Europa, em especial na Escola da Exegese, em que a simples ideia de interpretar a obra do legislador seria mal vista por a lei já ser considerada completa e perfeita. Com base nestas correntes teóricas clássicas, a função do aplicador do Direito é meramente declarar o Direito preexistente. Contudo, como destaca Bustamante (2012, p. 264), as razões jurídicas não têm um peso predeterminado e diferenciado; o peso deve lhes ser atribuído por meio de uma argumentação racional. Tendo em vista que os sistemas jurídicos são parcialmente incompletos, o aplicador, em certa medida, estará criando um novo Direito no caso concreto. A corrente teórica do exegetismo e seus defeitos já foram estudados no Capítulo 1.

7.2. COMMON LAW OU TRADIÇÃO ANGLO-SAXÃ

Por outro lado, o *common law* prevalece como grande sistema de Direito na Inglaterra, nos Estados Unidos da América (com exceção do estado da Louisiana), no Canadá (com exceção da província do Quebec), na Austrália, na Índia e em outros países que participam da coroa britânica. Diferente da tradição continental, o *common law* nasceu nas Cortes Inglesas, tendo forte ligação com o poder real e a existência de cortes com poder centralizado, em especial as *Courts of Westminster*. Ao tempo do reinado de Edward I, de 1272 a 1307, já existia o hábito da citação de casos antigos pelas partes do processo, com o fim de exemplificar seus direitos, sem que essa citação tivesse caráter vinculante. Opondo-se ao *civil law*, a jurisprudência para o sistema inglês é a fonte primária por excelência.

A lei – em inglês, *statute law* – apenas desempenhava, na história do direito inglês, uma função secundária, limitando-se a acrescentar corretivos ou complementos à obra da jurisprudência. Já o costume pode ser considerado a terceira fonte do direito,

mas com papel bastante secundário se comparado às outras duas; por fim, a doutrina tem um papel bem menor aqui como fonte. (LEITE *et al.*, *online*) Assim, é da autoridade do juiz, e não do Parlamento, que deriva o Direito da tradição inglesa. A vinculação às decisões judiciais se dá por meio de um sistema de precedentes obrigatórios, também chamado de *doctrine of stare decisis et non quieta movere* (“respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido”), com base na qual os casos futuros deverão ser julgados conforme os casos anteriores semelhantes (*leading cases*).

7.3. DIFERENÇAS ENTRE AS TRADIÇÕES

Citado por Bustamante (2012, p. 17-19), destaca Muir Watt que a verdadeira chave da diferença entre as Cortes do *common law* inglês e a Corte de Cassação francesa se encontra no terreno epistemológico. A corte francesa orienta a retórica dos seus julgamentos como meros atos de conhecimento sobre os enunciados legais, omitindo qualquer estrutura argumentativa fundada em argumentos ideológicos, sociais ou econômicos, que sob a ótica francesa, devem estar restritos ao campo de atuação política do Parlamento. As decisões francesas podem ser caracterizadas como dedutivas (baseadas no silogismo do texto ao caso), legalistas (julgamento entendido como simples “aplicação” da lei), magisterial (julgamento entendido como resultado final de uma série de argumentos jurídicos e lógicos direcionados a demonstração do direito aplicado) e impessoal (decisão tomada pelo órgão, como se por unanimidade, omitindo-se opiniões concorrentes e minoritárias); geralmente são curtas, com poucas linhas, e baseadas num único fundamento, bem como não fazem referência a casos anteriores, apesar de geralmente seguirem a jurisprudência dominante.

Portanto, as diferenças fundamentais entre *civil law* e *common law* nos parecem ser (i) a fonte formal do Direito que detém a primazia e a (ii) estrutura argumentativa compatível com o perfil de legitimização social exigido. Antes de discutir estas duas distinções propriamente, convém esclarecer que a atividade jurisdicional precisa ser entendida enquanto atividade social, na qual um sujeito buscará a solução do caso concreto a partir daqueles instrumentos considerados idôneos para tal pela comunidade em que se insere. Adotando uma perspectiva sociológica, pode-se dizer que é preciso

identificar a *regra de conhecimento* (*rule of recognition*), como desenvolveu Herbert Hart (1994, p. 100), a partir da qual particulares e agentes públicos identificam o critério de autoridade que indica a norma primária de obrigatoriedade, seja a lei, seja o precedente.

Como destaca John Austin, influenciado por Bentham, o principal fator distintivo de um sistema legal é a presença de um soberano que é habitualmente obedecido pela maioria das pessoas na sociedade, mas não tem o hábito de obedecer a quaisquer superiores. (HIMMA, *online*) Portanto, a obediência à lei ou à Constituição é, precipuamente, uma convenção social, e não uma situação ontologicamente determinada. Ao que parece, em muitos momentos, pelo hábito da repetição, os juízes – e as pessoas no geral – acabam por confundir circunstâncias culturais (produzidas pelo sujeito humano em comunidade) e circunstâncias naturais (no sentido físico-químico), passando a tratar aquelas como se essenciais ao Direito num sentido metafísico e atemporal. O fetichismo à lei (observado no *civil law*) e o fetichismo aos precedentes (observado no *common law*, especialmente na Jurisprudência Analítica inglesa e na Escola do Realismo Jurídico) são evidências deste erro em ambas as tradições.

Ao nosso entender, a noção de idoneidade do instrumento social – para fins de vinculação normativa – está diretamente ligada à legitimação da decisão. O julgador deverá se utilizar dos instrumentos de justificação necessários para adequar a posição judicial àquelas variáveis sociais que conferem validade jurídica a uma manifestação judicial, por exemplo, a lei ou os precedentes. Afinal, a própria ideia de eficácia da decisão judicial é decorrente de uma convenção social sobre o que é validade jurídica, e não de uma condição ontológica da decisão judicial. Em última análise, as decisões judiciais são fundamentadas a partir de normas moralmente aptas à universalização, que serviram de parâmetro para a solução do conflito concreto, seja a “palavra do soberano” ou o costume, seja a “igualdade perante a lei” ou o “respeito ao precedente”.

7.4. CONVERGÊNCIA DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS

Contudo, as diferenças são menores do que podem parecer. Destaca Thomas Bustamante (2012, p. 2-3) que uma análise a profundada no estilo de redação judicial (*style jurique*) da Inglaterra e da França, que representam os exemplos mais puros de

sistemas jurídicos que podem ser caracterizados como provenientes da tradição do *common law* e do *civil law*, respectivamente, permite concluir que a criatividade judicial nas duas tradições difere muito pouco, e que nos dois sistemas se verificam os mesmos problemas de legitimação da decisão judicial, embora cada uma tenha mecanismos intra e extraprocessuais distintos para justiçar a solução atribuída ao caso concreto. Ainda afirma que a diferença entre as escolas é, na verdade, apenas de grau, não havendo grandes distinções no direito judicial entre as tradições. Enquanto a Corte de Cassação francesa apresenta decisões legitimadas com base no simples silogismo, as cortes inglesas apresentam um perfil discursivo fundado na narrativa e análise detalhada dos fatos do caso tanto quanto pareça necessário para a solução jurídica do caso.

No próprio seio do *civil law*, a teoria pura de Kelsen (2010, p. 133) já nos leva a uma forte convergência prática entre as duas tradições ao defender que, em última análise, o ofício de decidir se resume a um ato de vontade, e não a um ato de conhecimento (tese oposta àquela que acredita caber ao juiz “apenas aplicar a lei”, declarando um Direito preexistente). Tomando por empréstimo esta posição kelseniana, a decisão recairá inexoravelmente numa decisão política sobre o quadro (*Bild*) de decisões juridicamente possíveis para o específico caso concreto. O precedente pode ser compreendido como um meio de reduzir este quadro de decisões juridicamente possíveis, conforme os campos de incerteza sobre o Direito forem sendo preenchidos, conforme a noção de completude semântica desenvolvida no item 4.1 deste capítulo.

Reforçando a tese de que a distinção entre *civil law* e *common law* é mais metodológica do que propriamente ontológica, vale conhecer o modelo de Direito empregado nos Estados Unidos pelo seu sincretismo. Diferentemente do modelo inglês, o *common law* norte-americano tornou-se codificado desde os tempos coloniais e, nesse aspecto, assemelha-se muito ao sistema continental. Outro fator de aproximação é a existência de uma Constituição escrita, abstrata, geral e rígida, ou seja, uma lei, no estilo romano-germânico, diferente do que acontece na Inglaterra. (LEITE *et al.*, *online*) Exemplificativamente, os Estados Unidos possuem um Código de Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code*), bem como diversos estados norte-americanos possuem códigos no melhor estilo romano-germânico. Portanto, a experiência do sistema adotado nos Estados Unidos demonstra a compatibilização de elementos de ambas as tradições. Como outro exemplo de sincretismo, temos a África do Sul, que, apesar de adotar o modelo holandês – de raiz continental –, possui um direito civil descodificado, bem

como frequentemente se encontrarem citações do *Digesto* de Justiniano na doutrina e nas decisões judiciais. (DELGADO, *online*) Até mesmo na Inglaterra podemos encontrar codificações, como o Código de Processo Civil inglês (Rules of Civil Procedure), introduzido em 1999. (ATAÍDE Jr., *online*) Portanto, embora seja possível traçar distinções doutrinárias entre as tradições, as diferenças práticas são bem mais reduzidas do que a teoria faz parecer.

Finalmente chegando à *terrae brasiliis*, estamos tradicionalmente associados à tradição continental: supremacia do Poder Legislativo, fartura de codificações, arcaísmo teórico na operacionalização de precedentes, herança colonial portuguesa, função meramente declaratória da jurisdição, argumentação do tipo “segundo o art. X”, escassa análise das variáveis fáticas relevantes etc. Entretanto, como de praxe, o mundo não é tão simples quanto as suas versões podem fazer parecer.

Analizando a história jurídica do Brasil, encontram-se diversas provas de que os precedentes judiciais não foram completamente marginalizados enquanto fonte para as problemáticas apresentadas ao Judiciário, em especial nos últimos vinte anos. Por exemplo, o *modus operandi* da Justiça do Trabalho é um exemplo bastante emblemático neste sentido, em razão de sua jurisprudência marcadamente criativa e que encontra bastante respaldo da comunidade, diante da dinamicidade das relações laborais. Ademais, com a Emenda Constitucional nº 45/04 se deu uma convergência da tradição nacional com o modelo anglo-saxão a partir da figura da Súmula Vinculante. Também poderíamos trazer as figuras da repercussão geral e do recurso especial repetitivo. (ATAÍDE Jr., *online*)

Humberto Theodoro Júnior *et al.*(2015, p. 272) destacam que o sistema jurídico brasileiro encontra-se há algum tempo profundamente imerso no movimento de convergência entre as tradições do *civil law* e do *common law*, com a utilização cada vez mais corrente de decisões jurisprudenciais como fonte do Direito. Acrescentam que esse movimento foi fortalecido pela Emenda Constitucional nº 45/04, que permitiu os julgamentos dos Recursos Extraordinários pelo STF em repercussão geral e das técnicas de julgamento repetitivos absorvidos por reformas legais na legislação processual. Cabe ainda destacar que esta mesma Emenda trouxe a figura da Súmula Vinculante, até então a representação máxima do que poderia ser enxergado como precedente obrigatório. Ainda destacam que as duas tradições hoje se encontram em movimento invertido.

Enquanto nos países de *common law* se buscam mais técnicas para flexibilizar a alta estabilidade do *stare decisis*; nos países do *civil law*, especialmente no Brasil, busca-se cada vez mais pensar em premissas para estabilizar a jurisprudência, diante da instabilidade e da falta de uma teoria dos precedentes adequada às nossas peculiaridades. (THEODORO JR. et al., 2015, p. 293). Na Alemanha (tradição de *civil law*), por exemplo, temos o sistema do Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) que muito se assemelha ao IRDR do CPC de 2015, analisado no Capítulo 3. (CABRAL, *online*)

A diferença substancial entre *common law* e *civil law* é a abordagem teórica que tem cada uma das tradições, tendo aquele um maior zelo na racionalização da formação judicial do Direito. (BUSTAMANTE In DIDIER (org.), p. 293) Como destaca Bustamante (2012, p. 316), na história do Direito, podem-se encontrar certas exasperações quanto ao grau de vinculação dos precedentes judiciais. Em regra, essa exasperação não tem origem na prática jurídica propriamente dita, mas nas descrições que os teóricos fazem da práxis judicial. Não obstante, destaca o autor que a teoria influencia sobremaneira o próprio desenho institucional dos Estados onde ela prevalece.

