

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO – UFES**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL**

ROBERTO MIELKE CAMATTA

**PRECEDENTES E FONTES DO DIREITO: UMA  
PERSPECTIVA DA DOGMÁTICA JURÍDICA**

VITÓRIA  
2016

**ROBERTO MIELKE CAMATTA**

**PRECEDENTES E FONTES DO DIREITO: UMA  
PERSPECTIVA DA DOGMÁTICA JURÍDICA**

Defesa de Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes), como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem

VITÓRIA

2016

Salvo a todos e a tudo, mas em especial a vida, livro em branco o qual me permite trilhar os caminhos de uma trajetória justa e honesta.

“Cem vezes todos os dias lembro a mim mesmo que minha vida interior e exterior, depende dos trabalhos de outros homens, vivos ou mortos, e que devo esforçar-me a fim de devolver na mesma medida que recebi.”

Albert Einstein

Resumo: O presente trabalho tem como foco analisar os “precedentes” através de um estudo da dogmática e do construtivismo-lógico semântico. A partir disso, entender o referido instituto e propor ao final um método de incidência dos precedentes, uma vez que é comum observar problemas na aplicação dos precedentes, principalmente para selecionar seus elementos integradores – *ratio decidendi* e os fatos. Para realização desse trabalho será utilizado o método científico sintético e a pesquisa se dará através de bibliografia especializada.

Abstract: The present dissertation means to analyse the “precedents” by the study of dogmatic and semantic construtivism-logical. Thereon, perceiving such institute and proposing at the end a method of incidence of the precedents, once that it is common to have problems in its application, mostly in the moment of the selection of its integrating elements – *ratio decidendi* and the facts. To do this article one will use the synthetic scientific method and the research it will be made by specialized bibliography.

Palavras-chaves: construtivismo-lógico semântico; silogismo; precedentes; *ratio decidendi*; regra-matriz de incidência;

Keywords: semantic construtivism-logical; syllogism; precedents; *ratio decidendi*; rule-matrix of incidence;

## SUMÁRIO

<b>1. Introdução</b> .....	8
1.1. A Problematização.....	9
1.2. Objetivos do trabalho.....	10
<b>2. Objeto e Método</b> .....	11
2.1. O Objeto de análise.....	11
2.2. O Método.....	12
<b>3. As regras do jogo: uma base teórica</b> .....	14
3.1. O ato comunicacional, a linguagem, a língua e a fala – a construção da realidade e o giro linguístico.....	15
3.1.1. Os tipos de linguagem.....	19
3.1.2. O Direito positivo enquanto linguagem-objeto e a Ciência do Direito como metalinguagem.....	23
3.2. O Construtivismo Lógico-Semântico.....	24
3.3. A Semiótica.....	28
3.4. A Norma Jurídica.....	32
3.4.1. A norma jurídica hipotética-condicional.....	35
3.4.2. O intérprete e a norma.....	43
3.4.3. A regra-matriz de incidência da norma jurídica.....	46
3.4.3.1. Critério material.....	49
3.4.3.2. Critério espacial.....	51
3.4.3.3. Critério temporal.....	52
3.4.3.4. Critério pessoal.....	54
3.4.3.5. Critério prestacional.....	56
<b>4. O Direito positivo e a Ciência do Direito enquanto sistemas</b> ...	57
<b>5. Fontes do Direito</b> .....	62
<b>6. Os Precedentes</b> .....	67
6.1. Conceito e natureza jurídica.....	67
6.2. Funcionalidade e razões dos precedentes.....	73
6.3. Aspectos históricos dos precedentes.....	76

6.4. Os elementos dos precedentes.....	82
6.5. Classificação dos precedentes.....	84
6.6. Conceitos gerais aos precedentes vinculantes no <i>common law</i> : <i>stare decisis</i> , <i>distinguishing</i> e <i>overruling</i> .....	88
6.7. Os precedentes no Direito positivo brasileiro.....	94
6.7.1. Os precedentes e o Novo Código de Processo Civil.....	98
6.8. O problema dos precedentes: limite de aplicação.....	108
<b>7. O limite para aplicação dos precedentes</b> .....	<b>109</b>
7.1. O problema de fundamentação no discurso jurídico.....	109
7.1.1. Fundamentos da argumentação jurídica segundo a teoria de Robert Alexy.....	111
7.1.2. A importância de uma teoria da argumentação jurídica para o discurso jurídico.....	116
7.2. O <i>ratio decidendi</i> e os fatos jurídicos relevantes na decisão: limites para aplicação dos precedentes.....	117
7.3. A regra-matriz de incidência normativa dos precedentes.....	122
<b>8. Conclusões</b> .....	<b>127</b>
<b>9. Bibliografia</b> .....	<b>130</b>

## 1. Introdução

De forma geral, precedentes são todas as decisões que antecipam outras decisões. Entretanto, somente isto não era suficiente para justificar um estudo sobre tal instituto. Contudo, os precedentes, inicialmente aderido no modelo legal do *common law*, começaram a ter força vinculante, principalmente quando a decisão era emitida por tribunal hierarquicamente superior aquele que verificava a aplicabilidade ou não do precedente no caso concreto. Nesse momento, a utilização do precedente visava garantir uma unidade e certeza do Direito, dando maior previsibilidade ao jurisdicionado de como os tribunais se portariam em casos futuros, desde que fossem casos com questões decisórias previamente analisadas.

Por sua vez, os precedentes começaram, no modelo do *civil law*, a ser adotado de forma mais incisiva. Em um primeiro momento, eram utilizados através do seu conteúdo persuasivo, ou seja, voltado para convencer o magistrado ao apreciar a questão fática controversa. Posteriormente, e de forma gradual, alguns sistemas de *civil law*, começaram a introduzir a força vinculante aos precedentes. Este é o caso do Brasil que, a partir de 2004, através da Emenda Constitucional 45, introduziu as súmulas vinculantes, as quais são construídas através de precedentes.

Nesse caminho iniciado em 2004, os precedentes passam a tomar um novo paradigma no Direito positivo brasileiro com o Novo Código de Processo Civil, o qual demonstra a vinculatividade dos precedentes, ao menos, emitidos por tribunais superiores.

Não há dúvidas que esse novo paradigma se trata de algo, aparentemente, determinante. Assim, resta entender melhor, por intermédio de uma análise científica, tal instituto, no intuito de averiguar os limites de aplicação dos precedentes, sendo proposto, ao final, de acordo com a linha dogmática aqui seguida uma regra-matriz de incidência dos precedentes.



## 1.1. A Problematização

O problema dos precedentes é na sua aplicação, pois, não raramente se observa a utilização de precedentes que não se aplicam à situação que está em litígio. Não só isso, as próprias súmulas vinculantes – que já se deixa claro não ser objeto direto desse trabalho – são construídas em alguns casos sem um critério de similaridade. Sobre esse problema das súmulas vinculantes, é imperioso citar a descrição que JEVEAUX (2012, p. 42) faz ao analisar os precedentes que permearam a súmula vinculante n.º 4:

Os precedentes declarados dessa súmula são os julgamentos dos Rês n.ºs 236396, 208684, 217700, 221234, 338760, 439035 e 565714. Diferentemente das súmulas anteriores, o precedente-guia não foi o primeiro do julgamento, mas o último, o que exige a descrição de sua origem pela cronologia dos casos, assim como a distinção do próprio conteúdo, já que a súmula tem dois modais deonticos, a saber: proibir o uso do salário-mínimo como indexador de vantagens remuneratórias e vedar a substituição da base de cálculo por decisão judicial. Desde logo se pode afirmar que essa segunda parte ficou evidente apenas no último precedente, enquanto a primeira parte surgiu nos precedentes anteriores, em conflito com outros julgamentos, obviamente não mencionados no rol de precedentes por abrigarem a interpretação preterida.

Em uma primeira análise, pode-se firmar o entendimento que o problema é na construção do enunciado da própria súmula vinculante. Entretanto, crê-se, conforme se sustentara nesse trabalho, que o problema é em razão da falta de critério para aplicação e seleção dos precedentes, o qual se faz através de uma referência entre os precedentes – referência que será chamada de similaridade.

Há casos, por sua vez, que os juízes ou Tribunais de Justiça<sup>1</sup> aplicam precedentes sem que haja algum critério de semelhança entre a decisão atual e a pretérita. Isso, por certo, causa grande insegurança jurídica, quando se observar as questões pragmáticas de uma decisão, porém, agrava ainda mais o Direito enquanto sistema permeado pela unidade e certeza.

Assim, enquanto os precedentes, no Brasil, tinham o condão apenas persuasivo tal problema não era tão evidente, pois seu cunho era meramente argumentativo, podendo mudar de acordo com a argumentação adotada. Ao se adotar um modelo vinculativo de precedentes, o problema toma outra situação, pois a aplicação errada do precedente pode acarretar em uma resolução insatisfatória do conflito.

A partir, então, dessa problematização o trabalho será guiado pela linha de pesquisa “Justiça meios de defesa e de impugnação de decisões”, a qual é proposta no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* no qual se defende o presente trabalho.

## 1.2. Objetivos do trabalho

Tendo delimitado o problema supramencionado, têm-se como objetivos do presente trabalho responder as seguintes questões:

### 1) Qual o critério de similaridade entre os precedentes?

<sup>1</sup>É o caso, por exemplo, do julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 2013.026869-5, afirma não poder suspender a execução fiscal sem que haja depósito integral do valor questionado, tendo como fundamento para tanto julgamento do STJ, no qual, em Agravo Regimental em Recurso Especial n.º 614.232. Contudo, no caso do TJSC se trata de uma exceção de pré-executividade, enquanto no caso do STJ a suspensão foi realizada em sede de ação anulatória. Além disso, no caso decidido pelo TJSC não há qualquer indicação de que, mesmo sendo possível aplicar naquela ocasião o precedente do STJ, a fundamentação e o fato jurídico (anulação da CDA) são os mesmos. Por fim, o problema é ainda mais grave na análise dos precedentes, pois o julgamento do STJ se deu em 2006, tendo já dado decisão contrária a este mesmo posicionamento, enquanto o do TJSC é de 2014. Fica evidente que, sendo mantido a forma dos precedentes atuais, a vinculatividade só agravará o mar de incerteza que acomete o entendimento sobre os precedentes.

- 2) Qual o limite de aplicação dos precedentes na decisão contemporâneo?
- 3) O precedente é passível de interpretação pelo juiz?
- 4) Por fim, são os precedentes fontes do Direito?

Assim, ao final se esperar responder tais questionamentos no intuito de entender melhor os precedentes e propor uma análise mais precisa dos mesmos.

## **2. Objeto e Método**

### **2.1. O Objeto de análise**

No trabalho científico faz-se necessário a realização de cortes metodológicos no intuito de restringir o próprio estudo, sendo que, é através deste corte, que se realizará a determinação do objeto estudado.

Tendo tal compreensão em mente e assumindo uma posição dogmática, será objeto do presente trabalho o Direito positivo, o qual é vertido nas normas jurídicas consideradas válidas dentro de um território, que no nosso caso será o brasileiro. Trata-se do primeiro corte metodológico.

Por certo, dizer somente que uma norma é válida dentro de um território ainda é muito vago para o presente estudo. Isso, pois, há outros conjuntos de normas que podem ser consideradas válidas dentro de um território, é o caso, por exemplo, de normas religiosas. Dessa forma, além de ser uma norma válida dentro de um território, a referida norma deve ser passível de sanção imposta pelo Estado em caso de seu desrespeito.

Nada impede, então, que este corte seja mais preciso ainda. Tendo isso em mente, adotara-se os precedentes como o segundo objeto de estudo relevante para o presente trabalho, o qual, desde já, considera parte do Direito positivo, sendo, portanto, norma jurídica.

Além disso, pela postura assumida no presente estudo, tem-se que normas jurídicas são reproduções linguísticas. Assim, como terceiro corte metodológico, só será Direito positivo, assim como precedente, aquele que estiver reproduzidor em linguagem competente.

Assim, todo o presente trabalho será reproduzido no entorno destes três objetos.

## 2.2. O Método

Todo trabalho científico pressupõe o uso de uma metodologia, a qual, através do método (científico) escolhido criará um caminho para estudo do objeto escolhido e que, ao final, conseguirá, por meio das premissas adotadas, justificar a cognição retirada sobre o estudado (objeto).

Sobre isso, ALVES (2011, p. 303) afirma:

Método, em geral, é um conjunto de processos que utilizamos para atingir um fim. Método é o caminho correto para se chegar a um fim, é a ordem adequada de procedimentos que se deve seguir e impor-se aos diferentes processos necessários à consecução de um objeto dado. [...]

Assim, cada ciência, em vista das particularidades das suas realidades, possuem seus métodos próprios de estudos sobre os objetos. Para isso, a metodologia utiliza do corte metodológico, ou abstração, a qual imporá limites sobre o objeto, sem o qual submeteria o estudo a uma análise eterna, bem como poderia adentrar em métodos alheios a realidade do cientista, retirando, por certo, a credibilidade do estudo.

Em razão disso, MOUSSALLEM (2006, p. 8) expõe:

O conhecimento científico, pelo contrário, pressupõe linguagem rigorosa. Aqui, deve o cientista fazer ingerente esforço para se livrar de falácias da ambiguidade e da vaguidade dos signos (vícios constantes no conhecimento vulgar), com o objetivo de se outorgar maior precisão ao discurso científico.

E continua (2006, p. 11)

Todo saber científico pressupõe um corte metodológico para que se torne possível o estudo do objeto, caso contrário, estudar-se-ia *tudo* em um regresso *ad infinitum*, o que seria incompatível com a pretensão científica.

[...]

Corte metodológico é o *ato linguístico delineador da linguagem do objeto de estudo*. Vale ressaltar que a aludida incisão ocorre mediante o processo de abstração, operação linguística consistente em prescindir partes de um todo. Ademais, essa separação é medida arbitrária do sujeito cognoscente. Não se encontra sujeita a contestações. É pressuposto epistemológico. (grifos do autor)

Assim, deve o cientista utilizar de linguagem e metodologia próprias da sua ciência para realizar o estudo sobre o objeto pleiteado, sem os quais fardará, o seu trabalho, à conclusões falaciosas.

Nesse diapasão, o presente estudo utilizará do método sintético. Tal método consubstancia em um processo que tem início em leituras gerais para se conseguir concluir sobre o específico. ALVES (2011, p. 306-307) afirma:

Do complexo ao mais simples, temos a análise; do simples ao mais complexo, temos a síntese. A análise é a marcha regressiva do espírito, pois caminha do efeito à causa. A síntese é a marcha progressiva do espírito, que vai dos elementos ao todo, da causa ao efeito. Portanto, o método, que é o conjunto de processos racionais que a procura e demonstração da verdade, pode ser analítico, que é fundamentado na experiência, e sintético, que é fundamentado na legitimidade da razão.

Em resumo, o método analítico é o que vai dos efeitos às causas; dos fatos às leis; do todo à parte; do complexo ao simples; do sensível ao inteligível. O método sintético é o que vai das causas aos efeitos; das leis aos fatos; da parte ao todo; do simples ao complexo; do inteligível ao sensível.

A metodologia científica, para gerar o conhecimento científico, pressupõe, através do trabalho de abstração, a utilização de *topoi*, ou seja, uma premissa, um lugar comum, algo que não pode ser questionado, sob pena de

desconfigurar o trabalho científico. Dessa forma, o cientista, bem como o receptor da linguagem científica, devem estar em sintonia em relação a estas premissas, pois, do contrário, o discurso será impossível de ser realizado, pois as partes não conseguem entender as regras propostas. Assim, há que se assumir regras para o jogo (de linguagem), conforme dita CARVALHO (2014, p. 38):

De acordo com a teoria dos jogos, todo jogo é composto por um conjunto de regras próprias, que determina e o diferencia dos demais. É mediante o cumprimento destas regras que se joga o jogo e é por meio delas que sabemos qual o jogo jogado. Assim, para jogarmos um jogo temos que, primeiramente, aceitar suas regras e realizar cada jogada dentro do modelo estabelecido, caso contrário, ela não é aceita como uma jogada daquele jogo.

Em vista disso, abre-se espaço para determinar as regras preestabelecidas no presente trabalho a fim de orientar o mesmo.

### **3. As regras do jogo: uma base teórica**

#### **3.1. O ato comunicacional, a linguagem, a língua e a fala – a construção da realidade e o giro linguístico**

O ato comunicacional, também chamado de enunciado, é a tentativa<sup>2</sup> em transmitir informações ao um terceiro-receptor, para tanto, o comunicador utiliza das linguagens disponíveis para realizar tal ato. Por sua vez, a linguagem é construída através das línguas, as quais são convenções sociais que permitem a realização da linguagem. Nesse entendimento, é a fala de SAUSSURE (2004, p.17):

Mas o que é a língua? Para nós, ela não se confunde com a linguagem; é somente uma parte determinada, essencial dela, indubitavelmente. É, ao mesmo tempo, um produto social da faculdade de linguagem e um conjunto de convenções necessárias,

---

<sup>2</sup>Tentativa, pois, o próprio ato pode não ter sucesso na transmissão das suas informações, o que o acometeria em inutilidade.

adotadas pelo corpo social para permitir o exercício dessa faculdade nos indivíduos.

Assim, a língua opera, na linguagem, no intuito de organizar o pensamento, não dando forma exterior ao mesmo. Essa atribuição (a exteriorização do pensamento) é atribuída a “fala”, a qual tem a função de transmitir de forma física o pensamento, dando corpo à linguagem. Dessa forma, por se tratar de aparato físico, a “fala” fica restrita as possibilidades do mundo físico, como, por exemplo, a escrita ou o som das palavras.

Nesse ponto, é importante citar CARVALHO (2011, p. 30-31) que afirma:

Entre outras acepções, tomemos língua como sistema de signos, em vigor numa determinada comunidade social, cumprindo o papel de instrumento de comunicação entre seus membros. A palavra está aqui com o sentido de idioma, como o português, o francês, o inglês, etc, se bem que os homens se comuniquem por meio de inúmeros códigos; assim, por exemplo, a expressão corporal e, dentro dela, a mímica, a linguagem do olhar e tudo aquilo que, com sua postura, o ente racional pode transmitir a seus semelhantes. A língua, portanto, é apenas um dos sistemas sígnicos que se presta a fins comunicacionais. O vestuário, o mobiliário, a culinária, a arquitetura, a música, as artes plásticas são também códigos e, no quadro de seus limites, deles se aproveitam as criaturas humanas para estabelecer interações do mesmo tipo. Deixemos de lado, porém, essas manifestações que o homem histórico construiu e fiquemos tão só com as estruturas idiomáticas, sistemas que melhor atendem aos contatos intersubjetivos, como mecanismos fecundos de intercâmbio de informações, da transmissão de notícias e conhecimentos, de ordens e de sentimento, de sugestões, da formulação de perguntas, da própria realização de fatos importantes para a sociedade, bem como para aproximação inicial das pessoas no convívio diário. É imperioso que fixemos um ponto de apoio para situarmos, devidamente, a temática da língua enquanto sistema convencional de signos (no mais das vezes imotivados) e que se mostra resistente a tentativas isoladas de modificação por parte dos indivíduos, assumindo, por isso mesmo, o caráter de uma autêntica instituição social. Essa plataforma está representada pela linguagem, na sua natureza multiforme e heteróclita, como bem salientou Ferdinand de Saussure, participando, a um só tempo, do mundo físico, do fisiológico e do psíquico, da índole pessoal de cada um e do seu contorno social. [...]

Em vista disso, pode-se dizer que há tantas linguagens quantas línguas possíveis, não sendo a toa que, segundo WITTENGENSTEIN (1968, p. 111), “Os limites de minha linguagem denotam os limites de meu mundo”. Nesse entender, é o próprio mundo do indivíduo que determinará a sua inserção nos

corpos sociais, o que lhe imputa tais limitações decorrentes dessas inserções. De forma exemplificativa, uma pessoa que sua língua é somente português – portanto inserida no corpo social daqueles que utilizam português – será incapaz de expor uma linguagem que necessite da língua alemã, sendo, então, limitada na sua linguagem na exteriorização do seu mundo.

Nesse viés, um indivíduo que utilize da linguagem jurídica terá o seu discurso limitado àqueles que entendam tal linguagem sendo este o seu mundo – no que se refere ao discurso jurídico –, da mesma forma quem utiliza da linguagem médica ou da linguagem científica.

Ao se trabalhar isso, vê-se a primeira regra do jogo aqui estipulada: o uso da linguagem determinará o discurso, pois é ela que criará os limites determinantes no presente trabalho. Dessa forma, a própria linguagem tem função de orientar o receptor do discurso e criando os limites do mundo.

Entretanto, o uso da linguagem pelo indivíduo acarreta no problema da ambiguidade dos signos, uma vez que, dependendo das experiências dos sujeitos, um mesmo signo pode tomar formas diferentes deturbando o discurso.

Assim, na realização dos discursos ordinários, aqueles realizados no dia-a-dia no intuito de comunicar eventos sociais e do cotidiano das pessoas, a imprecisão dos signos não importará, em regra, grandes problemas. Contudo, não se pode assumir a mesma posição quando se trata de um discurso científico, no qual a precisão dos termos são necessários para realizar o ato comunicacional (discurso) de forma que não haja dúvidas, se não aquelas da própria ciência. Em outras palavras, quando se está diante de um discurso científico, a precisão dos signos é de tal relevância, pois caso contrário poderia inviabilizar o próprio fim almejado do ato comunicacional.

Nesse viés, é a fala de WARAT (1995, p. 37) ao dizer:



Os positivistas lógicos sustentam a idéia de que o conhecimento pode ser obscurecido por certas complexidades de natureza estritamente lingüística. Uma linguagem defeituosa pode, assim, em muitas circunstâncias, por si só, proporcionar-nos um quadro distorcido de nossas preocupações cognitivas. Desta forma, reduzindo a filosofia à epistemologia e esta à semiótica, afirmam que a missão mais importante da filosofia deve realizar-se à margem das especulações metafísicas, numa busca de questionamentos estritamente lingüísticos. Nessa ordem de idéias, o Positivismo Lógico realça o rigor discursivo como paradigma da ciência, ou seja, a produção de um discurso científico requer uma análise preliminar em termos de linguagem.

Em outras palavras, onde não há rigor lingüístico não há ciência. *Fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo; é elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural.* (grifos do autor)

Assim, a imprecisão lingüística importa numa imprecisão do próprio discurso. Daí, portanto, o fato de ter sido dito o ato comunicacional é a tentativa de transmitir uma informação ao terceiro-receptor, pois, o próprio ato pode não chegar a devida conclusão.

A precisão na linguagem, seja a natural ou científica, é necessária, pois o ato comunicacional visa sempre transmitir uma informação sobre um objeto. Dessa forma, sendo impreciso os signos utilizados será também imprecisa a informação e o próprio objeto. O problema é ainda maior quando o referido objeto não é aquele encontrado no mundo fenomênico, algo que pode ser mostrado e sentido pelas vias biológicas – como visão, tato e etc –, mas se trata de outra linguagem, como o próprio Direito (positivado).

Reforça-se que é imperioso entender que é a própria linguagem que cria a nossa realidade (“Os limites de minha linguagem denotam os limites de meu mundo”). Assim, a própria imprecisão no uso dos signos que compõe o discurso – dentro de uma linguagem escolhida – levará na distorção da própria realidade. A realidade, portanto, só será possível ser construída quando houver a linguagem precisa, seja na atribuição dos signos, seja na própria construção do discurso, pois a imprecisão pode ser tanto na escolha dos signos – com aplicabilidades semântica diversa – quanto do próprio discurso fora de um contexto.

Sobre isso, CARVALHO (2014, p. 19) leciona que:

As coisas não precedem à linguagem, pois só se tornam reais para o homem depois de terem sido, por ele, interpretadas. Algo só tem significado, isto é, só se torna inteligível, a partir do momento que lhe é atribuído um nome. A palavra torna o dado experimental articulável intelectualmente permitindo que lhe apareça como realidade para o ser humano. Em termos mais precisos LENIO LUIZ STRECK assevera: “estamos mergulhados num mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo”.

A experiência sensorial (captada pelo sentido) nos fornece sensações, que se distinguem das palavras qualitativamente. As sensações são dados inarticulados por nossa consciência, são imediatos e para serem computados precisam ser interpretados, transformados em linguagem pelo nosso intelecto. Observando isso VILLÉM FLUSSER compara o intelecto a uma tecelagem, que usa palavras como fios, mas que tem uma antessala na qual funciona uma fição que transforma algodão bruto (dados sensoriais) em fios (palavras). Os dados inarticulados dispersam-se, apenas aqueles transformados em signos tornam-se por nós conhecidos.

Assim, é a linguagem que cria a realidade para o homem, pois somente é real aquilo que pode ser descrito em linguagem e somente com precisão que essa realidade pode ser descrita. Por óbvio, quando se afirma que a realidade se constrói por meio da realidade, não se nega a existência de uma realidade fenomênica – por exemplo, uma árvore que cai no meio da Floresta Negra na Alemanha –, contudo, tal realidade só terá importância para o homem se alguém for capaz de registrar a sua ocorrência, seja pela fala, por uma foto ou vídeo – que também são tipos de linguagens.

É em razão disso que se afirma que a realidade é construída por via da linguagem, pois é somente com ela que podemos determinar a ocorrência de fatos e dar nome as coisas. MOUSSALLEM (2006, p. 3) conclui que:

Também é certo que os acontecimentos físicos exaurem-se no tempo e no espaço. O homem só consegue (re)construir ditos eventos por meio da linguagem. Os eventos não provam nada, simplesmente porque não fala. Sempre uma linguagem deverá resgatá-los para que eles efetivamente *existam* no universo humano. (grifo do autor)

Em vista disso, toda linguagem visa, quando visto na sua função de ato comunicacional, criar uma realidade, ou seja, determinar a existência de um evento, dando-lhe a importância de fato. Dessa forma, somente há realidade por via da linguagem e qualquer evento sem reprodução na linguagem é um evento fora da realidade humana. Que existem árvores que caem no mundo todo, isso não é novidade, mas a que horas aconteceu? Em qual local? De que forma? Sem esses registros, os quais só são possíveis em linguagem, não há como introduzir o acontecimento na realidade humana. Essa ideia foi convencionalizada chamar de giro-linguístico.