Com o Código de Processo Civil de 2015, chega-se a uma nova etapa no processo de convergência do sistema jurídico nacional com o *common law* consubstanciado pelo sistema de precedentes vinculantes, que eleva uma maior quantidade de manifestações judiciais ao patamar de formalmente vinculantes. (BUSTAMANTE In DIDIER et al. (org.), 2015-A, p. 294) O último capítulo deste capítulo deste trabalho trabalhará a nova sistemática de precedentes, na perspectiva de suas consequências para a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

CAPÍTULO 3 – MICROSSISTEMA DE FORMAÇÃO CONCENTRADA DE PRECEDENTES VINCULANTES PARA A APLICAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

1. CONTEXTO DE VIGÊNCIA DO MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

O novo Código de Processo Civil inaugura uma nova fase para a regulamentação do direito jurisprudencial no contexto brasileiro, objetivando desafogar o Judiciário e, conjuntamente, conferir maior consistência e estabilidade aos posicionamentos adotados pelos órgãos julgadores. Dois são os principais dispositivos que tratam dos precedentes obrigatórios: (i) art. 926, que trata dos deveres dos tribunais e da doutrina do *stare decisis* horizontal; e (ii) art. 927, que trata dos precedentes formalmente vinculantes e da doutrina do *stare decisis* vertical. Além destes institutos, há outras figuras jurídicas que orbitam ao redor daqueles, como o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), o incidente de assunção de competência (IAC), o *amicus curiae*, a improcedência liminar do pedido, a reclamação e a ação rescisória.

Outra variável relevante é o papel do Judiciário diante da crise de representatividade das instituições democráticas, no qual se insere o Brasil hoje. Destaca Janaína Noleto (*In CASTELO BRANCO et al. (org), 2016, p. 174*), ao criticar o ativismo judicial, que, ao julgar como se fosse catalisador dos anseios sociais e sem qualquer critério ou método interpretativo, o juiz se afasta do produto legislativo, desprezando sua origem democrática. Por outro lado, Castelar Pinheiro (*In ZYLBERSZTAJN et al., 2005, p. 246-247*) nos traz uma pesquisa empírica que destaca que 83% dos magistrados interessados concordam com a assertiva de que “o Poder Judiciário não é neutro, e que em suas decisões o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-las dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social”, enquanto 62% concordam que “o magistrado participa da consolidação democrática na medida em que age como fiel intérprete da lei, produzindo sentenças com independência das pressões sociais” e apenas 26% corroboram que “a magistratura que, por definição, não está comprometida com a representação do interesses deve exercer um papel ativo no sentido de reduzir as desigualdades entre regiões, indivíduos e grupos sociais”. Concluiu o autor que o magistrado brasileiro não acredita que cabe ao

Judiciário ser neutro na aplicação da lei, não se identificando com o papel clássico que se supõe ser o de um juiz um sistema de *civil law*.

1.1. CRÍTICAS AO SISTEMA ATUAL DE PRECEDENTES

Apesar das potenciais contribuições do novo CPC para o desenvolvimento do Direito nacional, algumas observações e críticas são relevantes para a compreensão atenta do novo microssistema concentrado de formação de precedentes vinculantes. Alertando para o risco da mecanização da atividade judicial, Theodoro Jr. *et al.* (2015, p. 283-284) desenvolvem que a estruturação de técnicas de julgamentos em larga escala partindo-se de uma suposta homogeneidade de casos – muitas vezes idênticos – devido às contingências de um sistema com inúmeros problemas operacionais de aplicação e a busca de uma Justiça de números, não pode negligenciar a aplicação coerente dos direitos fundamentais dos cidadãos sob argumentos econômicos e funcionais.

Os autores ainda criticam a sistemática adotada anteriormente, baseada no julgamento de demandas repetitivas a partir de casos-piloto, em que, na busca por eficiência quantitativa, geram-se paradoxos como: (i) a apreensão do debate das demandas coletivas por ações individuais (BRASIL, STJ, REsp 911.802, *DJe* 01.09.2008)¹³; (ii) nos processos escolhidos, podem ser trazidos pontos complexos ainda não submetidos ao crivo de debates anteriores pelo próprio Tribunal Superior; e (iii) a ausência de preservação do espaço para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados, com restrição do contraditório dinâmico. Contudo, destacam que a nova legislação adjetiva trará o aperfeiçoamento dogmático, com o delineamento de um microssistema de litigiosidade repetitiva, contudo este deve vir acompanhado de uma visão mais panorâmica e dialógica com a participação de todos os envolvidos, e com a ampliação do conhecimento empírico do funcionamento da justiça brasileira. (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p. 285-288)

¹³ Voto do Ministro Herman Benjamin: “Não se resiste aqui à apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídicos nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei n.º 7.347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual – ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (*in casu*, o fornecedor de serviço telefônico) – venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas – individuais e coletivas. Aliás, em seus memoriais, foi precisamente esse um dos argumentos (a avalanche de ações individuais) utilizado pela concessionária para justificar uma imediata intervenção da Seção.”

Seguindo a linha de críticas, Juraci Mourão Lopes Filho (2014, p. 100-101) reclama da prática jurídica atual no Brasil por cometer uma série de erros na operacionalização dos precedentes, como confundir ementa de acórdão e precedente judicial. Não se pode dizer que a ementa é a explicitação da *ratio decidendi* pelo próprio tribunal judicante, pois a *ratio* é extraível da decisão com um todo. Em verdade, destaca o autor que a *ratio* de um julgamento não é apontada topograficamente no texto.

Outra crítica é direcionada ao trato conferido pelos Tribunais e pela doutrina em relação às manifestações judiciais. É cada vez mais frequente o uso de ementas e enunciados de súmula completamente dissociados do caso concreto que lhes deu fundamento, como se fossem normas gerais e abstratas que se desligariam do caso concreto que lhes deu fundamento, como se fossem normas legislativas, desligadas de seus fundamentos originalistas. Diferentemente da percepção de que o precedente termina um debate, o paradigma decisório constitui apenas um ponto de partida para a discussão do presente. No Brasil, a jurisprudência defensiva esforça-se para logo formular um enunciado de Súmula, a fim de encerrar o debate sobre o tema. (THEODORO JR. et al., 2015, p. 295-296).

Ao que nos parece, a questão não se trata de rejeitar por completo o modelo de elaboração e aplicação de enunciados de Súmula adotado no Brasil, mas sim reformulá-lo a fim de corrigir suas deformações, especialmente no que tange à necessidade de esgotar o tema por meio de uma discussão ampla e plural e de aplicar o enunciado atrelado ao substrato fático que levou à sua elaboração. Em verdade, a atuação criativa do julgador se restringe aos limites definidos pela manifestação do direito de ação, sob risco de atentar contra a separação de poderes.

A formulação de precedentes vinculantes, no que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados em especial, exige do aplicador ainda mais cautela, uma vez que será necessário identificar a definição adotada pelo julgador que gerou o precedente, bem como as variáveis que o levaram àquela determinada compreensão. A fase de concretização normativa é etapa indispensável para a aplicação destas expressões vagas, conforme desenvolvido no Capítulo 2 e em itens posteriores. Nesta etapa o julgador está incumbido de esclarecer o que ele entende pelo conceito vago, no que se chamou de *juízo concretizatório*, devendo conferir maior densidade semântica àquele conceito vago por meio de uma definição atrelada ao caso concreto. Em segundo

lugar, o julgador deve decidir com base na definição adotada, promovendo um juízo lógico-subsuntivo, no que se chamou de *juízo deontológico*. A partir da definição adotada do conceito vago, dever-se-á extrair regras de conduta a serem atendidas, ou seja, normas-regra. Segundo Humberto Ávila (2013, p. 43), as normas-regra possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo “se, então”. Portanto, trata-se de um processo composto de aplicação, com dois graus de aplicação: (i) concretização; e (ii) subsunção.

O presente capítulo explorará, apoiando-se na base teórica desenvolvida nos dois capítulos iniciais, as contribuições trazidas pelo microssistema concentrado de formação de precedentes e institutos jurídicos afins trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015 para a otimização de processo de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

2. FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA E FORMAÇÃO DO PRECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo diploma de direito adjetivo inova bastante em matéria de fundamentação da sentença, em especial para buscar minar fundamentações superficiais e solipsistas que proliferam na ambiente jurídico nacional. O legislador destinou, até mesmo, inciso específico para a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, conforme será estudado a seguir.

2.1. DEVER DE CONCRETIZAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Como antes desenvolvido, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados deve passar por dois juízos necessários: (i) o juízo concretizatório (juízo de primeiro grau), que estabelecerá os limites semânticos mais claros para a expressão vaga, densificando-o a ponto se ser possível sua aplicação objetiva; e (ii) o juízo deontológico (juízo de segundo grau), que articulará a norma jurídica para solucionar o problema concreto (já tomado o conceito jurídico indeterminado densificado como pressuposto

normativo). Aqui, especificamente, ater-nos-emos ao primeiro, em razão da delimitação temática deste trabalho.

O juízo concretizatório consiste em atribuir, fundamentadamente, a um conceito jurídico indeterminado maior densidade normativa ao atribuir-lhe contornos suficientemente claros para resolver o caso concreto de forma a permitir a ampla defesa da parte desfavorecida, ou seja, de forma a permitir o controle objetivo da decisão. Estes contornos poderão ou não tomar como base um precedente; caso a definição adotada entre em conflito com um precedente vinculante, o julgador deverá promover o *distinguishing* ou o *overruling*.

A concretização do conceito jurídico indeterminado deve estar necessariamente atrelada ao caso concreto e ao debate desenvolvido no decorrer do processo em contraditório. Dierle Nunes *et al.* (2014 *apud* Theodoro Jr. *et al.* 2015, p. 276-277) destacam o *mootness principle*, ou princípio da vinculação ao debate, que estabelece que os tribunais não podem discursar abstratamente sobre regras jurídicas hipotéticas, mas apenas estabelecer as regras que derivam especificamente da análise de cada caso concreto. Como consequência deste princípio, temos a especificação do âmbito do debate, a fim de permitir uma consideração de todas as particularidades e circunstâncias individualizadoras do caso concreto. Afirmam ainda ser incorreto dizer que a técnica de resolução de casos por precedentes engessa o Direito, pois a aplicação do precedente exige sua reinterpretação e reconstrução no caso concreto.

2.1.1. CONCRETIZAÇÃO COMO REQUISITO DE VALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

A primeira inovação dogmática relevante quando se fala de conceitos jurídicos indeterminados está no art. 489, § 1º, II, do CPC/15: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.”

O grau de abstração que o legislador atribuiu ao texto, quando se utilizou de conceitos jurídicos indeterminados, embora confira maior liberdade para a atuação judicial, incumbe ao juiz um dever especial de fundamentação ao decidir com base em

expressões vagas. Diferentemente de um enunciado normativo do qual é possível extrair uma prescrição normativa objetiva, independente de qualquer etapa prévia de densificação e justificação e a partir de um processo de aplicação por subsunção, os conceitos jurídicos indeterminados precisam ser valorados com base em conhecimentos jurídicos e extrajurídicos associados conceitualmente ao caso concreto. Enfim, os conceitos vagos precisão passar pelo já trabalhado processo de concretização.

A preocupação diferenciada do legislador com os conceitos jurídicos indeterminados é perceptível por se ter editado inciso próprio, embora já fosse possível aduzir o comando semelhante a partir do inciso I (“se limitar à indicação, à reprodução ou à paráphrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”). Como destaca Didier Jr. *et al.* (2015-A, p. 331-332), a existência de enunciados que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou que constituam cláusulas gerais exige redobrada atenção do julgador no momento de motivar a decisão, não bastando apenas transcrever o enunciado e afirmar que ele se aplica ao caso concreto.

2.1.2. VEDAÇÃO ÀS ENUNCIAÇÕES PERFORMATIVAS

Trata-se da vedação legal às enunciações performativas (*performative utterance*), no sentido de John L. Austin (*online*). Ou seja, o mero emprego de expressões vagas sem definir o que elas são, consiste num nada-semântico. Seria utilizar o conceito indeterminado como uma carta coringa para “fundamentar” decisões. Contudo, usar conceitos vagos como enunciações performativas não se trata propriamente de fundamentação, pois sequer teria sido definido o objeto da norma aplicada. Expressões como “função social” (art. 421 do Código Civil) são empregadas no texto exatamente porque sua incompletude semântica permite que se ajustem melhor às peculiaridades do caso concreto. Esta incompletude no texto exige que, antes de proceder com sua aplicação no caso concreto, o julgador determine circunstancialmente o que se deve entender pela expressão.