### 3.1.1. Os tipos de linguagem

Ao se trabalhar a linguagem houve por necessidade classificá-la, a fim de aclarar, dentro dos estudos científicos, sobre qual linguagem estaria diante, pois era verificável a diferença a forma atribuída à linguagem dependendo dos seus estágios.

Para WARRAT (1995, p. 52-55) as linguagens são distribuídas em *naturais, ordinárias, de estruturas especificada ou técnicas e formais*, tendo definido da seguinte forma:

A linguagem natural pode ser caracterizada como o processo de enunciação efetuada na comunicação humana, através de componentes sígnicos que apresentam imprecisões significativas, multiplicidade de regras de formação e carência, na maioria dos casos, de uma transmissão economicamente organizada, onde a produção de seus sentidos possui um alto grau de dependência de contexto comunicacional que os produz.

A linguagem técnica ou de estrutura especificada é empregada para a construção de linguagens especializadas, que requerem precisão lógica, economia expressiva e formulação de enunciados que possam ser aceitos como proposições, são, ainda, linguagens nas quais o sistema de evocações ideológicas e cargas emotivas fica excluído.  
[...]

A classificação tratada pelo referido autor é voltada para uma questão formal (sintática) do que propriamente do conteúdo da linguagem, ou seja, do próprio

enunciado (ou ato comunicacional). Assim, se se estou diante de uma tentativa de comunicação humana imprecisa e que depende do contexto que está inserido para precisá-la, então, será caso de linguagem natural. Por sua vez, caso haja precisão e uso de metodologia própria no uso da linguagem será caso de linguagem técnica (estrutura especificada ou formal).

Contudo, para CARVALHO (2011, p. 57-59) as linguagem técnica e científica são empregadas de forma diferente. Na definição do citado mestre, a linguagem técnica “é toda aquela que se assenta no discurso natural, mas aproveita quantidade considerável palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao domínio das comunicações científicas[...]”, enquanto a linguagem científica:

[...] é um discurso que se pode dizer artificial, porquanto tem origem na linguagem comum, passando por um processo de depuração, em que se substituem as locuções carregadas de imprecisão significativa por termos na medida do possível unívocos e suficientemente aptos para indicar, com exatidão, os fenômenos descritos. Nem sempre, porém, torna-se exequível a estipulação de vocábulos precisos, procedendo-se então ao que Carnap designou de “processos de elucidação”, no qual se emprega a palavra, explicitando-se, em seguida, o sentido que foi utilizada. A linguagem científica arma-se, desse modo, para caminhar em direção à ideia limite de um sistema, consistente e rigoroso, pronto para descrever a realidade objetiva de que se ocupa. Esta circunscrição material há de ser demarcada de maneira firme e o cientista faz adotando cortes arbitrários e incisivos. A delimitação do objeto é pressuposto do controle da incidência das proposições descritivas, que não poderão extrapolar as lindes traçadas, com o que se comprometeria a homogeneidade do espaço empiricamente observado. São questões epistemológicas, mas que integram o modo de ser da linguagem científica, imprimindo-lhe fisionomia própria.

A própria fisiologia da linguagem científica impõe o uso de meios na construção do discurso no intuito de retirar qualquer vício, seja formal ou material. Nesse diapasão é que a Lógica é concebida como estruturação das proposições e conclusões científicas, pois é fim desse instrumento (Lógica) a propositura de afirmativas pautadas na razão.

Dito isto, ao se observar as definições acima expostas, e já assumindo os termos definitivos de CARVALHO, tem-se como exemplo linguagem técnica o

Direito positivo, enquanto a linguagem científica teria a Ciência do Direito como exemplo. Isso pois, conforme transcrito acima, a linguagem técnica ocorre quando há ainda prepondera a construção do discurso conforme a linguagem natural, ou seja, sem um rigor e metologia no seu uso, entretanto, opta-se por utilizar palavras e termos específicos em razão do próprio uso da linguagem – é o caso, por exemplo, do Código Tributário Nacional que define o que é imposto. Por sua vez, a Ciência do Direito é forma de linguagem científica em face da necessidade de, na construção do seu discurso, se extrai as imprecisões, ambiguidades e cargas emotivas encontradas no seu objeto (Direito positivo), bem como se faz uso de uma Lógica própria<sup>3</sup> (Jurídica ou Deontica) para racionalizar o seu enunciado.

Tomando outra vertente, CARVALHO (2011, p. 39) atribui também a classificação da linguagem através da vontade do emissor da mensagem (função da linguagem), ou seja, qual era a sua intenção ao realizar o ato comunicacional.

Cientes de que toda comunicação efetiva exige certa combinação de funções e, recolhendo o critério do efeito imediato ou da função dominante, como entendemos melhor, passemos a formular uma classificação das linguagens, de acordo com as funções que cumprem no processo comunicacional. O esboço parte de um sincretismo que julgamos conveniente para o fim de ressaltar a importância das variadas maneiras segundo as quais o homem manipula os signos do seu idioma. Adota, portanto, o *animus* que move o emissor da mensagem (critério pragmático), sem desprezar as particularidades sintáticas que as linguagens ostentam (critério sintático ou lógico). Tal caminho nos permitirá ir além das funções assinaladas por Jakobson, ao associá-las a cada um dos fatores que constituem o processo comunicacional.

---

<sup>3</sup> A própria Lógica, segundo as definições assumidas por CARVALHO (2011, p.63), é uma forma de linguagem, a qual é chamada de formalizada. Em suas palavras “advém da necessidade de abandonarmos os conteúdos de significação das linguagens idiomáticas, em ordem a surpreender as relações entre classes de indivíduos ou de elementos. As relações mesmas, com a pureza ínsita aos conceitos primitivos, fundantes, não são muitas das vezes perceptíveis no conjunto frásico, por obra das vicissitudes gramaticas da língua. Tudo isso acaba inibindo a apreensão do vínculo associativos que aproximam os termos e as proposições. A formalização da linguagem aparece como instrumento eficaz para exibirmos relações, sejam elas matemáticas, físicas, econômicas, sociológicas, psicológicas ou jurídicas. [...]”. Nesse ponto, deve-se reiterar o que já foi dito, há tantas linguagens quanto possível, tudo dependerá da forma como se trabalhará a língua e o seu aparato físico.

Com esse critério, o supramencionado autor cita como tipos de linguagem: a) linguagem descritiva; b) linguagem expressiva de situações subjetivas; c) linguagem prescritiva de condutas; d) linguagem interrogativa ou linguagem de perguntas; e) linguagem operativa ou performativa; f) linguagem fática; g) linguagem propriamente persuasiva; h) linguagem afásica; i) linguagem fabuladora; j) a linguagem que opera na função metalinguística;

Dentre estas, para o presente trabalho, interessa a linguagem descritiva e linguagem prescritiva. A primeira ocorre quando o emissor busca informar, sendo, portanto, a mais utilizada na linguagem vulgar ou científica. A segunda, por sua vez, se desenvolve quando o emissor busca determinar regras de condutas. De forma clara, CARVALHO (2011, p. 39-41) define as duas linguagens da seguinte forma:

[...] *Linguagem descritiva*, informativa, declarativa, indicativa, denotativa ou referencial é o veículo adequado para a transmissão de notícias, tendo por finalidade informar o receptor acerca de situações objetivas ou subjetivas que ocorrem no mundo existencial. Apresenta-se como um feixe de proposições, afirmadas ou negadas, que remetem o leitor ou o ouvinte aos referentes situacionais ou textuais. É a linguagem própria para a transmissão de conhecimento (vulgar ou científico) e de informações das mais diferentes índoles, sendo muito utilizada no intercurso da convivência social. Seus enunciados submetem-se aos valores de verdade e de falsidade, razão pela qual essa sintaxe é estudada pela Lógica Clássica, também conhecida por Lógica Aponfântica ou Lógica Alética. Como discurso descritivo que é, mantém um vector semântico com as situações indicadas, de modo que seus enunciados serão verdadeiros se os fatos relatados tiverem realmente acontecido ou vierem a efetivar-se; e falsos, se não se verificarem na conformidade do que foi descrito. Note-se que a relação entre enunciado factual e o acontecimento por ele informado só é possível se dispusermos de metalinguagem que afirme ou negue a correspondência entre enunciado e fato (“verdade por correspondência”).

[...]

*Linguagem prescritiva de condutas* presta-se à expedição de ordens, de comando, de prescrições dirigidas ao comportamento de pessoas. Seu campo é vasto, abrangendo condutas intersubjetivas e intrassubjetivas. Todas as organizações normativas operam com essa linguagem para incidir no proceder humano, canalizando as condutas no sentido de implantar valores. Um excerto de Lourival Vilanova diz bem da importância desse uso: “Altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito”. (grifos do autor)

Por tudo dito, ao presente trabalho interessará as linguagens naturais, técnicas e científicas, quando se tiver diante dos seus tipos. Já na caracterização das suas funções, ou seja, o *animus* do emissor, as linguagens prescritivas de condutas e descritivas é o que será analisado. Isso importará, pois, o Direito positivo e a Ciência do Direito são construídos segundo esses modais.

Deve-se ressaltar que os discursos vertidos em linguagem prescritiva ou descritiva não são propriamente puros, ou seja, não são somente prescritivos e somente descritivos. Nada impede, portanto, que um discurso construído dentro das características do Direito positivo (prescritivo) possua elementos descritivos e vice-versa, o que determinará a relevância dessa linguagem (preponderantemente prescritiva ou descritiva) é o discurso na qual ela está inserido, sendo vinculante ou não – Direito positivo para o primeiro e Ciência do Direito para o segundo.

### 3.1.2. O Direito positivo enquanto linguagem-objeto e a Ciência do Direito como metalinguagem

Conforme dito, o Direito, aqui entendido como o Direito positivado, pode ser objeto de uma linguagem que a narra – a metalinguagem, a linguagem da Ciência do Direito – e em razão disso, passa-se por dois níveis de linguagens que caso submetidos a imprecisões acarretará na própria imprecisão da informação da linguagem-objeto e da metalinguagem.

Ainda, segundo WARAT (1995, p. 48) há o problema da impossibilidade da própria linguagem criar controles internos na sua organização, conforme defende a seguir:

A necessidade de estabelecer esses dois níveis de linguagem surge quando tomamos como objeto de nossa reflexão a própria linguagem. O sentido desta distinção é dado, segundo os lógicos positivistas, pela incapacidade das linguagens produzirem processos de autocontrole sobre a lei de sua organização lógica. Necessita-se, então, da construção de um outro nível de linguagem, a partir do qual

se possa fazer uma investigação problematizadora dos componentes e estruturas da linguagem que se pretende analisar.

Desta forma, se as leis de organização lógica fossem produzidas no mesmo corpo da linguagem-objeto, afirmam os positivistas lógicos, encontraríamos situações paradoxais. O exemplo mais famoso – é a antinomia do mentiroso. Ela pode ser formulada da seguinte forma: se um cretense dissesse “Os cretenses sempre mentem”, estaríamos frente a paradoxal situação de que se aceitássemos a proposição como verdadeira o cretense que a formulou também mentiu e, assim, nem sempre os cretenses mentem. O que conduz admitir que a proposição “Os cretenses sempre mentem” é falsa. Para superar a contradição, temos de admitir que a proposição “Os cretenses sempre mentem” não forma parte do conjunto de proposições que se pretende qualificar como mentiras; se formassem parte de um mesmo corpo discursivo entrariam em contradição, como foi assinalado anteriormente. Extrapolada da linguagem-objeto e vista como metalinguagem, eliminar-se-ia seu caráter contraditório pelo princípio lógico, que estabelece que só entram em contradição proposições do mesmo nível.

Em vista disso, a metalinguagem, que seja, uma linguagem falando de outra linguagem, atribui métodos de estudos para estudar o seu objeto (linguagem), atuando de forma externa e evitando as contradições internas do próprio objeto, conforme exemplo narrado pelo autor supramencionado.

Nessa linha, a Ciência do Direito atua como uma metalinguagem, criando formas de análise do Direito positivo – o qual é vertido em linguagem própria – e estreitando as formas de interpretá-lo. Assim, a Ciência do Direito tem a atribuição de descrever o Direito positivo, o qual é transcrito numa linguagem prescritiva e por vezes sem qualquer critério científico ou precisão, o que lhe acarreta imprecisões no seu ato comunicacional.

### 3.2. O Construtivismo Lógico-Semântico

No presente trabalho, o Construtivismo Lógico-Semântico será adotado como modelo teórico, uma vez que, segundo essa linha, a linguagem do discurso é construída com base num arranjo preciso na lógica e na semântica. A lógica tem atribuição de dar rigor as proposições do discurso, enquanto a semântica delimitará a significação dada pelo sujeito emissor. Sobre isso, é a precisa de CARVALHO (2014, p. 86-87):



Por isso o nome Construtivismo Lógico-Semântico: “*Construtivismo*” porque a ideia é de que o sujeito cognoscente não descreve seu objeto, constrói-o mentalmente em nome de uma descrição. E assim o faz, amparado num forte referencial metodológico que justifica e fundamenta todas as proposições construídas, desde que estas estejam estruturalmente e significativamente amarradas a tais referências, o que justifica o “*Lógico-Semântico*” do nome. O cientista constrói seu objeto (como a realidade que sua teoria descreve) com a ordenação lógica-semântica de conceitos estruturada a partir de certo sistema de referência (grifos da autora)<sup>4</sup>

Essa composição teórica impõe duas conclusões: a primeira é de que a realidade é criada pela linguagem, conforme já foi dito; e a segunda é que essa realidade deve manter alguma coerência com os demais conceitos dentro do sistema o qual é submetido.