Faltar com este esclarecimento feriria de morte não só o dever de fundamentação, como também o contraditório e a ampla defesa. Afinal, quando o juiz decide que “a cláusula do contrato é nula por ferir a função social do contrato (art. 421

do Código Civil)" e só, sem dizer o que é entendido como "função social", a parte derrotada teria de intentar um esforço de adivinhação a respeito do que se trata o termo, ou seja, apelar à "motivação implícita" da decisão. Segundo Rupert Cross e J. W. Harris, decisões imotivadas podem ser utilizadas como precedentes, ainda que com autoridade muito fraca. (LUCCA, 2015, p. 275-276). A rigor, buscar tais "motivações implícitas" é um exercício bastante inseguro e frágil que parece pouco contribuir com a pretensão de previsibilidade por meio dos precedentes, pois poderia levar a interpretações bastantes dispares a respeito de tais *rationes decidendi* ocultas. Ademais, com o novo CPC, tais decisões imotivadas deverão ser reputadas nulas.¹⁴

O emprego de expressões vagas sem defini-las no caso concreto é como um apelo cínico ao senso comum. É tomar a expressão como óbvia e auto-evidente, quando ela não é. É reduzir o trabalho de interpretar o direito a um falso realismo epistemológico, como se a verdade semântica das coisas do mundo fosse manifesta. É imaginar que o que a clareza conceitual em seu imaginário é compartilhada por todos os outros sujeitos sociais que serão destinatárias direta ou indiretamente da decisão. Enfim, não se pode admitir uma decisão que não esclareça seus termos, em especial agora que os precedentes ganham vigor novo no ordenamento jurídico e o cuidado com a fundamentação deve ser redobrado.

O novo diploma de direito adjetivo, na verdade, consagra o que já deveria ser próprio do ofício de decidir, que é fundamentar com objetividade a decisão judicial. O juiz não julga para satisfazer sua própria consciência, mas para encontrar uma solução objetiva para o conflito social que se encontra no mundo lá fora. A lei apenas teve o esforço de consagrar o que deveria ser entendido como indispensável e necessário.

As consequências desta falta de esclarecimento são graves especialmente para a previsibilidade sobre o Direito e para a controlabilidade das decisões judiciais. Sobre a previsibilidade, não se pode negar a importância de os tribunais esclarecerem e entrarem em consenso em relação aos contornos das categorias jurídicas. Não para operacionalizá-los de forma dogmática e robótica, mas para deixar claras as regras do jogo em determinado momento histórico. Decidir sem esclarecer os contornos

¹⁴ Didier *et al.* (2015-A, p. 332) trazem um exemplo similar de decisão não fundamentada: "Considerando que o réu, ao exercer o seu direito potestativo de resolução contratual, assim o fez excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187, Código Civil), entendo que houve abuso de direito da sua parte [...]."

semânticos de um conceito jurídico indeterminado é perder uma chance de ouro (em especial no que se trata de precedente obrigatório) para estabilizar conflitos sociais, bem como para evitar que cheguem ao Judiciário simplesmente por se vislumbrar alguma possibilidade interpretativa de o juiz reconhecer aquela cláusula contratual como violadora da “função social” do contrato.

2.1.3. CASOS CONCRETOS RELATIVOS DE CONCRETIZAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Exemplificativamente, podemos tomar o caso da expressão “hipossuficiente” (art. 6º, VIII, do CDC) para fins de inversão do ônus da prova em favor de pessoa jurídica identificada como consumidora final de um produto ou serviço. O que seria uma pessoa jurídica “hipossuficiente”? Em diversas decisões, o STJ perdeu a oportunidade de esclarecer o que seria. Como exemplo temos o REsp 1.162.649-SP, no qual o Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira limitou-se a dizer na ementa “que a empresa importadora não apresenta vulnerabilidade ou hipossuficiência, o que afasta a incidência das normas do CDC.” Também no voto do relator não são encontrados elementos para esclarecer ao certo o que se entendeu por “hipossuficiente”. O julgador não se deu ao trabalho de definir nem o que seria a expressão nem por que não seria aplicável *in casu*, apenas disse que o seria. De forma semelhante no REsp 1.027.165-ES: “quanto à aplicação do CDC, consignou-se que, no caso em testilha, embora haja de um lado da relação jurídica uma multinacional, não se tem do outro uma pessoa física ou uma microempresa em situação de absoluta hipossuficiência.”

Por outro lado, pode-se identificar alguma delimitação sobre a expressão “hipossuficiente” em outros julgados, tais como o REsp 1.007.692-RS: “no que diz respeito à hipossuficiência, como se trata de empresa de equipamentos de informática, sua condição não tem posição de igualdade em relação aos bancos.” Entende-se, com base no trecho, por “hipossuficiente” aquela pessoa jurídica que se encontra em situação de “desigualdade” em relação à fornecedora do bem ou serviço. Embora pudessem ter sido aproveitados outros elementos para enriquecer ainda mais a *ratio decidendi*, aqui já podemos identificar a fundamentação (e a concretização).

Como se percebe na decisão, ao densificar a expressão vaga, o aplicador no caso concreto deve articular variáveis jurídicas (ex.: defesa do consumidor prevista no art. 170 da Constituição Federal) e extrajurídicas (ex.: poder econômico-financeiro de um banco). A partir desta concretização do termo “hipossuficiente”, os destinatários da norma têm ciência de que circunstâncias de desigualdade econômico-financeira poderão acarretar a incidência do CDC em favor de uma pessoa jurídica que figura como destinatária final do produto.

Frise-se que observar os fatos materiais também contribui assaz para a compreensão da *ratio*. No caso, temos um banco num dos polos e uma empresa de equipamentos de informática noutro (fato relevante), o que indica que, quando houver um desequilíbrio econômico-financeiro marcante entre os contratantes, as chances da configuração da hipossuficiência prevista no CDC. A expressão “poder econômico” e fins foram usadas em outros precedentes para esclarecer a noção de hipossuficiência, como no REsp 1.080.719-MG (“a disparidade econômica é evidente, havendo, portanto, nexo de sujeição e, em consequência, vulnerabilidade.”). Cabe esclarecer que a “vulnerabilidade” é aqui entendida como a equivalente de direito material da “hipossuficiência”, que se relaciona ao direito processual.

Como desenvolvido ao longo do trabalho, o exercício de “concretização” baseia-se em definir, delimitar ou esclarecer o sentido do conceito a ponto de ser possível uma compreensão objetiva sobre ele. Não se pretende aqui uma resposta absoluta ou perpétua para o sentido da expressão empregada, mas apenas elementos que permitam a demonstração da incorreção da tese adotada para fundamentar a decisão, por exemplo: “a pessoa jurídica é hipossuficiente por estar em situação de inferioridade econômica em relação ao fornecedor do bem ou serviço”. Sem esta complementação explicativa e densificadora (“por estar em situação de inferioridade econômica em relação ao fornecedor do bem ou serviço”), a compreensão da expressão e a impugnação da decisão teriam de partir de suposições (ou de “motivos implícitos”, como já explicado).

A relevância da concretização para o direito de defesa fica evidente em se tratando de casos que lidam a liberdade humana. O que dizer, por exemplo, da “garantia da ordem pública” (art. 312, caput, do Código de Processo Penal) elencada como hipótese para a decretação de prisão preventiva? Imaginemos uma decisão que decide pela prisão preventiva com base apenas na “garantia da ordem pública”, sem esclarecer

do que se trata a tal “ordem pública”. Chega a ser apavorante! Seria próximo a ser preso sem saber ao certo o porquê, no melhor estilo kafkariano. Certamente seria uma violação do contraditório, da ampla defesa e dos ideais democráticos mais básicos. Combater uma decisão deste tipo seria como tentar atingir um alvo que mau se enxerga.

Neste sentido, é dever do julgador esclarecer suficientemente os contornos da expressão “ordem pública” para viabilizar a atuação da defesa. Em específico, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência no sentido de que por “ordem pública” deve-se entender “probabilidade de reiteração delitiva” (HC 130.346/SP). Trata-se de um *juízo positivo de concretização*. Como narra o Rel. Min. Gilmar Mendes, o caso concreto traz sujeito com antecedentes criminais e que já respondia por embriaguez ao volante em outro processo, justificando-se a medida cautelar pelo *modus operandi* do delito (“o acusado, após desobedecer à sinalização emitida pelos policiais militares, acelerou seu veículo bruscamente em direção a um deles, provocando, nas palavras do magistrado, sério risco à vida do policial e de outras pessoas que trafegavam pela rodovia”).

Vale dizer que também é possível promover uma concretização *a contrario sensu*, em que o aplicador esclarecerá o que *não* pode ser compreendido do conceito vago. Neste sentido, o STF já entendeu que não se pode entender “ordem pública” por “temor social” (HC 130.803/SP). Já este se trata de um *juízo negativo de concretização*. Como narra o Rel Min. Teori Zavascki, na oportunidade da prisão em flagrante, os policiais militares, munidos de mandado de busca e apreensão, dirigiram-se à residência do paciente, onde apreenderam uma munição de arma de calibre 45, além de simulacro de arma, objetos estes entregues aos policiais pelo próprio paciente, conforme consta do depoimento do condutor no auto de prisão. A decisão que decretou a preventiva invocou a gravidade do delito para justificar a necessidade de se resguardar a ordem pública, supostamente abalada pelo cometimento reiterado e crescente, naquela municipalidade, do crime imputado ao paciente, a provocar verdadeiro “temor social no âmbito da comunidade local, porque comumente associado à prática de outros crimes”. Destacou ainda que “a circunstância de haver condenação pretérita por fato ocorrido há dez anos (em 2005) pelo crime de tráfico não traduz, por si só, perigo de reiteração delitiva”, promovendo um *distinguishing* em relação a outros precedentes da corte, como o acima trazido.

Além da relevância para as partes, a concretização também é importante enquanto precedente que poderá ser aplicado no futuro para julgar casos análogos de forma semelhante. No caso de demandas julgadas em formação de precedente obrigatório (art. 927 do Código de Processo Civil), a relevância da concretização fica ainda maior por conta dos efeitos vinculantes da decisão. O conceito deverá (ou não deverá) ser entendido conforme firmado no precedente obrigatório, o que não impede o *distinguishing*, com fundada justificação. O momento de concretização na decisão de processos hábeis a formar precedente obrigatório é uma grande oportunidade para fixar tantas *rationes decidendi* quanto possível, enriquecendo o entendimento sobre o conceito vago e ampliando semanticamente o ordenamento (reduzindo-se as incertezas sobre o Direito).

2.1.4. PROBLEMA NA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES BRASILEIROS

A superficialidade que se percebe nos precedentes de tribunais tupiniquins é, em grande parte, decorrente de uma má compreensão sobre a utilidade dos paradigmas decisórios e da sua subvaloração enquanto fonte do Direito, bem como pela sobrecarga dos tribunais que acabam por buscar se desocupar mediante saídas tangenciais como aplicação rasteira e incorreta dos enunciados de Súmula, tergiversação sobre os argumentos apresentados, pouco escrutínio fático e enunciações performativas. Como descreve Fernando Dias Menezes de Almeida (2006, p. 33 *apud* Theodoro Jr. *et al.*, 2015, p. 296-297), “a Súmula nasceu – e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual – da dificuldade, para os Ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante”. A metodologia de precedentes empregada no Brasil nasceu (e ainda hoje é enxergada por muitos) como simples maneira de simplificar a atuação dos julgadores, criando-se a ilusão de que o “precedente”, a ementa do acórdão ou o enunciado sumular possuem como utilidade dar ao magistrado uma solução pré-pronta para resolver o caso concreto, como se normas legislativas fossem.