Assim, somente a linguagem é capaz de criar a realidade, conforme já foi sustentado, contudo, essa linguagem não pode ser assumida como um ato abstrato e isolado. Em outras palavras, a linguagem precisa estar inserida dentro de um sistema e estar referendado pelas demais linguagens utilizadas dentro deste sistema.

Dessa forma, caso diga que “A capital do Estado Espírito Santo é Vitória”, assumindo que capital é a região geográfica, na qual fica a sede política de um Estado. Essa é a realidade construída pelo discurso acima realizado. Entretanto, caso o signo capital e Estado não tenha referência com os demais discursos e conceitos do sistema que a faz, fatalmente não será possível verificar a existência de tal realidade, pois a falta referência sistêmica.

<sup>4</sup> E continua a citada autora: Um exemplo esclarece melhor: vamos pensar na realidade de direito, o que é o direito? Como vimos nos itens anteriores deste capítulo, “direito” é uma palavra que comporta inúmeras significações. Para estudar e saber o que é o “direito” alguém terá de delimitar o conceito desta palavra. Aquilo que chamaremos de “direito” será exatamente o que se enquadra nesta delimitação. Neste sentido o nome “Construtivismo”, quando o cientista delimita um conceito da palavra “direito”, criamos a realidade “direito” para nós. O “Lógico-Semântico” porque na criação do conceito, para se garantir a credibilidade da construção, deve estar amarrado estruturalmente e significativamente aos referenciais filosóficos, às premissas que o fundamentam e aos outros conceitos dele decorrentes. No caso do nosso exemplo, ao delimitar “direito” como “o conjunto de normas jurídicas válidas num dado país”, seria incoerente dizer linhas à frente que este é composto por princípios e normas jurídicas, para construir um discurso científico coerente ou mudamos nosso conceito de direito (para “o conjunto de princípios e normas jurídicas válidos num dado país”) ou admitimos que “princípios” são normas jurídicas.

Nessa linha, o próprio Direito positivo é construído através de referência, chamada também de validade, a qual submete que cada regra jurídica busque referência em outra regra jurídica – é o caso da Lei ordinária que tem de estar em conformidade com a Constituição, também a sentença que deve ter referência com o Direito positivo. FERRAZ JUNIOR (2003, p. 175) salienta bem essa condição:

A validade da norma não é uma qualidade intrínseca, isto é, normas não são válidas em si: dependem do contexto, isto é, dependem da relação da norma com as demais normas do contexto. O contexto, como um todo, tem que ser reconhecido como uma relação ou conjunto de relações globais de autoridade. Tecnicamente diríamos, então, que a validade de uma norma depende do ordenamento no qual está inserido.

A referenciabilidade, ou validade no Direito positivo, decorre do fato de que o próprio discurso não existe por si só. Crê-se, conforme dito, que a linguagem, por seu a criadora da realidade humana, antecipa as coisas, mas sem que haja a referência com algo, mesmo que este algo seja também uma linguagem, acaba por se tornar mera abstração.

Assim, por exemplo, o cientista na apuração do seu trabalho, principalmente quando na inovação de uma técnica ou na “descoberta” de algo novo, não pode já nomear a situação sem que haja uma referência – empírica ou descritiva da situação –, pois lhe faltaria a construção da própria realidade sugerida (nova técnica ou nova coisa). Imagine, portanto, que um cientista descubra um novo elemento químico e para isso dá um nome ao mesmo, mas não o descreve ou não lhe demonstra por meios empíricos, há que se concordar na fragilidade na construção dessa realidade proposta pelo sujeito emissor do discurso (a descoberta de um novo elemento químico). A mesma situação decorre se o cientista buscar referenciabilidade fora do sistema de linguístico no qual o seu trabalho está inserido. É o que acontecia muito no passado humano quando se tentava provar teses científicas com argumentações religiosas (a Terra é o centro do universo, pois o homem é o

escolhido de Deus) ou antropológicas (os negros devem ser escravizados, pois são possuem intelecto inferior ao branco) ou outros argumentos estranhos à linguagem originária (aquela que se quer provar) e não a toa que estes argumentos justificativos ou probatórios se sustentavam mais pela violência do que pela razão.

Assim, assumindo que somente a linguagem é a criadora da realidade e que o discurso, construído por meio dessa linguagem, depende de uma referenciabilidade, é possível entender que o próprio Direito positivo, o qual é vertido em linguagem, é capaz de criar a sua própria realidade.

Tal referência, principalmente no Direito positivo, ainda impõe a sua observância interna e externa. A interna é aquela que decorre do próprio discursos construídos dentro da mesma linguagem – é o caso, por exemplo, da Lei ordinária que busca a sua referência na Constituição. Por sua vez, a externa busca a sua referência em linguagem estranha àquela do próprio discurso originário, mas que é necessária para coadunar as suas proposições e a conclusão – por exemplo, o juiz ao sentenciar deve se ater aos fatos narrados pelas partes, sob pena de não haver referência entre o discurso construído na sentença e aquele construído nos fatos narrados pelas partes<sup>5</sup>.

Sob esse critério de referência CARVALHO (2014, p. 709-710) explica:

Nestes termos, a validade é tomada como um vínculo relacional de pertencibilidade entre um elemento e um sistema; e o válido como o existente neste sistema. O tempo, ou data de validade indica o período em que o elemento existe em referência a dada classe de elementos. O vinho, por exemplo, tem uma data de validade porque presume-se que expedida tal data ele deixa de existir como vinho, passando a ser talvez um vinagre e, portanto, não mais pertence a classe dos vinhos.

---

<sup>5</sup> Não a toa que o próprio Direito positivo reconhece a anulação do ato-sentença quando na sua inobservância dos fatos narrados pelas partes, pois, conforme dito, a linguagem deve buscar critérios de referência, seja interna ou externa, para construir a realidade. Em razão disso, é que o Direito positivo reconhece tal possibilidade de construir a realidade com base num discurso vertido numa referência equivocada. A título de exemplo do dito, deve-se verificar o artigo 535 do CPC, o qual permite apresentação de embargos de declaração em caso de obscuridade ou contradição.

Em suma: valer é um valor atribuído a algo que pertence, que existe enquanto elemento de um conjunto e validade é a relação de pertencibilidade entre o elemento e este conjunto.

Em vista disso, e como foi dito, a realidade construída pela linguagem deve se coadunar com os elementos linguísticos dos sistemas que está inserida. Portanto, ao construir a sua realidade, o Direito positivo deve buscar os sistemas que o dão validade.

### 3.3. A Semiótica

Tendo adotado os pressupostos acima, ou seja, que o presente estudo entende que tanto o Direito positivo quanto a Ciência do Direito são construídos por meio da linguagem, há que se estudar a semiótica, já que sua função é de analisar os signos dentro do discurso ou de forma independente tendo como base o um suporte físico, um significado e uma significação.

Nessa linha, o suporte físico remete a materialidade do signo, aquilo que pode ser verificado de forma física pelos nossos sentidos. Por sua vez, o significado do signo leva a algo que é representado no mundo em que o signo está introduzido. Ao fim, a significação é o ato decorrente da interpretação feita pela pessoa ao se deparar com o signo, é aquilo que vem a sua mente ao analisá-lo. De forma didática, CARVALHO (2014, p. 166) explica:

A palavra “gato”, por exemplo, é um signo: As marcas de tinta “G A T O” gravadas no papel é o seu *suporte físico*. Este suporte físico refere-se a uma realidade individualizada, por nós conhecida como “um mamífero, domesticado, da espécie dos felinos” - seu *significado*. E, suscita na mente de quem o lê e o interpreta um conceito (ideia), variável de pessoas para pessoa, de acordo com os valores inerentes a cada um, que é a sua *significação*.

Vê-se, portanto, que um signo pode ter uma análise segundo três focos. Entretanto, conforme já foi dito, o mundo é vertido por meio de linguagem, a qual tem como objetivo o ato comunicacional, assim, o signo não pode ser verificado de forma isolada – por mais que seja possível, conforme

demonstrado acima –, pois dificilmente este será comunicado de forma separada.

Dessa forma, o próprio signo “gato” pode ser introduzido nos seguintes discursos: “o gato pegou o rato” e “o meu vizinho faz gato de energia”. Ao se observar os dois discursos, vê-se que os signos “gato” são construídos segundo significados diferentes, impondo significações diferentes. No primeiro, “gato” é atribuído ao mamífero da família *felidae* e gênero *felis*<sup>6</sup>. Na segunda hipótese, “gato” é o ato de furtar energia através de ligações clandestinas na rede elétrica. Vê-se, portanto, que a própria linguagem, dentro de um discurso, é determinante para enquadrar o significado e a significação do próprio signo.

A construção da realidade, nos dois casos descritos, dependerá da própria linguagem e, conseqüentemente, do discurso. Não há dúvidas de que o signo “gato” é construído de forma totalmente diferente, o que leva a realidades diferentes, a “gatos” diferentes. Alguém, entretanto, pode atribuir a significação “gato de energia” como um “gato” da primeira hipótese o qual é composto de energia, contudo, tal atribuição não possui referência entre os demais discursos, o que se faz necessário para a construção da realidade, conforme sustentado.

Com isso em foco, a semiótica passou a analisar não só o signo de forma isolada, mas a sua forma dentro do discurso, já que dependendo da sua introdução o seu próprio significado e significação poderiam alterar. A partir daí, o estudo do discurso, vertido em linguagem, é realizado através da sintaxe, semântica e pragmatismo.

---

<sup>6</sup> É imperioso notar que o próprio discurso determina o significado do signo, pois, conforme se pode verificar na frase acima, o “gato” não é possível terminar qual tipo de gato que estamos diante, ou seja, seria um gato doméstico? Selvagem? Caso doméstico, seria de qual raça? Assim, isso corrobora o que se sustenta anteriormente, a linguagem constrói a realidade, uma vez que adotada qualquer uma das precisões acima dentro do discurso, sendo que algumas se anulam (um gato doméstico não pode ser ao mesmo tempo selvagem, ao menos, não pelos critérios científicos), se teria outra realidade.

A sintaxe é a análise do discurso segundo a união dos signos que lhe compõe, seguindo critérios formais. Ato contínuo, a semântica leva em consideração os significados desses signos de forma isolada e dentro do próprio discurso, os quais devem possuir relação entre si, sob pena de não haver ato comunicacional. Por fim, o pragmatismo decorre das significações dada a cada um dos signos de forma isolada e dentro do próprio discurso. Além disso, pela via teórica adotada, o discurso, por meio da linguagem, por ser o construtor da realidade também lhe é imposto uma análise sob o enfoque da semântica ou do pragmatismo. Em outras palavras, a realidade construída também pode ter seus significados e significações. Assim, a título de exemplo, “o meu vizinho fez um gato de energia”, entendido tal discurso como uma realidade, posso ter como significado (critério semântico) disso que meu vizinho praticou um ato ilícito e como significação (critério pragmático) que meu vizinho é um criminoso merecedor do rigor da lei ou que ele não possui condições suficientes para se manter, tendo recorrido de meios ilegais para suprir suas necessidades. Sob o enfoque do critério sintático, o estudo análise se a referida frase está de acordo com os critérios formais no qual o discurso está inserido, assim se está de acordo, no presente caso, com as regras gramaticais impostas a língua portuguesa.

Sobre isso, CARVALHO (2014, p. 167) dita que:

Trabalhando com os pressupostos do giro-linguístico [...] a ideia de significação e significado se misturam, pois a realidade a que se refere qualquer suporte físico é construída pelo intérprete e, portanto, sempre condicionada às suas vivências. Da mesma forma, tanto o significado, quanto a significação, materializam-se noutros suportes físicos, já que nenhuma realidade existe senão pela linguagem. Mas justamente por ser o signo uma relação, todos estes conceitos estão intimamente ligados, de modo que um influi diretamente na existência do outro. Todo suporte físico suscita uma interpretação (significação), que constitui uma realidade como seu significado, esta realidade, por sua vez, é também uma linguagem, materializa-se num suporte físico, que suscita outra interpretação (significação), numa semiose sem fim.