Esta técnica de “uniformização” da jurisprudência acaba por criar anomalias no momento de se aplicar o Direito, pois comumente estes enunciados são aplicados à revelia dos casos concretos que levaram à sua formulação. Criticam Dierle Nunes e Alexandre Bahia (*online-A*) que, nos tribunais nacionais, aceitou-se, mesmo que sem se

perceber, uma peculiar aplicação do positivismo normativista da jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), que defendia a capacidade do juiz criar conceitos universais e estranhos às singularidades do mundo concreto. Assim como nos tribunais alemães, as normas abstratas produzidas pelas cortes brasileiras (os enunciados de Súmula *lato sensu* e de Súmula Vinculante, por exemplo) recebem caráter de autonomia em relação aos precedentes que levaram a sua criação. Aqueles mesmos autores completam que falta a nossos tribunais uma formulação mais robusta sobre o papel dos “precedentes”, devendo-se promover uma comparação fática mais minuciosa entre os casos concretos. A atuação judicial não pode ser compreendida desatrelada das circunstâncias fáticas que ensejaram sua formação. O diálogo com os fatos é necessário.

O novo diploma processual, tendente a combater este problema, prevê que ao “editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (art. 926, § 2º), bem como que não se considera fundamentada a decisão judicial que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (art. 489, V). Afinal, como já desenvolvido no Capítulo 2, as razões de decidir do tribunal, que poderão vir a ser aproveitadas para resolver casos futuros, precisam ser interpretada conjuntamente ao substrato fático que ensejou à sua edição, sob pena de aplicá-las de forma distorcida no futuro.

As referências jurisprudenciais a conceitos jurídicos indeterminados, em especial, são as que mais merecem uma análise associada aos fatos. A metodologia quase paleopositivista (referência à Jurisprudência dos Conceitos alemã explicada acima) que lida com os conceitos desenvolvidos pela jurisprudência de forma autônoma e desconectada com o plano fático – de forma semelhante às normas legislativas – é a antítese do que se pretende com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados. Afinal, ao conferir indeterminação ao sentido da expressão normativa, o legislador delegou o trabalho final de delinear o Direito ao juiz, com o fim de que este buscasse a solução mais “justa” para o caso concreto. Se o legislador quisesse soluções abstratas e distantes do concreto, teria empregado conceitos claros e bem delineados semanticamente já no texto da lei.

2.2. CONCRETIZAÇÃO COMPARTICIPATIVA DOS CONCEITOS VAGOS

Com o novo código, inaugura-se o modelo comparticipativo de processo, o qual se constituindo numa nova maneira de entender a atuação dos sujeitos processuais no desenvolvimento do processo. O novo modelo viabiliza uma formatação plural do processo judicial e da construção do Direito judicial, em especial sobre matérias sujeitas a maiores dúvidas e a contribuições mais diversas de diversos setores da sociedade, como no caso de conceitos jurídicos indeterminados.

2.2.1. MODELO COMPARTICIPATIVO DO PROCESSO JUDICIAL

O processo, por si só, consiste na organização do debate sobre fatos e direitos numa sequência predefinida de atos, na qual os agentes processuais devem trabalhar conjuntamente para a materialização da solução para o caso concreto. O novo Código de Processo Civil, em especial, traz consigo todo um novo substrato normativo orientado para garantir que o processo siga um modelo comparticipativo ou cooperativo, em que se fomenta o diálogo e o controle da totalidade das ações processuais. Theodoro Jr. *et al.* (2015, p. 62) chamam para o fato de que o novo diploma consagra a teoria normativa da participação (cooperativa relida), consubstanciada, por exemplo, na boa-fé processual, na fundamentação estruturada das decisões e no formalismo democrático.

Em primeiro lugar, temos o princípio da cooperação expresso no art. 6º do CPC/2015 (“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”). Ensina Didier Jr. (2015, p. 124-126) que os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, serviram como base para a criação do princípio da cooperação, em que o princípio do contraditório é redimensionado para incluir o órgão jurisdicional no rol de sujeitos do diálogo processual, e não mais como mero espectador. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaque para qualquer dos sujeitos processuais. Segundo Didier, este modelo parece ser o mais adequado para a democracia.

Dentro desta nova perspectiva de processo, dois conceitos merecem ser desenvolvidos. O primeiro é o *policentrismo processual* que consiste em estabelecer o foco de centralidade à atuação conjunta de todos os sujeitos do processo, rejeitando a

centralidade apenas sobre o juiz (modelo inquisitivo) ou apenas sobre as partes (modelo dispositivo). Citado por Theodoro Jr. *et al.* (2015, p. 67), o jurista italiano Nicola Picardi (2006, p. 208) leciona, em relação à perspectiva técnica policêntrica, que a atividade jurisdicional é necessariamente organizada como processo, como procedimento (gênero daquele) de estrutura policêntrica e desenvolvimento dialético. É policêntrico por envolver sujeitos diversos, que possuem colocações particulares e exercem papéis específicos. É dialético por corresponder a uma estrutura subjetivamente complexa. Com base no policentrismo processual, a noção de haver um protagonista no processo fica afastada; agora todos os sujeitos processuais são igualmente relevantes para a formação do resultado final da jurisdição.

O segundo conceito importante é a noção de processo enquanto *comunidade de trabalho*. Citado por Theodoro Jr. *et al.* (2015, p. 69-70), o professor alemão Rudolf Wasserman (1978, p. 88) salienta que o conceito de comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) surgiu para designar a colaboração entre as partes e os magistrados – tão desejada por um processo com perspectiva social – para o avanço do processo. O autor destaca que a exigência de um debate processual ultrapassou o modelo do juiz calado e igualmente pôs em descrédito o tipo do juiz monologista (solipsista). A partir deste paradigma, as discussões sobre questões jurídicas e sobre questões fáticas não são passíveis de separação no processo, mas sim se influenciam mutuamente.

A partir destas premissas, surgem deveres de conduta para as partes e para o órgão jurisdicional. O professor Didier Jr. (2015, p. 127) destaca que, por o processo consistir num feixe de relações jurídicas, que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais, em todas as direções, os sujeitos processuais devem cooperar entre si, havendo o dever de cooperação em todas as relações jurídicas possíveis no processo: autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu etc. Configuram-se ilícitas as condutas contrárias ao que busca o princípio da cooperação. Com base neste princípio, tornam-se permitidas quaisquer condutas para atingir o processo cooperativo, desde que estes meios adotados sejam necessários, adequados (ou idôneos) e proporcionais para atingir o “estado de coisas” (ou fim) pretendido, mesmo que sem previsão legal expressa.

Aquele mesmo autor (DIDIER Jr., 2015, p. 127-130) enumera alguns desses deveres: (i) dever de esclarecimento (os requerentes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia; o tribunal deve esclarecer junto às partes dúvidas que tiver sobre as alegações, pedidos ou posições em juízo para evitar decisões baseadas em percepções equivocadas ou apressadas, bem como deixar claras as razões da decisão); (ii) dever de lealdade (as partes não podem litigar de má-fé, nos termos dos arts. 79 a 81 do CPC, além de terem de observar o princípio da boa-fé processual do art. 5º do CPC); (iii) dever de proteção (a parte não pode causar danos à parte adversária, punindo-se o atentado conforme o art. 77, VI, do CPC, além de haver responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, conforme os arts. 520, I, e 776 do CPC); (iv) dever de consulta (o órgão jurisdicional não pode decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida de ofício, sem que as partes tenham sido instadas a se manifestar); (v) dever de prevenção (o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado etc.).

Atrelada ao princípio da boa-fé objetiva processual, temos a regra que proíbe a decisões-surpresa. A vedação à surpresa é corolário dos princípios do contraditório e da cooperação e está prevista no art. 10 do CPC. Ela se trata de uma das normas fundamentais mais emblemáticas e importantes da nova codificação, podendo-se considerar até um dos seus pilares. (DIDIER Jr. et al., 2016, p. 57) É vedado ao juiz decidir com base em fundamento a respeito do qual não tenha se dado às partes a oportunidade de se manifestar. Seria adequado até menos que tal regra se alongasse para terceiros participantes do processo, tal como o *amicus curiae*, diante da relevância para o desenrolar do debate processual, da noção de construção comparticipativa do processo e da importância pública que ganharam os precedentes judiciais.

Em processos nos quais o debate toma um conceito jurídico indeterminado como referência ou pressuposto, por exemplo, pode-se identificar diversos deveres decorrentes da incompletude semântica do conceito vago. Ao postular com base na aplicabilidade de um conceito vago, o sujeito processual tem o dever de esclarecer o porquê de aquele conceito ser aplicável ao caso, devendo ele mesmo propor determinada concretização da expressão vaga e subsumi-la ao caso concreto. Não basta somente alegar a incidência daquela categoria jurídica de sentido incompleto. Por outro

lado, caso o juiz não acate a concretização proposta, deverá justificar a negativa e proceder com a densificação que acreditar adequada, também justificando-a.

2.2.2. CONTRADITÓRIO MATERIAL PARA A CONCRETIZAÇÃO COMPARTICIPATIVA

Como sucedâneo do novo modelo cooperativo de processo, o contraditório agora deve ser enxergado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal necessária para validade da decisão. (DIDIER Jr., 2015, p. 125) O contraditório não pode ser encarado apenas como um requisito *pro forma* trazido pela lei, mas sim como parte necessária da formulação da norma final que resolverá o caso concreto em discussão. O processo precisa ser compreendido como uma construção dialógica, em que os sujeitos que a compõe contribuirão, em maior ou menor grau, para o resultado final atingido. Para se chegar a esta compreensão do contraditório – de sentido material –, é preciso entender que o juiz não pode se envolver por uma redoma no momento de decidir e ignorar todo o debate desenvolvido no decorrer do processo.

O contraditório material possui três dimensões que lhe são próprias, como bem exposto no MS 24.268/MG, julgado pelo STF sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes: (i) direito à informação (*Recht auf Information*), a partir do qual o órgão julgador deve informar a parte contrária dos atos processuais e de seu conteúdo; (ii) direito à manifestação (*Recht auf Äusserung*), com base no qual se deve garantir à parte a possibilidade de manifestação sobre os elementos fáticos e jurídicos do processo; e (iii) direito a ter seus argumentos considerados na decisão (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas. Este terceiro direito próprio do contraditório material envolve não somente do dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*) dos argumentos, mas também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*). Esta posição foi assentada em sede de discussão sobre contraditório no processo administrativo.

Contudo, o precedente acima referido, infelizmente, constitui uma exceção na jurisprudência da corte. Paradoxalmente, como desenvolvem Theodoro *et al.* (2015, p.

111-112), o entendimento corriqueiro daquele tribunal, no que diz respeito ao processo judicial, é distinta e baseada numa perspectiva formal, cuja finalidade é impedir a análise de Recursos Extraordinários que aleguem violação do contraditório, com base no fundamento de haver apenas ofensa reflexa à Constituição.¹⁵ Os autores criticam que o STF não percebia (e não percebe ainda) que o contraditório constitui na alta modernidade um dos principais eixos estruturais da democracia, ao assegurar o direito fundamental de participação em processos de formação da opinião e da vontade, agregando o exercício da autonomia pública e privada e proporcionando a criação de um direito mais legítimo. O contraditório tem papel importante como legitimador das decisões judiciais.

O processo judicial democrático, em verdade, precisa ser compreendido como um espaço público em que os fluxos comunicativos sejam fomentados, filtrados e sintetizados, com o fim fundamental de buscar a construção do entendimento, em detrimento de argumentos estratégicos de viés autoritário ou meramente persuasivo. O processo constitucionalmente entendido deve impedir decisões solitárias, ao quebrar o privilégio cognitivo dos agentes estatais e ao impor a estes a devida fundamentação racional baseada em argumentos produzidos e construídos endoprocessualmente. Como destaca Picardi, o processo participativo não vem construído sobre uma posição de superioridade do juiz. Não consiste numa relação assimétrica, mas numa ordem isonômica na qual se assegura a reciprocidade, a igualdade e a paridade entre os sujeitos processuais. Esta concepção normativa de contraditório não busca uma identidade entre as funções desempenhadas pelos sujeitos processuais, mas o estabelecimento “da ótica de consideração e da interdependência” entre eles. (THEODORO Jr. *et al.*, 2015, p. 113-114)

O contraditório não só está intimamente interligado com a legitimação da decisão judicial, como também tem um impacto relevante na formação e na aplicação dos precedentes judiciais, tanto que o Fórum Permanente de Processualistas Civis firmou o enunciado nº 02 que frisa que “para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório.” Somente por meio de um diálogo real entre os diversos sujeitos do processo é possível escrutinar adequadamente as

¹⁵ Brasil, STF, 2^a Turma, AgRAI 360.265, Rel. Celso de Mello, 2002; Brasil, STF, RE 405.321/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2005; Brasil, STF, 1^a Turma, RE-AgR 491.923/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2006.

questões de fato e de direito que se apresentam, permitindo a adequada “saturação” da matéria, no sentido de Robert Alexy. Saturar o objeto da decisão consiste em tentar concentrar e apreciar na pretensa decisão paradigma o maior número de elementos argumentativos possíveis. (BUSTAMANTE *In DIDIER et al.* (org.), 2015-A, p. 286) Com isto, consegue-se produzir precedentes mais ricos em conteúdo, os quais poderão, por conseguinte, ser aproveitados para solucionar uma maior gama de questões que vierem a se apresentar.

O contraditório material no novo Código de Processo Civil não se limita às partes e ao juiz. Marcante neste sentido é a participação do *amicus curiae*, como previsto no art. 138 do CPC (“O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias da sua intimação”), em especial a sua legitimidade recursal prevista pelo § 1º (“A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.” [grifo nosso]). Como se percebe, o terceiro interveniente também participa do modelo cooperativo de processo, não podendo a sua participação ser simplesmente ignorada pelo julgador, por isso da possibilidade de opor Embargos de Declaração quando o juiz se omitir a respeito dos elementos que apresentar. Ressalte-se que os *amici curiae* têm papel relevante para saturar a matéria discutida, uma vez que são chamados à discussão exatamente para trazer elementos que sem eles dificilmente surgiriam no debate.

A participação da sociedade na construção das decisões que virão a ter efeitos sobre todos é central não só para a legitimidade em si da decisão, como também para a melhor qualidade e amplitude da decisão final. Neste sentido, Cassio Scarpinella Bueno (*online*) argumenta que, no direito estrangeiro, o *amicus curiae* mostra toda sua importância quando os efeitos de um *leading case* podem afetar outros casos, vinculando-se direta ou indiretamente, e reconhece que, com a nova sistemática de precedentes do CPC de 2015, nada mais correto do que admitir, generalizadamente, a intervenção daquele terceiro. Ainda completa que a previsão do *amicus curiae* aparece como verdadeira regra de balanceamento mais que justificável e oportuna para a nova

lei processual, que pretende ser um verdadeiro marco de transição para uma nova forma de pensar o direito como um todo. O *amicus curiae* aparece como agente de um “contraditório presumido”, um “contraditório institucionalizado”: contraditório que deve ser entendido e aplicado à luz de uma sociedade e de um Estado plurais como fator decisivo e essencial para a tomada de decisões pelo Estado no exercício de qualquer uma de suas funções, inclusive, como interessa para cá, no exercício da função jurisdicional. Assim, o *amicus curiae* deve ser entendido como um terceiro interessado especial que, por iniciativa própria (intervenção espontânea) ou por determinação judicial (intervenção provocada), intervém em processo pendente com vistas a enriquecer o debate judicial sobre as mais diversas questões jurídicas, transportando, para o ambiente judiciário, valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado, que, de uma forma mais ou menos intensa, serão afetados pelo que vier a ser decidido, legitimando e pluralizando, com a sua iniciativa, as decisões tomadas pelo Poder Judiciário. A importância do *amicus curiae* também se revela na necessidade de fontes complementares e informações extrajurídicas em casos mais complexos, cuja solução ultrapassa a mera aplicação dos dispositivos legais. (MEDEIROS, *online*) Um caso concreto bastante marcante que demonstra a importância dos *amici curiae* é o do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, que discutiram se a união entre pessoas do mesmo sexo poderia constituir “entidade familiar” (art. 1.723, CC). (HAIDAR, *online*).

Leciona Theodoro Jr. *et al.* (2015, p. 118-119) que o novo Código de Processo Civil também otimiza dois grandes corolários do princípio do contraditório, enquanto garantia de influência e de não surpresa, para o sistema de precedentes por meio da técnica de *overruling*. Esta técnica viabiliza a participação das partes na superação do precedente pelo tribunal, permitindo o afastamento de “regras jurisprudenciais” de modo legítimo (*justified departures*) e evitando afastamentos subjetivos e desprovidos de embasamento. Vale ainda destacar, conforme LUCCA (2015, p. 360-361) que o princípio da confiança tem origem constitucional e os precedentes judiciais também servem de fundamento da confiança, exigindo-se da jurisdição coerência e consistência em sua atuação. A preocupação com a participação social e a segurança jurídica é redobrada quando se trata de enunciados com conteúdo impreciso, uma vez que se tratam de expressões mais maleáveis e sujeitas a modificações semânticas mais bruscas.

Os conceitos jurídicos indeterminados inserem-se no contexto de saturação do objeto decisório de forma especial devido à sua abstração semântica. Neste sentido, não

poderá julgar o juiz com base numa definição conceitual que não tenha sido discute previamente pelas partes. Caso o juiz não corrobore com as delimitações semânticas apresentadas anteriormente pelas partes, deverá oferecer às partes a oportunidade para se manifestarem sobre a perspectiva semântica adotada pelo julgador. Do contrário, o juiz estaria julgando com base em elementos que não foram submetidos ao devido contraditório. O conceito jurídico indeterminado não pode ser utilizado como uma enunciação performativa que serviria para justificar qualquer decisão judicial, sob pena de falta de fundamentação (art. 489, § 1º, III, CPC: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”).

3. DEVERES DOS TRIBUNAIS E *STARE DECISIS HORIZONTAL*

Inovando ao ordenamento processual, o art. 926 do CPC determina que os “tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” Destacam Didier Jr. *et al.* (2015-A, p. 473-474) que estes deveres gerais para os tribunais estão previstos no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes (jurisprudência e súmulas), persuasivos e vinculativos, quais sejam estes deveres: (i) de uniformizar sua jurisprudência; (ii) de dar publicidade adequada aos precedentes; (iii) de integridade; (iv) de coerência; e (v) de manter essa jurisprudência estável. Estes são desdobramentos horizontais da *doctrine of stare decisis*, uma vez que se afigura o dever interno do tribunal de respeitar suas próprias decisões.

3.1. DEVER DE UNIFORMIDADE

O dever de uniformizar a jurisprudência baseia-se na noção de que o tribunal não pode ser omissa diante da divergência interna que exista entre seus órgãos fracionários sobre determinada questão jurídica. Deve, portanto, resolver a divergência, uniformizando o entendimento. Já previsto no *caput* do art. 926, o dever de uniformidade encontra seu desdobramento no § 1º (“Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.”), a partir do qual se depreende

que a elaboração de enunciados de Súmula não é somente uma comodidade para o julgador, mas um dever da corte.

Contudo, a elaboração desses enunciados precisam atender ao requisito do § 2º do mesmo artigo (“Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”). No que se depreende, como leciona Didier Jr. *et al.* (2015, p. 474), a finalidade desta disposição é preservar o caráter de concretude do direito judicial que se constrói. Embora tenha se produzido uma norma geral (*ratio decidendi*), ela não pode ser compreendida à revelia do caso concreto que a concebeu.

3.2. DEVER DE PUBLICIDADE

O dever da publicidade se encontra consubstanciado no art. 927, § 5º, do CPC (“Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”). Disposição semelhante é encontrada no art. 979 do CPC (“A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.”), que trata do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Com base neste dever, Didier Jr. *et al.* (2015, p. 475) destacam que é necessário redimensionar o princípio da publicidade. A partir do momento em que as decisões judiciais passam a ser reconhecidas como fonte do Direito, é preciso permitir acesso amplo a elas pela sociedade, pois só assim se terá acesso à totalidade das regras jurídicas.

O legislador também atentou em exigir que os precedentes sejam separados “por questão jurídica decidida” pelos tribunais, com o fim de facilitar a instrumentalização e o acesso ao posicionamento das cortes. No IRDR também encontramos disposição semelhante no art. 979, § 1º, CPC (“Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.”). A ideia de ampla publicidade dos precedentes está intimamente atrelada ao novo grau de vinculação que as decisões passam a receber com o novo diploma

adjetivo, bem como aparece é um pressuposto para a concretização do Estado de Direito e da democracia.

3.3. DEVERES DE COERÊNCIA E DE INTEGRIDADE

Previstas no *caput* do art. 926, a coerência e a integridade possuem uma clara interseção (e interação) entre si, justificando uma análise inicial conjunta, tanto que parte da doutrina já fala de “consistente” para englobar as duas expressões. Segundo os autores, a condição mínima para que se considere uma jurisprudência como consistente (íntegra e coerente) é estar ela lastreada em precedentes bem fundamentados (art. 489, § 1º, c/c art. 927, § 1º, CPC). Quanto mais argumentos suportam a tese firmada, tanto mais consistente (íntegra e coerente) é ela.

A coerência e a integridade podem ser compreendidas como dois círculos distintos com considerável área de intersecção. Como destacam Didier Jr. *et al.* (2015, p. 478-479), a jurisprudência pode ser coerente, mas inconsistente (o tribunal interpreta o Direito de modo coerente [do ponto de vista lógico], mas a argumentação que sustenta a *ratio decidendi* é frágil e lacunosa), bem como pode ser íntegra, mas inconsistente (o tribunal decide com atenção à unidade do Direito, às peculiaridades de determinado microssistema ou às relações entre o processo e o Direito material, mas o faz a partir de distinções inconsistentes, teorias obsoletas ou sem o entendimento de todos os argumentos suscitados em torno da controvérsia).

3.3.1. COERÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA

A coerência pode se manifestar numa dimensão formal ou numa dimensão substancial. Do lado formal, a coerência está associada à ideia de não-contradição, enquanto que, do lado substancial se relaciona à ideia de conexão positiva de sentido. A coerência também possui uma dimensão interna e outra externa. Do ponto de vista externo, os tribunais devem obediência às suas decisões anteriores e à linha evolutiva da jurisprudência, como uma imposição do princípio da igualdade. A coerência externa reforça o inafastável caráter histórico do desenvolvimento da jurisprudência e impõe o dever de autorreferenciação das decisões judiciais, ou seja, o dever de diálogo com os

precedentes a ponto de promover a distinção entre os casos ou a superação da tese paradigmática. Já do ponto de vista interno, a coerência está ligada com a construção do precedente e ao dever de fundamentação, relacionando-se com a compatibilidade entre as premissas adotadas e as conclusões atingidas. (DIDIER Jr. *et al.*, 2015, p. 479-481)

Ainda é possível destacar alguns outros critérios para a aferição da coerência jurisprudencial. Em primeiro lugar, a conformidade com o repertório conceitual da teoria do Direito e da dogmática jurídica, aplicando adequadamente os conceitos jurídicos fundamentais (prova, capacidade, cognição, ato processual etc.) e os conceitos jurídicos-positivos (apelação, inspeção judicial, reconvenção etc.). A força persuasiva da doutrina no exercício da função jurisdicional será maior ou menor conforme a tradição jurídica de cada país. Como destacam Didier Jr. *et al.* (2015, p. 481-482), sem o manancial teórico fornecido pela ciência jurídica, torna-se impossível a interpretação, não sendo razoável, portanto, supor que o órgão julga simplesmente ignore a produção da doutrina jurídica.

Em segundo lugar, a recondução a uma mesma norma superior, que consiste em compatibilizar logicamente duas *rationes decidendi* em duas decisões de conteúdo juridicamente distinto. Consiste aqui em aplicar a mesma regra de justificação em dois precedentes. Por exemplo, no campo de direito adjetivo, se o tribunal adota certos critérios para a admissibilidade da petição inicial, mas adota critérios outros (e logicamente incompatíveis com os primeiros) para a admissibilidade de incidentes processuais, está-se diante de uma jurisprudência incoerente. Já no campo do direito substantivo, um exemplo de decisão incoerente seria reconhecer que uniões homoafetivas seriam família para fins de sucessão, mas não seriam para fins previdenciários. Diferente ocorre entre as normas legislativas – que não precisam seguir a regra da coerência –, pois é possível haver uma profunda incompatibilidade lógica entre as determinações normativas, bastando haver compatibilidade com as normas constitucionais e supralegais.