Assim, a semiótica atua sobre o ato comunicacional no intuito de trabalhar suas funções, seja sob a perspectiva sintática, semântica ou pragmática, servindo ao intérprete como mecanismo fundamental para entender a forma do discurso e

seus objetivos. Nesse ínterim, a semiótica é de uma importância ímpar para a Ciência do Direito, já que entrega ao cientista um mecanismo de análise do objeto. Em razão disso, STRECK (2011, p. 201-202), ao analisar os estudos de Felix Oppenheim, indica a semiótica como um método científico-empírico do Direito, o qual é possível desmembrar o discurso jurídico, através do qual evidência a sua condição de fenômeno social:

Trata-se, assim, de uma ciência empírica do Direito, que vai estudar as relações entre os enunciados jurídicos e os seres humanos que os criam, interpretam-nos e os aplicam. O Direito é visto como Direito em ação, como fenômeno social. Para tanto, foi necessário construir um modelo de linguagem que indicasse um conjunto de enunciados dados que expressem o Direito positivo de uma certa comunidade em um certo momento. A obra de Oppenheim busca desenhar um método para a construção do modelo de linguagem para estudar as propriedades lógicas dos enunciados jurídicos. A sintaxe estabelece a correção entre os enunciados; a semântica determina as condições de verdade desses enunciados; e a pragmática, que estabelece as regras por meio das quais os enunciados têm qualidade oficial. Um enunciado acerca do Código Penal é válido se cumpre os seguintes requisitos: a) correto; b) não falso; c) competentemente sancionado. Isto quer dizer que a validade dos enunciados de qualquer linguagem jurídica depende também de aspectos pragmáticos, e não somente dos aspectos sintáticos e semânticos. Oppenheim define a semiótica jurídica sobre a base da distinção entre uma pragmática pura e uma descritiva. O estudo empírico da relação entre signos e seus usuários é o objeto da pragmática descritiva. Já o estudo lógico das condições pragmáticas acerca da validade dos enunciados pertence ao campo da pragmática pura e como tal, junto com a sintaxe pura, a análise lógica é às vezes chamada de semiótica (pura). Por isto, ele vai dizer que a ciência empírica do Direito se ocupa a pragmática, semântica e sintaxe pura. Estabelece, assim, distinções importantes entre “enunciados jurídicos válidos e executáveis”, uma vez que estas duas a classes de enunciados refletem dois objetivos antagônicos que o Direito trata de alcançar: segurança e eficiência prática. Para Oppenheim, a análise lógica do Direito não é um fim em si mesmo, senão um meio para a compreensão de elementos essenciais do Direito. Assim, diz ele, a análise lógica permite que, entre outras coisas, se possam descobrir princípios jurídicos ocultos e formulá-los explicitamente em uma linguagem-modelo com a qual se põem em questão algumas teses do Direito natural.

Contudo, é necessário verificar que Oppenheim faz uma distinção de pragmáticos, tendo adotado para uma pragmática pura e outra pragmática descritiva. Aquela se refere aos critérios de autoridade competente para emitir a norma jurídica, enquanto esta é adstrita ao vínculo existente entre os sujeitos e os signos, sendo, portanto as significações dos mesmos. Pela linha adotada

no presente trabalho, quando se diz critério pragmático do discurso estar-se-ia diante desta modalidade descritiva. Isso se dá, pois, o critério de competência está adstrita ao conteúdo da norma jurídica que impõe competência e não na análise do discurso em que ela é inserida.

Assim, a semiótica é um artifício de análise do discurso jurídico, no qual uma norma jurídica pode estar inserida, mas não se pode concluir, nesse entender, que o seu pragmatismo determinará a sua condição de oficial, pois isto é consequência de uma norma jurídica que impõe validade a outra norma jurídica.

#### 3.4. A Norma Jurídica

Por mais que já tenha sido tratado, por vias indiretas, o que será considerado norma jurídica no presente trabalho, há a necessidade de trabalhar esse conceito, uma vez que, conforme já dito, o trabalho científico não pode ser evitado de imprecisões.

A necessidade de precisar a norma jurídica se dá em razão de que, conforme será exposto a frente, a norma jurídica é a unidade do direito positivo e, como dito anteriormente, é a própria interação entre essa unidade (com o próprio sistema) que será visto a validade da mesma, ou seja, a sua integridade com o próprio sistema que compõe.

No trabalho do conceito de normas, a dogmática acaba por abrir uma ambiguidade decorrente da própria amplitude do termo (“norma jurídica”). Assim, por vezes, quando se diz “norma jurídica” na literatura jurídica está diante dos enunciados prescritivos ou até mesmo das proposições jurídicas decorrentes desses enunciados, em outras palavras, a terminologia é empregada para denominar o texto da lei (ou itens similares) ou até mesmo as proposições decorrentes do conjunto legal. Por outra via, é comumente chamado também



de “norma jurídica” a hipótese-condicional construída pelo intérprete, a qual se dá através da construção deôntica de forma (des)contextualizada, dependendo do grau de pureza que vise a análise.

Sobre isso, é exemplar o detalhamento de CARVALHO (2014, p. 283)

Toda confusão se instaura porque utilizamo-nos da expressão “norma jurídica” para designar as unidades do sistema do direito positivo, quando este, por manifestar-se em linguagem, apresenta-se em quatro planos: (i) S1 – plano físico (enunciados prescritivos); (ii) S2 – plano das significações isoladamente consideradas (proposições jurídicas); (iii) S3 – plano das significações jurídicas (normas jurídicas); 3 (iv) S4 – plano da contextualização das significações estruturadas (sistema jurídico). Temos, assim, pelo menos, três tipos de unidades ontologicamente distintas, dependendo sob qual plano analisamos o sistema jurídico.

Se pensarmos no direito positivo, levando-se em conta seu plano de expressão (S1), as unidades do sistema são enunciados prescritivos; se avaliarmos o plano das significações construídas a partir de enunciados (S2), as unidades do sistema são proposições jurídicas; e se tomarmos o direito como o conjunto de significações deonticamente estruturadas (S3), que mantêm relações de coordenação e subordinação entre si (S4), as unidades do sistema jurídico são aquilo que denominamos de norma jurídica em sentido estrito. Nesse sentido, considerando a expressão “norma jurídica”, quando utilizada para apontar indiscriminadamente as unidades do sistema jurídico, pode denotar: (i) enunciados do direito positivo; (ii) a significação deles construídas; ou (iii) a significação deonticamente estruturada, dependendo do plano em que o intérprete trabalha.

É interessante observar que cada um desses planos, indicados pela autora, não foram devidamente perceptíveis pela Ciência do Direito de forma imediata. Foi a própria evolução da ciência jurídica que delineou a diferença dos planos – o que não impede de dizer que, talvez, no futuro hajam novos planos. Dessa forma, não é difícil perceber que, em certo momento da história da ciência, os planos S1 e S2 foram considerados as normas jurídicas para a ciência, principalmente no que se refere no movimento pós-revolução francesa.

Nessa evolução necessária, e a partir de Kelsen<sup>7</sup>, que o plano S3 foi construído, no qual se buscava uma norma jurídica pura, construída através do aparato lógico-deôntico, daí, portanto, ter se dito anteriormente que a distinção entre a utilização do S3 para o S4 se dará na pureza do próprio plano, apesar de que, não é possível chegar ao plano S4 sem uma análise do S3, sendo, portanto, conseqüente lógico para se justificar o próprio plano do sistema jurídico (S4) as normas jurídicas (S3) que lhe compõe. Em continuidade, e a partir da percepção de que o Direito opera através da linguagem – e que a linguagem é o limite do mundo de cada indivíduo – foi possível reconhecer que o próprio intérprete tem influência sobre a construção da norma jurídica (S3), sendo que isso influenciará na construção do sistema jurídico.

É a própria condição do Direito, que é vertido em linguagem com interação com outras linguagens, que impõe essa distinção em planos, pois somente assim se pode verificar a interação dessas linguagens na construção da própria norma e do sistema jurídico. Somente, então, esse dessecamento da linguagem normativa que é possível determinar realmente sobre qual norma jurídica se trata<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Por seu caráter restritivo, a teoria de Kelsen recebe a objeção de empobrecer o universo jurídico. Não vamos discutir essa questão. Contudo, sua posição põe em relevo a importância da norma como um conceito central para a identificação do direito. A possibilidade de ver o direito como conjunto de normas repousa em sua correta apreensão. A teoria de Kelsen aplica-se no contexto do que chamamos anteriormente de fenômeno da positividade, portanto num contexto histórico dominado pelo direito entendido como algo posto por atos humanos, os atos de legislar, que mudam pressionados pela celeridade das alterações sociais provocadas pela industrialização, que exigem sempre novas disciplinas e a revogação de disciplinamentos ultrapassados. (JUNIOR, 2003, p. 99)

<sup>8</sup> Quando dizemos que o direito positivo é o conjunto de normas jurídicas válidas num dado país, deixamos no ar a amplitude da expressão. Isto porque, isolar o plano das normas jurídicas em sentido estrito (S3) é separar (para fins analíticos) o inseparável experimentalmente. O direito é compreendido não só como significações deonticamente estruturadas (normas jurídicas em sentido estrito), mesmo porque a existência desta depende de um suporte físico, da integração de enunciados (texto de lei), da construção de significações isoladas (proposições) e da estruturação dos sentidos normativos. O sistema compreende tudo isso, suporte físico, significação e estruturação, numa triadidade existencial indecomponível. Por isso, a menos que se utilize distinções como esta entre normas em *sentido amplo* e em *sentido estrito* impera a ambiguidade da expressão quando para denotar as unidades do sistema jurídico. (CARVALHO, 2014, p. 285-286)

Em razão disso, sempre que, no presente trabalho, estiver se tratando do termo de normas jurídicas será referendado aquela linguagem decorrente dos planos S3 e S4 dispostos anteriormente.

#### 3.4.1. A norma jurídica hipotética-condicional

Quando se disse, anteriormente, que a norma jurídica se encontra no plano S3, quis afirmar que será nesse plano que uma linguagem competente, estritamente científica, operará na configuração da norma jurídica, a qual se dará através do modelo hipotético-condicional deôntico.

Dessa forma, na abstração linguística passível de operar em tal plano, é possível dizer que toda norma jurídica pode ser construída segundo a redução linguística-lógica “D(H → C)”, sendo “D” o modal deôntico que opera sobre a conectivo implicacional (→); “H” será deduzido como a hipótese enquanto “C” será o conseqüente. Diz-se que trata de uma redução linguística, pois, na verdade, a fórmula detém um carácter intrínseco complexo, o qual será dito a frente. A bem da verdade, quando os cientistas do Direito passaram a construir a norma jurídica através da fórmula acima, o que se desejou foi reduzir as ambigüidades decorrente da linguagem e demonstrar que todas as normas jurídicas possuem a mesma estrutura, o que permite dizer que se tratam de unidades do mesmo sistema.

Em vista disso, é o ensinamento de CARVALHO (2014, p. 288):

A norma jurídica revela-se nesta estrutura condicional que é absolutamente constante “D(H→ C)” - “se ocorrer o fato x, então deve ser a relação intersubjetiva y”. Todo discurso produzido pelo legislador, objetivado nos enunciados prescritivos que compõe o plano físico do direito, é redutível à proposição normativa e este à fórmula dual “D(H→C)”. Temos: (i) hipótese (H) ou pressuposto, como parte da norma que tem por função descrever situação de possível ocorrência; e (ii) conseqüente (C) ou tese, cuja função é prescrever relações entre sujeitos modalizados em obrigatório, permitido e proibido, ambos ligados por vínculo implicacional (→) deôntico (D),

representativo do ato de autoridade que a constitui. É, por isso que se diz ser a norma jurídica uma significação deonticamente estruturada

Ressalta-se, portanto, que cada elemento da norma jurídica estruturada deve ser preenchido pelas suas devidas significações, as quais perpassa o aparato físico (Constituição Federal, leis, decretos e etc), bem como o fato social relevante, a qual fara parte da estrutura da norma.

Assim, a norma jurídica é inerte (homogênea) na estrutura hipótetica-condicional, pois sua fórmula não variará de norma para norma – até por isso constitui unidade de um sistema –, será no conteúdo dos elementos que a norma jurídica será dinâmica (heterogênea), o que lhe permite a manipulação segundo o intérprete, o qual fará uso do suporte físico, do fato social e das suas referenciais culturais, conforme salienta CARVALHO (2014, p. 289)<sup>9</sup>, sendo que nesse momento, portanto, a norma jurídica operará dentro do plano S4.

Tendo isso em mente, e retomando o que já foi dito anteriormente, a construção da norma hipótetica-condicional pode ser complexada, uma vez que a própria hipótese pode ser escrita em uma linguagem reduzida lógica, enquanto que o mesmo acontece com o conseqüente, sendo, portanto, permitido dizer que cada um pode ser uma norma, contudo, sem que sejam consideradas jurídicas, em razão da metodologia ora adotada. Sobre isso, é importante citar MOUSSALLEM (2006, p. 68):

Assim o antecedente normativo é descritivo de situação de fato *possível* de ocorrer (norma abstrata), ou já ocorrido (norma concreta), enquanto a conseqüência estabelece a relação jurídica entre sujeitos quaisquer (norma geral), ou entre sujeitos especificados (norma

---

<sup>9</sup>Ao tratarmos a norma como significações, pressupomos que o intérprete a constrói, porque ela não se encontra no plano físico do direito, escondida detre as palavras que o compõe. Ela é produzida na mente do intérprete e condicionada por seus referenciais culturais. Isto explica a possibilidade de um único texto originar diferentes normas jurídicas, consoantes diversos valores empregados aos seus vocabulários. Seguindo esta linha de raciocínio, há, então, duas formas de se produzir normas: (i) uma direta e imediata, realizada pelo legislador, ao inserir novos enunciados prescritivos na plataforma física do sistema; e (ii) outra indireta e mediata, alcançada pelo intérprete, quando da construção do sentido dos textos jurídicos, sempre tomando como ponte de referência a plataforma física posta pelo legislador.

individual), o que confere caráter diretivo de condutas ao direito positivo, relacionando sujeitos-de-direito.