Em terceiro lugar, a conformidade com a regra que impõe requisitos para a congruência interna da decisão. Conforme Didier Jr. *et al.* (2015, p. 484), a coerência está diretamente ligada à congruência interna. A decisão judicial precisa ser clara e coerente, de forma que a norma jurídica para solucionar o problema concreto esteja devidamente individualizada e que o caminho lógico adotado pelo julgador seja

cognoscível e identificável. É inadequado o uso de recursos estilísticos que possam vir a dificultar a compreensão da manifestação judicial. A linguagem da decisão deve ser um elemento de aproximação entre o emissor (julgador) e o receptor (partes e sociedade) da mensagem. Também é preciso haver uma vinculação lógica entre tudo o que se narrou no relatório, os fundamentos lançados na motivação e a conclusão alcançada no dispositivo, bem como deve haver coerência lógica interna em cada uma destas partes isoladamente. A falta de qualquer destes elementos de coerência justifica a oposição de Embargos de Declaração para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição. (DIDIER Jr. *et al.*, 2015, p. 386-388)

Com base no princípio da coerência, não é admissível que coexistam compreensões contraditórias sobre um mesmo conceito jurídico indeterminado na esfera jurisprudencial. Caso haja precedente obrigatório que já tenha firmado que certo conceito vago deve ser compreendido de certo modo, não se pode admitir que o colegiado menor da mesma corte ou que um órgão jurisdicional vinculado se insurjam àquele entendimento. Não se vislumbra aqui a possibilidade de *overruling* para aplicar acepção diversa àquela do precedente vinculante, mas apenas o *distinguishing* com o fim de inaplicar o conceito vago por o caso não se ajustar definição firmada pelo precedente vinculante. Isto porque a superação da tese (ou seja, da acepção firmada sobre a expressão aberta) firmada em precedente vinculante seria a única forma de adotar novo entendimento a respeito do conceito jurídico indeterminado. Outra possibilidade para aplicar a expressão vaga de maneira diversa àquela firmada no precedente obrigatório é estabelecendo outra acepção conceitual que não seja incompatível com aquela da observação obrigatória.

3.3.2. INTEGRIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

A ideia de integridade está relacionada com a noção de unidade do Direito. Neste sentido, a decisão judicial deve se constituir em conformidade com o Direito como um todo, em conformidade com a toda complexidade de fontes normativas existentes (normas constitucionais, legais, administrativas, negociais, precedentes etc.), estando vedado o voluntarismo judicial e argumentação autoritária. Portanto, a obediência às determinações constitucionais é pressuposto da integridade, por força do

postulado da hierarquia normativa, bem como do postulado da unidade do ordenamento jurídico.

3.4. DEVER DE ESTABILIDADE

O dever de estabilidade está umbilicalmente atrelado ao postulado da segurança jurídica. Quando se fala em dever de estabilidade, não se quer dizer que a jurisprudência deve ser estática e imutável, mas que deve haver racionalidade até mesmo no momento de deixar de aplicar uma determinada *ratio decidendi* por conta de distinções fáticas relevantes (*distinguishing*) ou de superações da tese jurídica (*overruling*). Desta forma, por exemplo, qualquer mudança de entendimento dever ser adequadamente justificada, além de ter sua eficácia modulada em respeito à segurança jurídica.

O julgador que pretende bater de frente com um precedente deverá superar a inércia argumentativa decorrente da posição consolidada. É a ideia de que quem nada contra a corrente precisa dar braçadas mais intensas. Portanto, o juiz que promover o *overruling* ou o *distinguishing* deverá oferecer uma carga de justificação mais robusta do que teria de oferecer se tivesse simplesmente adotado o paradigma decisório anterior. Segundo Didier Jr. *et al.* (2015, p. 475), o princípio da inércia argumentativa encontra-se consagrado implicitamente na Constituição Federal a partir das normas (i) da igualdade de tratamento para casos afins (art. 5º, caput, CF), (ii) da motivação adequada tanto para a decisão que aplica como para aquela que afasta o precedente (art. 93, IX, CF), e (iii) do contraditório, que pressupõe o direito de conhecer a motivação para poder questioná-la pelos meios de impugnação cabíveis (art. 5º, IV, CF).

4. PRECEDENTES FORMALMENTE VINCULANTES E *STARE DECISIS* VERTICAL

O art. 927 do CPC enumera um rol de precedentes obrigatórios para juízes e para tribunais. Como ensinam Didier Jr. *et al.* (2015, p. 461), o rol não é exaustivo, uma vez que a partir dos deveres de estabilidade, integridade e coerência podem ser extraídos outros precedentes obrigatórios, especialmente em relação a enunciados de Súmula (de qualquer que seja o tribunal) sobre o próprio tribunal e os juízes a ele vinculado.

As repercussões processuais decorrentes dos precedentes vinculantes são diversas, algumas das quais já foram tratadas, como o princípio da inércia argumentativa e a necessidade de submeter necessariamente as razões de decidir ao contraditório das partes. Outra repercussão é a possibilidade de julgamento unipessoal de conflito de competência, quando tiver por fundamento enunciado de Súmula do próprio tribunal em que se instaurou o conflito (art. 925, p. u., CPC). Ou ainda o instituto da improcedência liminar de pedido que contrarie enunciado de Súmula do tribunal de justiça sobre direito local. Tais previsões reforçam a força vinculante dos enunciados de Súmula, embora ausentes no rol do art. 927. (DIDIER Jr., 2015, p. 462)

No rol (não exaustivo) do art. 927 estão previstos os seguintes tipos de precedentes obrigatórios: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de Súmula Vinculante; (iii) os acórdãos em Incidente de Assunção de Competência ou de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e em julgamento de Recursos Extraordinário e Especial 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 do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

As decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de Súmula Vinculante, que já eram vinculantes por mandamento constitucional e, por isso, não serão objeto de estudo aqui. O que teria a ser dito sobre os enunciados de Súmula do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, também já foi trabalhado quando tratamos do dever dos tribunais, uma vez que estes enunciados de Súmula estão estritamente relacionados com os deveres de estabilidade, coerência, integridade e de publicidade. De forma semelhante, a obrigatoriedade sobre a orientação do plenário ou do órgão especial é desdobramento do dever de uniformidade, que também já foi analisado. Assim, a seguir iremos nos ater ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ao Incidente de Assunção de Competência e aos Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos, enfatizando como aproveitar as formalidades.

4.1. MICROSSISTEMA DE JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS

O novo código processual, em seu art. 928, traz duas técnicas processuais para resolução de causas repetitivas, visando a dar maior racionalidade à solução a ser conferida à multiplicidade de processos, com observância à isonomia e à segurança jurídica. Além de gerir os casos repetitivos, o IRDR e os Recursos Repetitivos também se destinam a formar precedentes obrigatórios, que vinculam o próprio tribunal, seus órgãos e os juízes a ele subordinados. (DIDIER Jr. *et al.*, 2016, p. 588-590) Em caso de algum juízo não aplicar a tese jurídica firmada no procedimento de resolução de casos repetitivos, caberá Reclamação para o respectivo tribunal competente (art. 988, IV, CPC). Em caso de aplicação equivocada da tese firmada a caso distinto, também será cabível Reclamação, com o fim de afastar a aplicação da respectiva *ratio decidendi* (art. 988, § 4º, CPC), ou mesmo Ação Rescisória, com o fim de desconstituir decisão que não procedeu com a distinção cabível (art. 966, § 5º, CPC).

Em contraposição, vale trazer a análise ao ainda projeto de lei do CPC de Hassan Ribeiro (*online*) que desenvolve uma crítica à sistemática do IRDR no sentido de que, com a expedição de uma decisão em procedimento de resolução de casos repetitivos – obtida num órgão especial de um tribunal –, não há maior debate e, por isso, não são examinados nem conhecidos argumentos racionais que poderiam eventualmente contribuir para outra solução. Atualmente, as decisões judiciais são obtidas, mesmo nos países que adotam o sistema da *common law*, de baixo para cima, ou seja, nascem nos órgãos judiciais de nível inferior e vão amadurecendo, com outros argumentos, até chegar aos órgãos superiores quando já há um debate mais amplo no meio jurídico e na sociedade, e mesmo nos meios de comunicação de massa. Com este debate amplo e demorado, haverá uma maior qualidade na decisão proferida e um menor risco de erro na decisão. A crítica é pertinente, contudo, como se verá à frente, a pluralidade de causas e a participação da sociedade são premissas para a constituição de teses jurídicas em sede de resolução de demandas repetitivas, superando – ao menos do ponto de vista dogmático – a crítica elaborada pelo autor.

Como regra, o modelo brasileiro de resolução de demandas repetitivas se aproveita da sistemática de *casos-piloto*, com base no qual se escolhem alguns recursos ou causas para exame e julgamento (art. 1.036, CPC). As causas afetadas devem ser julgados dentro do prazo de um ano, tendo prioridade de tramitação sobre as demais,

exceto *habeas corpus*. O julgamento dos recursos paradigmas decide-os e fixa a tese a ser aplicada aos demais casos sobrestados, bem como serve como *ratio decidendi* a ser aplicada em causas futuras. Excepcionalmente se aplica a sistemática de *casos-modelo* quando houver desistência da demanda ou do recurso voluntário. Nesta hipótese, a desistência ou o abandono do processo não impede o exame do mérito do IRDR (art 976, CPC), do Recurso Extraordinário simples – no qual já foi reconhecida a repercussão geral – ou dos Recursos Especiais e Extraordinários repetitivos (art. 998, CPC). Portanto, será fixada uma tese jurídica para as causas sobrestadas e futuras, sem haver, porém, o julgamento da causa que ensejou à sua criação. Ainda destacam Didier Jr. *et al.* (2016, p. 595-597) que não é possível instaurar procedimento de julgamento de casos repetitivos sem que haja, no respectivo tribunal, uma causa pendente, de onde o incidente surgirá ou que servirá como caso-piloto.

A seleção de casos-piloto é muito importante, pois impacta nas conclusões que o tribunal pode extrair sobre a questão repetitiva. Seleções malfeitas podem acarretar uma cognição de menor qualidade, reduzindo o potencial de influência do contraditório. Para a seleção existem parâmetros quantitativos e qualitativos. O critério quantitativo se trata de selecionar dois ou mais causas representativas da controvérsia. Já o critério qualitativo consiste na escolha do processo que seja admissível e que contenha argumentação abrangente (art. 1.036, § 6º, CPC), de forma a viabilizar uma ampla discussão sobre o tema.

Uma vez instaurado o procedimento de resolução de demandas repetitivas, com a afetação dos casos-piloto, sobrestar-se-ão os demais casos, que receberão a mesma solução dada aos casos afetados para serem decididos por amostragem. A suspensão terá duração de até um ano (arts. 980 e 1.037, § 4º, CPC). No caso do IRDR, conforme o art. 980, p. u., do CPC, é possível prorrogação por meio de decisão fundamentada.

Contudo, por força do art. 1.037, §§ 8º a 13 do CPC, a parte tem direito ao prosseguimento de seu processo, caso demonstre que a suspensão de sua causa é indevida por haver distinção relevante em relação ao caso afetado ou por a questão jurídica do seu caso não ser abrangida pelo objeto do incidente, com base na qual se imporia solução jurídica diversa. Vale dizer que deve ser oportunizada a manifestação da parte contrária sobre a inadequação da suspensão (§ 11).

Ensinam Didier Jr. *et al.* (2016, p. 606-607) que o Conselho Nacional de Justiça deve manter cadastro nacional de IRDR's para permitir amplo acesso à informação sobre a existência e o estado de tais incidentes. A vasta publicidade é fundamental para permitir que os juízos tenham conhecimento do IRDR, bem como para viabilizar a intervenção de partes de outros processos e de *amici curiae*, que queiram contribuir com a discussão com elementos técnicos e com argumentos jurídicos para a formação da tese jurídica.

A modificação de uma tese firmada em procedimento de resolução de casos repetitivos somente poderá se realizar incidentalmente no julgamento de recurso ou causa de competência originária do tribunal. Mas o *overruling* (a superação) da tese, por resultar na formação de novo precedente vinculante, deve ocorrer com a instauração de um novo incidente de julgamento de casos repetitivos. Uma vez deferido requerimento, nos termos do regimento interno, o órgão que proferiu a decisão original tem preferência para julgar o possível *overruling*. Para que se dê a superação é preciso demonstrar a necessidade de revisão da tese firmada em razão de, entre outras alegações, (i) revogação ou modificação da norma que fundamentou a decisão, ou (ii) de mudanças de ordem econômica, social, política ou social. (DIDIER Jr. *et al.*, 2016, p. 614)

4.1.1. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

Destaca Koehler (*In* DIDIER *et al.* (org.), 2015-A, p. 659-660) que o IRDR surge no projeto do novo CPC como um dos pilares da ideologia do respeito aos precedentes, na tentativa de se gerar um sistema judicial com maior grau de segurança jurídica e isonomia, em que demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário sejam解决adas num prazo razoável. Já Costa Mendes *et al.* (*In* DIDIER *et al.* (org.), 2015-A, p. 567) lecionam que o IRDR vem para trazer racionalização e eficiência diante dos conflitos de massa, para fortalecer a jurisprudência e para garantir a isonomia.