A partir disso, é possível verificar as variações de normas jurídicas existentes: concreta e geral; concreta e individual; abstrata e geral; e abstrata e individual. Contudo, duas condições ficam inertes: a condição da hipótese estar adstrita às proposições decorrente do fato possível/concreto social juridicamente relevante e a condição do consequente adstrito às proposições jurídicas decorrentes do corpo legislativo do Direito positivo.

O interessante aqui é observar que, somente haverá norma se houver fato possível descrito na hipótese, e isso importa no sentido de que norma jurídica alguma poderá ser escrita se não houver ao menos a possibilidade de tal fato.

A bem da verdade, o Direito é construído com base em conflitos. Assim, não é possível entender Direito sem que haja, mesmo que hipoteticamente, um conflito a ser solucionado. Nessa ideia, o Direito é quase sempre atrasado em relação aos fatores sociais que originam conflitos e não poderia ser diferente, pois, a existência do Direito depende da materialidade dos conflitos ou dos interesses.

A própria norma depende da existência material ou hipotética de um conflito (ou interesse descrito em um objeto). Seria, por exemplo, impossível construir a norma baseada em um instituto empresarial, por exemplo, que não existe ou que não tem a menor condição de existir. Ainda, seria impossível ao Direito querer regular previamente a viagem no tempo (na forma transcrita em filmes de ficção), pois, por mais que num futuro longínquo seja possível tal viagem, a atual materialidade fenomênica – ou seja, a realidade dos fatos – dessa hipótese não importa em qualquer conflito. Por outras vias, poderia se argumentar sim a possibilidade da regulamentação de tais hipóteses, contudo, aí se daria na confusão entre texto da lei e a norma jurídica, o que não se confundem. Portanto, sendo o Direito o conjunto de normas jurídicas, dada pelo intérprete, em um espaço e tempo e sendo necessário para a construção da

norma a materialidade fenomênica (a qual pode ser construída através de hipóteses, conforme um professor faz em sala de aula a título de exemplos). Em relação a isso, é imperioso citar MÜLLER (2008, p. 80) que concebe a estruturação do Direito dentro da concretização da norma, ou seja, diante dos casos concretos:

Como haveremos de mostrar, essa formulação nos termos da teoria da norma nos conduzirá à relação entre normatividade e estrutura da norma. Com isso se ocupa uma posição, que conserva a norma jurídica como ponto referencial dos esforços de concretização. A estrutura do problema do caso a ser solucionado ou do tipo de caso é tratada como fator pertencente e indispensável à aplicação do direito, como fator co-constitutivo para a compreensão da norma, mas não como ponto de orientação em última instância decisivo da aplicação do direito. A compreensão da norma a ser desenvolvida não tem nada a ver com uma axiomática ou sistemática positivista. Por outro lado, ela busca a racionalidade jurídica de uma maneira, que também se diferencia nitidamente da tópica. Também por isso essa visão da norma jurídica é mais do que um deslocamento meramente linguístico do procedimento tópico “para dentro” da própria norma. O fundamento do procedimento é providenciado por uma compreensão de metodologia, que parte da pergunta, como uma norma jurídica pode ser concretizada racionalmente sob a vinculação à norma, exigida pelo Estado de Direito e pela democracia, i.e., pela Constituição.

Assim, a simples existência de texto da lei não importa, necessariamente, na existência de uma norma, pois, conforme dita o autor, a materialidade importa na co-constituição da norma. Portanto, não há como verificar o Direito fora da disputa de interesses de um ou mais sujeitos. Precisamente, MÜLLER sustentado que a construção da norma se dá através do chamado processo de concretização, o qual aflora na materialização fenomênica e é consubstanciada através da linguagem<sup>10</sup>.

10A norma não existe, não é “aplicável”. Ela é produzida no processo de concretização. O operador do direito se vê incluído nesse processo de construção de normatividade, normativa e materialmente vinculada, da mesma maneira como a estrutura do problema do caso ou do tipo de caso. Apesar disso não se reconhece na tarefa de concretização nenhuma liberdade em princípio diante da norma. Mas como a norma não é concebida como previamente dada, carente de geração, tal visão é nessa medida como a visão tópica. A diferença prática mais nítida se evidenciará no papel do teor literal. No interesse de uma clareza constitucional e da determinidade pelos princípios do Estado de Direito, o texto da prescrição deve ser tratado como limite da concretização em circunstâncias a serem detalhadas. Como, porém, o texto da norma não pode ser igualada à norma e esta por sua vez não é “aplicável” como previamente dada, essa linha de fronteira para a mera tópica se revela como apenas relativa, correspondendo à peculiaridade da objetividade jurídica. Assim a hermenêutica jurídica no sentido aqui visado não é idêntica à “interpretação” jurídica no sentido de Esser, que vê a lei como um fator parcial de soluções tópicas de problemas e projeta nesse sentido um horizonte

Em vista disso, a condição de ser concreta ou abstrata da norma jurídica só será verificada no momento de aplicação ou na realização cognitiva do intérprete, enquanto não ocorre isso, segundo MÜLLER (2008, p. 226-227), há a perduração parcial de um ordenamento:

[...]Pela ótica da teoria jurídica, toda norma jurídica deve ser tratada como modelo obrigatoriamente instituído de um ordenamento parcial que é possível na realidade, modelo esse que pressupõe a concretização mais específica. O fato de a disposição legal desvincular-se da realidade (ou seja, o fato de ela tornar-se obsoleta) acarreta uma discrepância entre a idéia normativa fundamental e o âmbito jurídico, afetando com isso também o ordenamento parcial em sua própria estrutura, a saber, a normatividade em si. Não afeta, porém, o âmbito intermediário e ambíguo do ser e dever ser. Aquilo que até agora era tensão “entre” ambos os multifacetados assuntos da doutrina jurídica torna-se o próprio fator do ordenamento parcial, fator esse que é co-fundador da normatividade integral e materialmente determinada.

[...]

A determinação material da normatividade e da validade normativa, bem com sua articulação geral no sentido do âmbito normativo e do programa normativo são o ponto de partida da metódica jurídica; sua elaboração mais específica e formação tipológica no caso particular, bem como para grupos de casos, são suas demais tarefas. Visto ser concebida como algo materialmente determinado, também e justamente a norma, como modelo de um ordenamento parcial, é acessível e necessária à concretização jurídica normativamente organizada e, ao mesmo tempo, responsável pelo aperfeiçoamento jurídico. Tal concretização só é possível no sentido da aplicação.

Não se nega, portanto, a existência de um dever-ser, construído segundo os dogmas kelsenianos, entretanto, esse dever-ser não é a norma jurídica em si, conforme já foi demonstrado anteriormente. Assim, a construção da norma jurídica se faz por via de uma integração entre a realidade (hipótese) e o conseqüente (proposições jurídicas).

E não importa, por sua vez, se o texto legal, através das proposições jurídicas, tenha conteúdo processual ou constitucional, a sua viabilização e até mesmo a possibilidade de se reconhecer a utilidade de tais proposições só será possível no caso concreto ou hipotético fundamentado.

---

metodológico mais amplo do que compete à concretização. [...]. (MÜLLER, 2008, p. 80-81).

Deve-se observar que, nem a hipótese é suficiente para originar a norma jurídica, como desejam os jusnaturalistas no passado, e nem o consequente é suficiente para determinar a existência da norma jurídica, como era o desejo de Kelsen ao determinar a sua teoria pura do direito.

O que se deseja, portanto, não é uma abstração ao extremo, no qual permite que normas jurídicas, criadas a partir de proposições jurídicas (plano S2) – retiradas dos textos legais –, sejam totalmente inverificáveis, mesmo que possivelmente ou concretamente. Dessa forma, por exemplo, não perduraria, dentro do conceito de normas jurídicas, aquela aplicada pela autoridade competente que nega a hipótese (H), ou seja, nega a realidade dos fatos, bem como aquela que nega o consequente (C). Quer-se, então, que a realidade fenomênica, possível ou concreta, seja compatível à realidade jurídica (recolhida no consequente).

Assim, quando se estiver diante de um caso hipotético, no qual é impossível recolher todas as informações do mundo fenomênico, a norma será abstrata. Por sua vez, será concreta quando houver a ocorrência fática do acontecimento e levado ao intérprete para que este construa a norma, segundo a compatibilização implicacional do antecedente e do consequente MOUSSALLEM (2006, p. 88-89) de forma precisa afirma:

Como o antecedente de norma abstrata é um enunciado conotacional, não podemos afirmar, com rigor linguístico, existir um fato jurídico. O antecedente da norma abstrata possui critério de identificação de um fato jurídico, não o fato propriamente dito.

Fala-se em norma concreta quando a situação fática descrita na hipótese da norma abstrata (enunciado conotacional) ocorre na realidade empírica, adquirindo identidade lingüística competente, ou seja, revestimento em linguagem hábil. Trata-se aqui de um enunciado denotativo, referente a *um* evento concretamente ocorrido e relatado em linguagem competente (fato) subsumido ao enunciado conotativo.

É importante observar aqui que, a norma abstrata não se confunde com a construção das proposições jurídicas, reconhecidas no plano S2, por mais que, dependendo do caso, a simplicidade da própria proposição jurídica e a



condição abstrata que visa pode levar a conclusão diferente. Conforme já se insiste, as proposições jurídicas não são normas jurídicas e a norma jurídica abstrata decorre de uma condição fática hipotética possivelmente de se concretizada, em face disso que os exemplos de materialização anteriormente foram dados, as proposições eram possíveis de originarem, mas a norma jurídica depende do fato hipotético possível.

Deve-se entender, portanto, que as normas jurídicas abstratas são passíveis de determinar a incidência material relevante ao Direito, mas essa relevância ao menos deve ser possível. A impossibilidade material (viagem no tempo, por exemplo) impede a concretização da norma jurídica abstrata – a qual passa para a condição de concreta –, pois é possível a construção do consequente, mas a hipótese da norma jurídica fica impedida em razão da imaterialidade.

É necessário observar, então, que a norma jurídica abstrata cria uma possibilidade de incidência passível de ser aplicada. Contudo, entender essa incidência como uma leitura das proposições jurídicas é o mesmo que dizer que as leis são as normas. Assim, a abstração da norma impõe uma condição fática possível, pois se a incidência da norma jurídica abstrata leva a sua concretude (norma jurídica concreta) isso só é possível se os fatos relevantes para sua incidência são possíveis de ocorrerem. Dessa forma, trata-se de uma questão lógica: se considero que as normas jurídicas abstratas não são simples proposições jurídicas, logo devo considerar que os fatos que integram a norma são possíveis de serem aplicados, pois só restaria ao realizar a desintegração da norma ( $NJ = H \rightarrow C$ ) o consequente composto pelas proposições jurídicas. Sobre isso, MOUSSALLEM (2006, p. 96-97):

:Vimos que tanto a realidade social quanto o sistema do direito positivo são constituídos pela linguagem.

Observamos ainda trata-se o direito positivo de um sistema auto-referente, que, por sua vez, só permite o ingresso de elementos a ele exteriores (fatos do mundo) quando estes estiverem descritos na hipótese normativas.

Baseados nessas assertivas, podemos afirmar que um evento só ingressará no sistema do direito positivo quando por linguagem competente (admitida pelo ordenamento jurídico) for descrito

(denotação) e quando a aludida descrição subsumir-se aos critérios de aferição do fato estabelecido na hipótese normativa (conotação).

E sobre o evento que é passível de ser preenchido como fato na hipótese, CARVALHO (2011, p. 132) afirma:

A proposição antecedente funcionará como descritora de um evento de possível ocorrência no campo da experiência social, sem que isso importe submetê-la ao critério de verificação empírica, assumindo os valores “verdadeiros” e “falso”, pois não se trata, absolutamente, de uma proposição cognoscente do real, apenas de proposições tipificadora de um conjunto de eventos.

[...]

**O antecedente da norma jurídica assenta-se no modo ontológico da possibilidade, quer dizer, os eventos da realidade tangível nele recolhidos terão de pertencer ao campo do possível. Se a hipótese fizer a previsão de fato impossível, a consequência que prescreve uma relação deontica entre os dois ou mais sujeitos nunca se instalará, não podendo a regra ter eficácia social. Estaria comprometida no lado semântico, tornando-se inoperante para a regulação das condutas intersubjetivas. Trata-se de um sem-sentido deontico, ainda que pudesse satisfazer a critérios de organização sintática. (grifo nosso)**

Fica claro, então, que ao evento, o qual transcrito em fato e após levado a condição de fato jurídico, quando participa da hipótese normativa, deve ser possível, sendo essa entendida como a devida concretude do evento, sem que esse dependa de acontecimentos futuros. Ressalta-se, novamente, que se entender de forma diferente é o mesmo que condicionar a norma jurídica as proposições jurídicas, pois somente elas serão construídas, tendo em vista a existência do suporte físico.