O IRDR se trata de incidente processual em processo de competência originária, em recurso ou em remessa necessária. Nele se transfere a outro órgão do mesmo tribunal a competência funcional para julgar os casos-piloto e fixar a tese jurídica a ser aplicadas nos casos idênticos sobrestados e nos casos futuros. O art. 976 do CPC fixa os

requisitos de admissibilidade do IRDR: (i) efetiva repetição de processos e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, (ii) for questão unicamente de direito, e (iii) for causa pendente no tribunal. Não é cabível IRDR para definição de questões de fato, bem como não é possível IRDR preventivo, uma vez que é necessário haver demandas repetitivas. Por fim, existe um requisito negativo para admitir o incidente: não haver recurso representativo da controvérsia afetado por tribunal superior para definição de tese sobre questão de direito material e processual repetitiva, bem como não é cabível IRDR quando o tribunal superior tiver já fixado tese em procedimento de julgamento de casos repetitivos. (DIDIER Jr. *et al.*, 2016, p. 625-628)

A necessidade de se demonstrar risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, II) evidencia a vocação do IRDR enquanto precedente obrigatório, como bem desenvolvido no Capítulo 2. Este incidente se afigura como relevante instrumento processual para eliminar dúvidas sobre o Direito, garantindo uma aplicação mais racional, objetiva e previsível do ordenamento jurídico. O IRDR se apresenta também como relevante instrumento para a construção conceitual de expressões jurídicas vagas, a partir de casos-piloto, trazendo importantes instrumentos de participação social para buscar a melhor definição dos conceitos jurídicos indeterminados empregados pelo legislador. Neste sentido, é fundamental para a qualidade do precedente que seja analisado o maior número possível de argumentos, no sentido de situar o aplicador no contexto em que se insere e de conscientizá-lo das reverberações que a sua decisão poderá ter.

Como regra, o IRDR pode ser suscitado em tribunal de justiça ou tribunal regional federal. Também é possível, porém, sua instauração em tribunal superior nos casos de causas originárias e de outros tipos de recurso no âmbito das cortes superiores. A legitimidade para sua instauração é do juiz ou do relator ao presidente do tribunal respectivo de ofício, bem como, mediante petição, das partes, do Ministério Público e da Defensoria Pública. Ademais, as partes podem requerer que a suspensão dos processos se dê em todo o âmbito nacional por meio de requerimento ao STJ ou ao STF (art. 982, §§ 3º e 4º).

4.2. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (IAC)

Por fim, o Incidente de Assunção de Competência é instrumento processual previsto no art. 947 do CPC como corolário do dever de uniformidade da jurisprudência pelos tribunais. Ele surge como novo instrumento destinado a concretizar a tutela da segurança jurídica e da isonomia. O IAC pode ser instaurado em qualquer tribunal enquanto ainda não houver se dado o julgamento do recurso, da remessa necessária ou da causa originária, podendo ser instaurado de ofício – por requerimento do relator ou do colegiado menor – ou mediante requerimento das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública (enquanto instituição). Uma vez julgado pelo colegiado maior indicado pelo regimento interno, a decisão do incidente constitui precedente obrigatório que deve ser observado pelo tribunal e pelos juízes a ele vinculados.

O IAC é admissível quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos (art. 947). Como se depreende da literalidade do artigo, em primeiro lugar, o IAC pressupõe a existência de “relevante questão de direito”. A questão também deve ter “grande repercussão social”. Didier Jr. *et al.* (2016, p. 665) propõe a utilização do critério para repercussão geral (art. 1.035, § 1º), a partir do qual deve haver questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses intersubjetivos do processo. Por fim, há um requisito negativo: não cabe IAC se houver repetição da discussão em múltiplos processos. Portanto, este incidente se adéqua para casos em que há questões relevantes, de grande repercussão social, em processo específico ou em processos que tramitem em pouca quantidade. Aqui não se fala em casos repetitivos ou em resolução de demandas em massa, constituindo-se, por isso, como um instituto voltado, por excelência, à formação de precedente obrigatório.

Didier Jr. *et al.* (2016, p. 606-607) enunciam três fins específicos para o IAC: (i) provocar o julgamento de caso relevante por órgão colegiado de maior composição. Ocorre o deslocamento da competência no âmbito interno do tribunal. Ao julgar, o órgão define o entendimento da corte; (ii) prevenir ou compor divergência interna no tribunal. Se houver divergência entre órgãos do próprio tribunal, deve-se instaurar o IAC; (iii) formar precedente obrigatório, que vinculará o próprio tribunal – exceto se houver revisão da tese – e os juízes subordinados.

À luz das críticas pouco acima desenvolvidas por Hassan Ribeiro (*online*), convém destacar certa preocupação em relação à amplitude democrática e à qualidade dos precedentes produzidos em sede de IAC. Como se trata de incidente em que não há multiplicidade de demandas, a discussão corre o risco de ser mais restrita do que seria necessário para a formação de um precedente de qualidade, caso os julgadores se limitem à argumentação apresentada apenas pelas partes. Com efeito, o tribunal tem uma maior incumbência, como um dos sujeitos ativos na construção de um processo participativo, de instar pela participação da sociedade, até porque o IAC trata de relevante questão de “grande repercussão social”.

Com efeito, é preciso atentar para instrumentos processuais hábeis a permitir o debate qualificado sobre a questão objeto do IAC. Por exemplo, deverá haver ampla divulgação e publicidade da instauração do IAC (art. 927, § 5º), realização de audiências públicas (arts. 983, § 1º, e 1.038, II), participação obrigatória do Ministério Público (arts. 976, § 2º, e 1.038, III) e possibilidade da intervenção de *amici curiae* (arts. 983 e 1.038, I). Ainda, o acórdão que decidir o incidente precisará de uma motivação qualificada, devendo abranger a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários (art. 489, § 1º, IV). Frise-se que a fundamentação reforçada é necessária para a formação de um precedente de qualidade.

O IAC surge como remédio preventivo, viabilizando que os tribunais firmem precedente obrigatório sobre matéria de impacto social antes que proliferem ações sobre aquela questão. Na seara dos conceitos jurídicos indeterminados, se conduzido com um debate amplo e decidido a partir de uma fundamentação robusta (com o máximo de *rationes decidendi* possível), o IAC poderá ser instrumento crucial para firmar a posição de uma determinada corte sobre a semântica de uma expressão vaga, evitando consideravelmente o efeito negativo (de incerteza) trazido pelo emprego de conceitos imprecisos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito brasileiro se encontra dentro de um processo de convergência entre as tradições jurídicas, como consequência de um esforço em aproveitar experiências e propostas de cada uma das tradições a fim de solucionar problemas práticos que se apresentam no contexto jurídico e extrajurídico, tais como a aplicação desigual e imprevisível de conceitos jurídicos indeterminados. Aprendendo com a experiência anglo-saxã, o legislador nacional incorporou ao novo Código de Processo Civil de 2015 um microssistema de precedentes vinculantes voltado a conferir maior racionalidade à jurisprudência nacional, bem como uma série de outros institutos jurídicos a ele relacionados intimamente.

É preciso compreender que a liberdade, decorrente da vagueza textual, conferida ao juiz precisa ter uma contrapartida (um ônus a mais) sobre o aplicador do Direito. Em especial, é preciso haver maior cuidado com a fundamentação das decisões, que precisa ser mais robusta. Ao decidir com base num conceito jurídico indeterminado, o julgador deve promover dois juízos: (i) o juízo concretizatório (juízo de primeiro grau), em que a expressão vaga receberá maior densidade normativa, de forma a permitir uma compreensão objetiva sobre seu sentido; e (ii) o juízo deontológico (juízo de segundo grau), no qual o julgador, já tomando o conceito vago concretizado como premissa, desenvolve uma solução para o caso concreto.

O redimensionamento do papel do juiz é uma variável fundamental para compreender tanto o emprego dos conceitos jurídicos indeterminados quanto o funcionamento dos precedentes vinculantes. O juiz deve ser compreendido como um sujeito ativo na construção e reconstrução da semântica jurídica, pois é o aplicador que completa o sentido da expressão vaga parcialmente constituída pelo legislador. Contudo, o juiz não possui a mesma base de legitimidade do legislador. Com base nesta noção, emerge o dever de conferir ao processo judicial o caráter mais democrático possível a partir de canais de comunicação com a comunidade, tais como audiências públicas e *amici curiae*. Afinal, ao lado da autoridade, deve estar a constante preocupação de conferir legitimidade democrática ao exercício do poder.

No código adjetivo, o legislador reconheceu a necessidade de complementação de sua semântica quando determina que as decisões judiciais deverão, ao empregar

conceitos jurídicos indeterminados, explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. Tal mandamento evidencia que o juiz não pode se aproveitar de expressões vagas como enunciações performativas, ou como cartas brancas, para decidir conforme sua compreensão de justiça particular.

O juiz tem o dever de esclarecer e concretizar os termos vagos a partir dos quais resolve o caso concreto, sob pena de nulidade da decisão. A decisão judicial não pode ser compreendida como um ato exclusivamente do juiz, para o qual as partes e os terceiros intervenientes em nada contribuem efetivamente, mas sim como resultado final de um debate plural e amplo que se deu no bojo do processo. Apesar de a decisão ser atribuição do juiz, todos os sujeitos processuais desenvolvem a discussão processual, e a decisão deverá observá-la com o máximo de detalhes possíveis. Com base nos princípios da comparticipação e do contraditório material, a decisão final deve ser vista como resultado da atuação da comunidade de trabalho processual e do debate conjunto desenvolvido no curso do processo. A resposta judicial não pode ser vista como uma satisfação dos desejos da justiça particular do juiz ou como sendo as partes os únicos interessados pelo seu resultado, pois agora um precedente gera reverberações ainda maiores em toda a matriz jurídica, especialmente quando se trata de precedentes vinculantes.

Tomando a concretização, a comparticipação processual e o contraditório material como premissas necessárias para a formulação de paradigmas decisórios válidos, os precedentes surgem como uma possibilidade de sistematização e de operacionalização racional e previsível de conceitos jurídicos indeterminados.

A partir dos conceitos vagos encontrados nos textos normativos, podemos obter as mais diversas compreensões semânticas. Para cada decisão de um caso concreto, temos um entendimento que corresponde a uma compreensão. Quando não há qualquer rationalidade na aplicação destes termos vagos, as compreensões não são aglutinadas nem compatibilizadas. Prevalece a fragmentação e a incerteza. Esta é o panorama de sistemas jurídicos como o brasileiro em que há pouco cuidado metodológico com os precedentes judiciais sobre conceitos vagos.

Do outro lado, em contraposição ao caos acima, temos um sistema racional e previsível de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Já que não há como esperar que todos os juízos por meio de uma reflexão iluminista cheguem

individualmente a conclusões idênticas sobre a compreensão dos conceitos jurídicos indeterminados, a utilização de um instrumento amplo e social de construção conceitual, tal como um sistema de precedentes obrigatórios, surge como uma alternativa para solucionar o problema das decisões judiciais imprevisíveis e incompatíveis entre si que vivenciamos atualmente.

Com um sistema estruturado e racionalizado de operacionalização de precedentes judiciais como pretende o CPC de 2015, as compreensões firmadas sobre conceitos vagos se encaixariam entre si como as peças de um quebra-cabeça, constituindo um quadro conceitual que obedeceria aos princípios de uniformidade, coerência e integridade da jurisprudência. A partir do momento em que temos uma quantidade razoável de decisões, podemos começar a visualizar a fisionomia ampla do conceito. Apesar de um precedente já poder ser utilizado para resolver outro caso semelhante, tomando como suporte uma base ampla de compreensão sobre o conceito é possível articular uma maior quantidade de respostas (em grande medida previsíveis, já que tomam como base premissas já firmadas anteriormente) para os casos concretos futuros.

Não se trata aqui, diga-se, de esgotar a prática jurisdicional, pois os precedentes também estão sujeitos à interpretação e à aplicação, e estas são de atribuição própria do juiz. O que há, em verdade, é a redução das possibilidades semânticas que têm o aplicador do Direito, uma vez que o julgador deverá levar em consideração o quadro conceitual desenvolvido pelos precedentes.