Nesse íterim, é salutar citar GUASTINI (2005, p. 220-221), o qual entende que atividade do intérprete é reconhecer a norma geral, possivelmente e abstratamente construída, e aplicá-la de forma individual, concretamente verificada:

O ponto pode ser formulado um tanto mais extensivamente como se segue. Para começar, é preciso distinguir os enunciados normativos do legislador (as disposições) do seu conteúdo de significado (as normas). O significado de um enunciado normativo não é coisa pré-constituída à interpretação: ao contrário, é uma sua variável dependente (sic). As leis, em suma, têm apenas como significado aqueles que lhes é atribuído pelos intérpretes e, em particular, os

juizes (intérpretes dotados de autoridade). Se há concordância quanto a utilizar o termo 'direito' para designar não o conjunto das disposições legislativas, mas o conjunto das normas que essas disposições exprimem como seu significado, então dever-se-á também admitir que o direito nasce não da legislação, mas da interpretação das leis ou, ao menos, da colaboração entre legislador e intérpretes.

A atividade judicial, desse ponto de vista, é certamente uma atividade aplicativa de normas gerais a casos particulares, mas as normas às quais os juizes dão aplicação, longe de serem para eles pré-constituídas, são, ao contrário, normas que eles mesmos produzem, ou contribuem para produzir, mediante interpretação.

Nesse entender, se a norma geral, dita por GUASTINI, é decorrência de interpretação do sujeito e se dá na aplicação da norma individual, há que vislumbrar ao menos a possibilidade de real ocorrência do fato interessado ao Direito, sob pena de reduzir o conceito de norma a simples proposições jurídicas, uma vez que somente estas poderiam ser construídas na impossibilidade de ocorrência dos fatos.

Dito isto, faz-se mister questionar, a quem cabe a construção da norma jurídica, pois ao se dizer que é função do intérprete há um lastro semântico-pragmático demasiadamente extenso o que leva a imprecisão do termo.

#### 3.4.2. O intérprete e a norma

O signo "intérprete" quando diante de uma análise pode determinar uma amplitude demasiada de seus conceitos, pois seu condicionamento semântico e pragmático leva significados e significações distintos ao final. Assim, deve-se fazer um corte sobre quem é o intérprete quando se diz que é ele que operará a norma jurídica, uma vez que se entendido de qualquer forma o dito sujeito poderá ser considerado pessoas diversas o que influenciará na própria construção da norma jurídica.

Inicialmente, então, deve-se lembra que a Constituição, as leis, decretos e demais suportes físicos são objetos passíveis de estudos de várias ciências, o que importa dizer que pra cada uma delas há um intérprete de tal objeto e de

suas informações postas. Em vista disso, um cientista político pode estudar o objeto-lei e determinar uma norma decorrente daquilo que poderá influenciar sua área de estudo, o mesmo ocorre ao cientista social, ao teólogo e até mesmo ao leigo. Por se tratar de uma suporte físico transcrito em linguagem, o objeto-lei é passível de sofrer várias interpretações, bastando ao sujeito cognoscente ser capaz de interpretar a própria linguagem utilizada pelo suporte físico.

Em vista disso, não é possível entender o intérprete de qualquer forma se não aquela que realmente interessa ao estudo, sob pena de, primeiro, ser ilógico com as posições assumidas nos posicionamentos propedêuticos deste trabalho e, segundo, por inviabilizar a análise do objeto de estudo, pois lhe seria acometido de imprecisão da sua terminologia.

Dessa forma, será intérprete, para fins do presente trabalho, aquele sujeito considerado competente para aplicar o Direito segundo a determinação do próprio sistema do Direito, uma vez que a eles é que é distribuído a competência vinculativa para interpretar os fatos jurídicos relevantes e o corpo legislativo, sendo capaz de determinar a norma jurídica. Sobre isso, é a lição de MOUSSALLEM (2006, p. 91-92):

Já afirmamos que *aplicar o direito é um ato lingüístico de fazer-ser o direito positivo*. Aplicar o direito positivo é produzir normas jurídicas. A concepção normativa e dinâmica da teoria pura do direito, segundo JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, nega qualquer distinção entre o processo de formação do direito positivo e o de sua aplicação.

[...]

Na teoria dos jogos de linguagem, aplicar é realizar uma jogada dentro do jogo do direito positivo para criação de uma norma de hierarquia inferior àquela reguladora de sua produção.

[...]

Cumpramos esclarecer que a aplicação do direito é praticada pelo órgão credenciado pelo sistema, ou seja, o sujeito competente.

Por isso, causa espanto falar-se em aplicação pelos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e até mesmo pelo particular (sujeito de direito) quando a legislação em vigor assim o concebe ("lançamento por homologação", contratos, etc.). (grifos do autor)

Em razão disso, deve-se observar os mandos da Lei, e as suas normas jurídicas decorrentes, para determinar o sujeito competente para realizar a interpretação competente e isso influencia até na própria linguagem empregada, pois se ao intérprete é dada a competência em sua linguagem preponderará a prescrição, enquanto aos demais intérprete, como o Cientista do Direito, sua linguagem será propriamente descritiva, por mais que prescreva uma conduta e um conseqüente, tal prescrição é impossível de ser imposta e ser considerada vinculativa. Conforme explica CARVALHO (2014, p. 264):

Fazemos esta ressalva para explicar em que sentido utilizamos a expressão “interpretação autêntica”. HANS KELSEN distingue: (i) interpretação autêntica; e (ii) interpretação doutrinária. A primeira realizada por órgão competente na aplicação do direito e a segunda por entes não credenciados pelo sistema. Segundo o autor, “a interpretação feita pelo órgão aplicado é sempre autêntica, porque ela cria direito”. Sob este enfoque, o critério de diferenciação é o sujeito intérprete, se a interpretação for feita por pessoa credenciada juridicamente é autêntica, se produzida por qualquer outra não competente, é doutrinária.

Para nós, independentemente de pessoa, as significações construídas no processo interpretativo, que tomam por base o suporte físico positivado pelo legislador, são direito positivo. O que caracteriza a interpretação como autêntica, não é o sentido, mas a linguagem na qual ele se materializa. Quando um órgão aplica uma norma ele se pronuncia sobre o conteúdo do texto legislativo, fixando juridicamente o sentido deste, com a produção de uma nova linguagem jurídica. Ao contrário, em qualquer outra circunstância, quando uma pessoa interpreta o direito, não produz enunciado jurídico e, com isso, o sentido construído não passa a integrar o sistema. Nestes termos, o que caracteriza a interpretação autêntica não é a situação do intérprete, é a produção de uma linguagem competente, no mais, ela é igual a qualquer outra.

Assim, é o próprio sistema, conforme será vista adiante, que determinar a entrada da norma jurídica fruto da interpretação (autêntica) do sujeito competente. As demais interpretação podem ser até melhor desenvolvidas, segundo critérios científicos ou de lógica, mas por lhe faltar elemento posto pelo próprio sistema, seu conteúdo material seria apenas descritivo, sem qualquer força vinculativa. Contudo, ainda resta a interpretação diversa da autêntica a sua força persuasiva e está é a principal função do Cientista do Direito ao realizar sua interpretação sobre os textos legais e os fatos jurídicos, busca, então, persuadir o intérprete autêntico, através de outros mecanismos, sobre o conteúdo da norma.

É salutar, ao certo, entender que a própria norma jurídica de competência, ou seja, aquela que identificará a autoridade competente se coaduna com a necessidade material dita anteriormente. Um exemplo aclarará a situação: se é possível dizer que um contrato é um corpo legislativo, do qual decorre a construção de normas jurídicas, é possível dizer que segundo um primeiro fato social juridicamente relevante são as partes os intérpretes daquele fato social posto em um instrumento público. Em um segundo momento, caso haja conflito entre as partes, a autoridade competente para dizer as normas jurídicas decorrentes dos fatos juridicamente relevantes e do corpo legislativo (contrato e a lei que o regula) é o juiz. Em outras palavras, depende da própria materialidade que é colocada para determinar quem é a autoridade competente e isso, crê-se não haver dúvida, influenciará na própria construção da norma jurídica.

#### 3.4.3. A regra-matriz de incidência da norma jurídica

Conforme foi dito anteriormente, a norma jurídica pode ser vista de forma incidental, a qual permite a verificação abstrata e geral da mesma de forma anterior a sua aplicação – que impõe a sua individualização e concretude. Em razão disso, foi permitido aos cientistas do Direito verificarem que a norma jurídica abstrata e geral possui núcleos identificáveis nas suas hipóteses e nos seus consequentes – é essa identificação nuclear que permitirá concluir a frente que as normas jurídicas são unidades de um mesmo sistema, todas transcritas em linguagem prescritiva.

No desenvolvimento dessa análise, CARVALHO (2014, p. 378-379)<sup>11</sup>, identifica que os elementos nucleares da hipótese são descritos através de critérios materiais (Cm), espacial (Ce) e temporal (Ct), enquanto os elementos nucleares do consequente são analisados através dos critérios pessoal (Cp) e prestacional (Cpres.). A partir dessa construção, da hipótese e consequente que visa seus núcleos, é, possível determinar um padrão aplicável a todas normas jurídicas – ou seja, todas terão, necessariamente, os critérios materiais, espacial, temporal, pessoal e prestacional – e esse padrão foi denominado de regra-matriz da norma jurídica ou regra-matriz de incidência.

Deve-se entender, desde já, que a regra é uma construção doutrinária, portanto uma abstração da Ciência jurídica que instrumentaliza um método para análise do seu objeto. Trata-se, portanto, de uma proposta científica que permite ao cientista analisar melhor seu objeto de trabalho, assim como é um microscópio ao médico ou uma calculadora ao matemático.

A desintegração da norma jurídica abstrata decorre, como já foi dito, em razão de que a própria construção da norma jurídica é um ato complexo, o que a impõe a ocorrência de outros atos – reduzidos aqui a critérios nucleares da hipótese e do consequente. Em vista disso e do já afirmado, à hipótese fica resguardada os núcleos identificadores de um evento possível – é já previsto pelo ordenamento jurídico –, daí em determinar o critério material, espacial e temporal como núcleos da hipótese<sup>12</sup>.

---

11 Examinando várias normas, em busca da construção de proposições descritivas generalizadoras, verifica-se uma constante: que o legislador, na sua atividade de selecionar propriedades dos fatos e das relações jurídicas, acaba utilizando-se sempre dos mesmos critérios, percebidos quando, por meio da abstração lógica, separamos as expressões genéricas designativas do fato e da relação presentes em todas e quaisquer normas jurídicas. Se considerarmos que toda classe delineada pela hipótese normativa aponta para um acontecimento, que se caracteriza por ser um ponto no espaço e no tempo. Logo, como conceito identificativo, ela deve, necessariamente, fazer referência a: (i) propriedade da ação nuclear deste acontecimento; (ii) do local; e (iii) do momento em que ele ocorre; caso contrário, é impossível identificá-la precisamente.

Da mesma forma, como toda classe delineada pelo consequente normativo indica uma relação onde um sujeito fica obrigado, proibido ou permitido a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de outro sujeito, necessariamente nele vamos encontrar propriedades identificativas de: (i) dois sujeitos, ativo e passivo; e (ii) do objeto da relação, isto é. Daquilo que um dos sujeitos está obrigado, proibido ou permitido de fazer ou deixar de fazer ao outro.

Por sua vez, fica adstrito ao consequente os núcleos relacionais entre sujeitos e a devida prestação, segundo o que determina o ordenamento jurídico quando na ocorrência dos fatos sociais relevantes juridicamente e recolhidos na hipótese. No consequente, portanto, serão verificados os critérios pessoais e prestacionais, pois são estes que determinarão o vínculo jurídico entre os sujeitos. Deve-se ressaltar, conforme ensina CARVALHO (2014, p. 407), estes são os critérios mínimos, sendo possível ainda observar outros critérios adjacentes caso o suporte físico legal traga-nos:

Tais critérios configuram informação mínima necessária para a identificação do vínculo jurídico a ser instaurado com a verificação do fato descrito na hipótese. Nada impede, porém, que o legislador indique mais propriedades da relação, como por exemplo, o tempo e o local de sua constituição ou cumprimento, e que o intérprete os utilize na conformação da proposição consequente de sua regra. No entanto, já não estaremos mais falando de conteúdo mínimo necessário para a compreensão da mensagem deôntica.

Dito isto, a citada autora exemplifica(2014, p. 382-383), ao citar Paulo de Barros Carvalho, o preenchimento dos critérios da seguinte:

Voltando-nos para o campo material do direito tributário, PAULO DE BARROS CARVALHO oferece-nos o exemplo da regra-matriz de incidência do IPTU: “Hipótese: (i) *critério material* – ser proprietário de bem imóvel; (ii) *critério espacial* – no perímetro urbano do Município de São Paulo; (iii) *critério temporal* – no 1º dia do ano civil. Consequência: (iv) *critério pessoal* – (iv.a) sujeito ativo: a Fazenda Municipal, (iv.b) sujeito passivo: o proprietário do imóvel; (v) *critério quantitativo* – a base de cálculo é o valor venal do bem imóvel, sobre o qual se aplica a alíquota de 1%.