Contudo, este quadro conceitual não é uma estrutura rígida e imutável, mas uma obra jurisprudencial permanentemente inacabada e em constante rediscussão e reforma. Assim, também há uma dimensão dinâmica neste quadro representada especialmente pela possibilidade de serem estabelecidas distinções (*distinguishing*) entre dois paradigmas de forma a justificar a não aplicação de uma determinada *ratio decidendi* no caso concreto do presente. Ou ainda, de forma mais radical, a própria superação (*overruling*) da tese jurídica anteriormente firmada.

A dinâmica dos precedentes está intimamente conectada com o dever de estabilidade da jurisprudência e com a segurança jurídica enquanto previsibilidade sobre o Direito. O direito jurisprudencial deve ser construído como “um romance em cadeia”, parafraseando Ronald Dworkin. Embora a narrativa do Direito não seja previsível por

completo, os tribunais têm o dever de construí-lo de forma a preservar as expectativas jurídicas e a garantir que as mudanças sejam discutidas com seus destinatários e justificadas juridicamente (e mesmo, se possível, sinalizadas com antecedência).

Sem dúvidas, o Código de Processo Civil de 2015 traz relevantes inovações no campo dogmático-institucional. Há, por exemplo, a previsão expressa de precedentes obrigatórios e de deveres dos tribunais, bem como outros institutos jurídicos atrelados aos precedentes. Contudo, a mudança meramente dogmática não nos parece suficiente para realizar, em sua integralidade, a pretensão de racionalizar a jurisprudência nacional. As tradições jurídicas deixam cada vez mais de lado diferenças institucionais que marcavam a distinção entre *civil law* e *common law*. Por exemplo, as codificações nos EUA e os procedimentos-modelo (*Musterverfahren*) na Alemanha. Contudo, à parte da aproximação dogmática, ainda podemos identificar distinções metodológicas marcantes que muito se associam a séculos de uma determinada tradição jurídica local, especialmente em relação ao trato sobre os precedentes judiciais.

Portanto, juntamente à virada dogmática, é preciso haver uma virada na prática forense e no modo de encarar o Direito. Do contrário, a finalidade buscada pelo novo código não será completamente atingida. A partir da edição de uma norma com pretensão de modificar toda uma estrutura, não podemos esperar que as mudanças se deem repentinamente ou de forma instantânea, mas sim de forma paulatina e dialética. Embora a existência de uma ordem legal expressa prevendo o respeito aos precedentes configure uma variável relevante para o início de uma mudança estrutural, ela não é sozinha suficiente. O passo seguinte é estar consciente de que apenas a lei não é suficiente para a mudança estrutural pretendida e contribuir ativamente para a mudança de uma cultura digna de modificação. A relevância da lei está em constituir uma dialética e impulsionar um debate, promovendo influxos sobre a realidade social de forma a contribuir para uma efetiva mudança cultural.

No campo da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, a virada também passa pela consciência judicial de que um termo vago no texto normativo precisa ser esclarecido objetivamente no momento de sua aplicação. Afinal, não basta que a compreensão sobre aquele termo fique restrita à subjetividade do juiz e não seja reproduzida no corpo da decisão. A falta de concretização configura um vício de fundamentação e um prejuízo para a legitimidade democrática da atuação jurisdicional.

Assim, embora não possamos esperar transformações repentinhas, o novo Código de Processo Civil, com todo um aparato legislativo hábil, traz uma forte expectativa de mudança no jeito brasileiro de lidar com precedentes judiciais, de forma a garantir que os conceitos jurídicos indeterminados sejam compreendidos de forma mais objetiva e operacionalizados de maneira mais transparente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes.** Série Memória Jurisprudencial. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal.** Disponível em: <

http://www.unicap.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=566

AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words.** 2. Ed. Disponível em: < <http://www.ling.upenn.edu/~rnoyer/courses/103/Austin.pdf>>. Acesso em: 21 de novembro de 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica.** 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Edipro, 2011.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=hipossufici%EAncia+e+consumidor+e+%22pessoa+jur%EDdica%22&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 30 de março de 2016.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/lei/l13105.htm>. Acesso em 30 de março de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=hipossufici%EAncia+e+consumidor+e+%22pessoa+jur%EDdica%22&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 30 de março de 2016.

ufici%EAncia+e+consumidor+e+%22pessoa+jur%EDdica%22&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO >. Acesso em 30 de março de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Afeto não pode ser parâmetro para união homoafetiva, diz CNBB.** Disponível em: <
<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=hipossufici%EAncia+e+consumidor+e+%22pessoa+jur%EDdica%22&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO >>. Acesso em 30 de março de 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae* no projeto do novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242885/000923086.pdf?sequence=1> >. Acesso em: 07 de dezembro de 2015.

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

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis.** 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. **O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas.** Disponível em: <
http://www.academia.edu/215397/O_novo_Procedimento-Modelo_Musterverfahren_alem%C3%A3o_uma_alternativa_%C3%A0s_a%C3%A7%C3%A7%C3%B5es_coletivas >. Acesso em 03 de maio de 2016.

CANARIS, Claus-Willhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Introdução e tradução por A. Menezes Cordeiro. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 142.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro.** São Paulo: Contracorrente, 2015.

CASTELO BRANCO, Janaína Noleto; PONTES, Fernando Demétrio de Sousa; MASSOUD, Bruno Araújo; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. (org) **Novo código de processo civil: perspectivas e desafios. Estudos em homenagem ao professor Daniel Gomes de Miranda.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CERQUEIRO, Katia Leão. **Entre facticidade e validade: A legitimação do direito à luz da razão comunicativa.** Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8647&revista_caderno=23 >. Acesso em: 06 de abril de 2016.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica.** Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/monografias/direito-e-metodo/> >. Acesso em: 10 de abril de 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. Vol. 2.** 10. Ed. Salvador: JosPodivm, 2015-A.

_____. **Cláusulas gerais processuais.** Disponível em: < <http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/> >. Acesso em: 21 de novembro de 2015.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril de. (coord.) **Coleção grandes temas do novo CPC. Precedentes.** Salvador: JusPodivm, 2015-B.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil. Vol. 3.** 13. Ed. Salvador: JosPodivm, 2016.

_____. **Curso de direito processual civil. Vol. 1.** 15. Ed. Salvador: JosPodivm, 2015.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELGADO, Mário Luiz. **A era das codificações voltou!** Disponível em: < Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI193342,91041-A+era+das+codificacoes+voltou.> >. Acesso em: 21 de março de 2016.

ENGISCH, Karl. **Einführung in das juridisiche Denken.** 10. Ed. Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH, 2010.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. **A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato.** Disponível em: <

<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/48655/30311>. Acesso em: 06 de abril de 2016.

GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005. Disponível em: <https://www.academia.edu/2390532/La_certeza_giuridica_como_prevedibilite%C3%A0>. Acesso em: 21 de novembro de 2015.

HAIDAR, Rodrigo. **A quarta família: STF retoma análise da união homoafetiva nesta quinta.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-04/decisao-stf-uniao-homoafetiva-sair-nesta-quinta-feira>>. Acesso em: 19 de abril de 2016.

HART, Herbert. *The Concept of Law*. 2 ed. New York: Oxford University Press, 1994.

HIMMA, Kenneth Einar. *Philosophy of Law*. Disponível em: <<http://www.iep.utm.edu/law-phil/#SSH1b.i>>. Acesso em: 21 de março de 2016.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3. Ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Disponível em: <<https://acasadospensadores.files.wordpress.com/2014/03/karl-larenz-metodologia-da-ciencia-do-direito.pdf>>. Acesso em: 21 de novembro de 2015.

LEITE, Maria Oderlândia Torquato; FEITOSA, Gustavo, Raposo Pereira. **Processo e jurisdição: o sincretismo do civil law e common law pelo uso dos precedentes judiciais vinculantes no Brasil.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f417d05af72b37f9>>. Acesso em: 21 de novembro de 2015.

LEMBI, João Lucas Cavalcanti; MARTINS, Guilherme Vinseiro. **Estratégias empresariais baseadas em precedentes judiciais: notas sobre casos concretos.**

Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=60c75132dc4a848c>>. Acesso em: 21 de novembro de 2015.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais - conforme novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Marinoni. **Precedentes obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro**. Disponível em: <http://marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files/_Elabora%C3%A7%C3%A3o%20dos%20conceitos%20de%20ratio%20decidendi.docx>. Acesso em 29 de março de 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 21 de novembro de 2015.

MEDEIROS, Daniela Brasil. **Amicus curiae: um panorama do terceiro colaborador**. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_da_esmarn/article/view/64/56>. Acesso em 07 de dezembro de 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENKE, Fabiano. **A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos**. Disponível em: <<https://www.passeidireito.com/arquivo/3205473/menke-fabiano-a-interpretacao-das-clausulas-gerais-na-pratica-juridica>>.

clausulas-gerais-a-subsuncao-e-a-concrecao-dos>. Acesso em: 21 de novembro de 2015.

MORAES NUNES, Gabriel Turiano. *Cláusulas gerais e o sistema jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03_01_05.htm>. Acesso em: 21 de novembro de 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

NUNES, Dierle. **Alguns requisitos democráticos da aplicação dos precedentes e Novo CPC**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/alguns-requisitos-democraticos-da-aplicacao-dos-precedentes-e-novo-cpc/>>. Acesso em: 21 de novembro de 2015.

_____ ; BAHIA, Alexandre Melo Franco. **Falta aos tribunais formulação robusta sobre precedentes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-07/falta-aos-tribunais-formulacao-robusta-precedentes#_ftnref4_3138>. Acesso em: 01 de abril de 2016.

_____ ; DERZI, Misabel; BUSTAMANTE, Thomas; NAVARRO, Ana. **Recursos extraordinários, precedentes e responsabilidade dos tribunais**. Revista de Processo, v. 237. 2014.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra, Almedina, 2007.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. **O poder do juiz: ontem e hoje**. Disponível em: <http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqdrp/portal/professores/cerezzo/pdf/poder_juiz.pdf>. Acesso em: 06 de abril de 2016.

PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffrè, 2006.

POPPER, Karl. *Conjectures and refutations: the growth of scientific knowledge*. London: Routledge, 2002.

RIBEIRO; Diógenes V. Hassan. **Primeiras impressões e contribuições sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <

http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/do_utrina/doc/Projeto_novo_CPC.pdf. Acesso em: 19 de abril de 2016.

RODAS, Sérgio. **Mecanismo inconstitucional: Nery Jr. critica norma do novo CPC que obriga juiz a observar jurisprudência.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>>. Acesso em: 11 de abril de 2016.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. *"Schönheit und Höhe": Zivilrechtler Justus Wilhelm Hedemann diente sich Hitler an.* Disponível em: <<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/politik/schoenheit-und-hoehe-1282878.html>>. Acesso em: 06 de abril de 2016.

SILVEIRA, Fernando Lang da. **A filosofia da ciência de Karl Popper: o racionalismo crítico.** Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5166086.pdf>>. Acesso em: 15 de abril de 2016.

STEINMAN, Adam. **A Constitution for Judicial Lawmaking.** Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=622981>. Acesso em: 21 de março de 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TENPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas e técnicas legislativas na parte geral do Código Civil de 2002.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32350-38875-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06 de abril de 2016.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **A discricionariedade judicial na metodologia civil-constitucional.** Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/41141/26954>>. Acesso em: 18 de dezembro de 2015.

TIMM, Luciano Benetti. **Decisões que violam precedentes judiciais dificultam o "cálculo do risco econômico".** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-14/luciano-timm-importancia-precedentes-judiciais>>. Acesso em 21 de março de 2016.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIDAL, Isabel Lifante. *Seguridad jurídica y previsibilidad.* Disponível em: <http://www.academia.edu/6430562/Seguridad_jur%C3%ADCAddica_y_previsibilidad>. Acesso em: 21 de novembro de 2015.

VOLLNER, Gerhard. *Wieso können wir die Welt erkennen? Neue Argumente zur Evolutionären Erkenntnistheorie.* Disponível em: <http://www.muenchner-wissenschaftstage.de/content/e160/e707/e728/e1103/filetitle/VVollmer_ger.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law.** Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/21854371/86142167/name/Teresa+Wambier+-+S%C3%BAAmula+Vinculante.PDF>>. Acesso em: 21 de novembro de 2015.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes.** Salvador: JusPodivm, 2015.