O autor refere-se a um critério quantitativo no consequente porque, na esfera tributária, o núcleo da conduta prescrita pelas normas instituidoras de tributos é o dever de entregar aos cofres públicos certa quantia em dinheiro. [...] (grifos da autora)

---

<sup>12</sup>Em vista disso que, anteriormente, foi dito que na hipótese deve haver uma previsão de uma conduta juridicamente possível. Em outras palavras, na hipótese devesse observar um fato jurídico com potencialidade de ocorrência futura (possibilidade), pois do contrário a possibilidade de construir a sua regra-matriz de incidência ficaria adstrita somente a questão da norma jurídica abstrata, sendo impossível de verificar a sua aplicabilidade por impossibilidade material. Nesse entender, portanto, não é possível construir uma regra-matriz de incidência se há impossibilidade de incidir, ou seja, de aplicar, sendo por questões de não preenchimento dos núcleos da hipótese ou dos núcleos do consequente.



A partir disso, então, é possível construir uma fórmula geral de incidência normativa:

**Regra-matriz de incidência = H (Cm+Ce+Ct) → C (Cp+Cpres.)**

É necessário entender que a regra-matriz de incidência pode ser subscrita dentro de um único texto legal ou dentro de um único artigo – o que é quase surreal, tendo em vista a complexidade dos sistemas jurídicos atuais –, mas da mesma forma a sua construção pode ser decorrente de uma análise de todo o sistema.

Assim, a regra-matriz de incidência age de forma a destrinchar a norma jurídica geral e abstrata em critérios os quais podem ser preenchidos pelo intérprete que se depara com o caso concreto e individual. A sua relevância é de tal maneira que permite verificar se a norma jurídica individual e concreta respeitou os limites da norma jurídica geral e abstrata, além de sintetizar a complexidade dos sistemas jurídicos – como o brasileiro – que possui uma série de regras jurídicas que se relacionam.

#### 3.4.3.1. Critério material

Quando se diz sobre o critério material da hipótese remete-se a existência verbal (fazer, não fazer, ser, estar, etc) que é possível determinar a conduta humana, disposta num fato, a qual é subscrita em fato jurídico segundo o ordenamento jurídico.

Essa realização verbal de conduta humana impõe, conforme narra CARVALHO (2014, 389-390), uma possibilidade futura, a qual não necessariamente está adstrita a uma ação humana:

O verbo, considerado por alguns autores o elemento gramatical mais significativo da hipótese, é sempre pessoal, pois pressupõe que

alguém o realize; se apresenta no infinitivo, aludindo à realização de uma atividade futura; e de predicação incompleta, o que importa a obrigatória presença de um completo.

[...]

É importante ressaltar, contudo, que o legislador, para demarcar a materialidade do fato, não se utiliza apenas de verbos que exprimem ação (ex: fumar, dirigir, achar, vender, industrializar, incorporar, etc.), mas também de verbos que exprimem o estado de uma pessoa (ex.: ser, estar, permanecer, etc.). Em decorrência disso, não é correto afirmar que todo fato jurídico reporta-se a uma ação humana, pois o legislador também toma como relevante, para desencadeamento de efeitos jurídicos, certos estados da pessoa.

Assim, o que importa no núcleo material da hipótese é o comportamento humano e sendo assim, somente aquilo que é materialmente possível é que pode compor tal núcleo. Novamente, então, vê-se a que condutas humanas impossíveis não irão compor parte da hipótese, seja na regra-matriz de incidência, seja na norma jurídica decorrente da incidência<sup>13</sup>.

Ainda sobre o critério material da regra-matriz de incidência, deve-se entender que esse fato jurídico pode ser uma norma jurídica precedida. Exemplo disso, portanto, são as normas jurídicas de cunho sancionatórios, os quais possuem no seu bojo do critério material a norma jurídica individual e concreta anterior que constitui o ato ilícito passível de sanção. Sobre essa integração entre a norma jurídica anterior e a norma jurídica sancionatório, é interessante discorrer o exemplo – extremamente didático – de CARVALHO (2014, p. 422-423):

**Prefeitura Municipal de Caxias, Lei Municipal n. 2.809, de 10/10/2002**

Art. 1º Esta taxa de controle de obras tem como fato gerador a prestação de serviço de conservação de imóveis, por empresa ou profissional autônomo, no território municipal.

Art. 2º A base de cálculo dessa taxa é o preço do serviço prestado.

§1º A alíquota é de 5%

Art. 3º Contribuinte é o prestador de serviço.

---

<sup>13</sup>Carvalho (2014, p. 392), sobre isso, sustenta: Os conceitos delineados na hipótese e no consequente normativo guardam referência com a linguagem social e não com a linguagem individual. Portanto, só interessam para o direito os fatos verificáveis neste contexto. É por essa razão que também não encontramos como núcleo material da descrição hipotética de normas jurídicas verbos que exprimem ações intersubjetivas (ex.: pensar, imaginar, crer, julgar, supor, etc.) nem complementos autorreferentes (ex.: a si mesmo, dele próprio, consigo mesmo, etc.).

Art. 4º Dá-se a incidência dessa taxa no momento da conclusão efetiva do serviço, devendo, desde logo, ser devidamente destacado o valor na respectiva “NOTA FISCAL DE SERVIÇOS” pelo prestador de serviço.

Art. 5º A importância devida a título de taxa deve ser recolhida até o décimo dia útil do mês subsequente, sob pena de multa de 10% sobre o valor do tributo devido.

Art. 6º Diante do fato de serviço prestado sem a emissão da respectiva “NOTA FISCAL DE SERVIÇOS”, a autoridade fiscal competente fica obrigada a lavrar “Auto de Infração e Imposição de Multa”, em decorrência da não-observância dessa obrigação, no valor de 50% do valor da operação efetuada.

O contato imediato do intérprete é com o texto bruto, um conjunto de enunciados que ele passa a ler atentamente para construção de seu sentido. Ao exercer a função de leitura, o sujeito cognoscente já tem uma noção de que se trata de um texto prescritivo e ao interpretar, logo começa organizar suas significações na forma hipotética-condicional (H→ C). Assim, não demora muito para identificar 5 prescrições e construir as respectivas normas: (i) uma que institui o tributo - “*se prestar serviço de conservação de imóveis, deve ser o pagamento do tributo*”; (ii) outra que institui o dever de emitir nota fiscal - “*se prestar serviço de conservação de imóveis, deve ser a emissão de nota fiscal*”; (iii) outra que estabelece uma multa pelo não pagamento do tributo - “*se não pagar o tributo, deve ser o pagamento da multa*”; (iv) outra que prescreve uma multa pela não emissão da nota - “*se não emitir a nota, deve ser o pagamento da multa*”; e por fim (v) uma dirigida à autoridade administrativa que determina a lavratura do auto de infração - “*se o contribuinte não destacar a nota, deve ser a lavratura do auto pelo fiscal*”.

Vê-se, portanto, que quando se trabalha a norma jurídica (iii) é possível identificar na sua hipótese normativa um critério material preenchido pela própria norma jurídica individual e concreta decorrente da norma jurídica geral e abstrata (i). Assim, quando se entende que o critério material é preenchido por um fato jurídico relevante, no qual há a identificação de uma ação, nada impede que esse fato jurídico seja uma outra norma jurídica anteriormente construída.

#### 3.4.3.2. Critério espacial

Por sua vez, o critério espacial é aquele que determina, explicitamente ou implicitamente, o local de ocorrência do evento que interessa ao critério material.

Assim, o critério espacial é aquele que reduz a um certo espaço segundo o que dita a legislação vigente (como é o caso, por exemplo, do critério espacial referente a regra-matriz de incidência do IPTU, o qual impõe a sua aplicação ao espaço de um determinado município).

O que precisa ser entendido, por hora, é que o critério espacial é uma determinação de um espaço, sendo que este pode ser um município, um estado ou um país, ou seja, tudo aquilo que é passível de ser determinado através de um conceito de espaço.

#### 3.4.3.3. Critério temporal

Por sua vez, assim como no critério espacial, o critério temporal será aquele que permite singularizar, através dos ditames legais, qual parte do fato social que importa para lhe condicionar sua juridicidade. Aqui, importará o momento da ocorrência do fato, sendo que este tem de haver relevância jurídica.

Essa relevância dada ao tempo poderá ser dada seja de forma explícita ou implícita, dependerá, portanto, do que a legislação entende como relevante no que se refere ao tempo do ato. A título de exemplo, portanto, é critério temporal da norma jurídica prescricional que exige do sujeito a pretensão para cobrar alugueis vencidos dentro do prazo de 03 (três) anos (artigo 206, §3º, I, do Código Civil).

O exemplo acima permite dizer que o próprio critério temporal não será necessariamente um momento específico, bem como poderá ser um ato complexo – como ocorre com o imposto de renda, o qual, para critério temporal, exige vários atos observados no decorrer de 01 (um) ano. Dessa forma, deve-se ter em mente que o critério temporal não pode ser entendido como unicamente como um momento específico.

Além disso, esse momento deve ser passível de ser subscrito em linguagem competente e pela autoridade competente para tomar as vias de fato jurídico. Em outras palavras, o critério temporal indica, segundo a legislação, qual é o momento oportuno para considerar um fato social como jurídico, mas a inexistência de uma especificação desse momento pelas vias escolhidas pelo próprio sistema jurídico impede essa mudança do social para jurídico<sup>14</sup>.

Deve-se dizer, ainda, que o critério temporal impõe a dois efeitos, ditos por Aurora Tomazini de Carvalho, como direto e indireto. O primeiro é aquele que decorre da identificação do momento que ocorre o fato, já o segundo é voltado para o elemento de vigência das regras jurídicas que interessam na construção da norma.

Assim, o critério temporal, no seu preenchimento, importa na observância desses efeitos, sendo necessário ao intérprete observar o fato social em si, o qual será relevante juridicamente, bem como o diploma legal (ou diplomas legais) vigente no momento do fato. Isso é relevante de tal maneira, pois impede que fatos recolhidos juridicamente sejam aplicados em momentos legais distintos. De forma exemplificativa, um fato ocorrido sobre a ótica do Código Civil de 2002 não pode ser submetido à ótica do Código Civil de 1916.

Contudo, aqui deve-se abrir uma ressalva, a própria legislação, caso assim transcreva, pode inverter essa ordem, ou seja, o diploma legal pode determinar que fatos anteriores a sua vigência sejam considerados relevantes juridicamente. Nesse ínterim, por exemplo, é o Código de Processo Civil de 2015, que em seu artigo 1046, determinou a aplicabilidade imediata, mesmo para os processos pendentes de julgamento, dos seus ditames a partir do momento que entrasse em vigor. Essa possibilidade se dá, pois, conforme dito anteriormente é a linguagem criadora da realidade, sendo, então, o corpo

---

<sup>14</sup>Sobre isso, CARVALHO (2014, p. 404) dita: “[...].Nesse sentido, o critério temporal não aponta para o momento em que se instaura o liame jurídico, mas para o instante em que se considera consumado o acontecimento a ser promovido à categoria de fato jurídico, a fim de que se possa identificar a norma a ser aplicada.”

jurídico vertido em linguagem será ele capaz de criar a realidade ou ao menos seu limite.

#### 3.4.3.4. Critério Pessoal

O critério pessoal tem sua relevância a partir do momento em que se entende que o ser humano vive em sociedade e como tal se relaciona entre si. Contudo, assim como para o Direito nem qualquer ato (critério material) importa, nem qualquer relação também importará, sendo que, somente aquelas dispostas pelo legislador é que participarão da composição da norma jurídica.

Novamente, faz-se necessário lembrar que, assim como em outros critérios, o critério pessoal, por vezes, não é disposto de forma clara nas regras jurídicas, o que impõe ao intérprete observar o sistema jurídico a fim de delinear quem são os participantes da relação jurídica.

Na descrição de quem são os sujeitos (passivo e ativo) da relação jurídica já se pode evidenciar que os sujeitos não podem ser a mesma pessoa, sendo necessário ainda que um dos sujeitos deve ter relação direta com os fatos descritos na hipótese da norma jurídica.

Ao reduzir os sujeitos de uma relação sob um critério – participante da norma jurídica –, é possível perceber que há uma categorização desses sujeitos. Isso significa que, dependendo da relação jurídica, o sujeito deixa de ser aquele subjetivamente descrito (Tércio Sampaio, Paulo de Barros Carvalho, etc) e passa assumir como sujeito de uma categorização, desde que preenchido elementos legais que lhe impõe tal condição<sup>15</sup>. Assim, deixa de ser o indivíduo subjetivamente descrito para passar a ser contribuinte, responsável, empregador ou empregado, sendo que é em razão disso que evidência a

---

<sup>15</sup> A categorização do sujeito, que se dá através da redução de elementos subjetivos para elementos objetivos impostos pela lei, é de tanta importância para o Direito que impõe, por exemplo, causas impeditivas para compor a relação jurídica. Exemplo disso, é o levantamento de preliminar de ilegitimidade passiva ou ativa nas contestações.

impossibilidade de um único sujeito ocupar a posição ativa e passiva do critério pessoal.

CARVALHO (2014, p. 412) explícita essa ideia de forma clara ao dizer:

Como a regra-matriz é uma norma padrão de incidência, ou seja, um modelo aplicável a casos concretos, dificilmente encontraremos em seus enunciados notas pessoais de caráter tão genéricos, que apontam para todos os membros da coletividade. Encontramos sim, uma demarcação geral, delimitadora de uma classe, mas que concretamente assinala sujeitos específicos (ex: todos aqueles que auferirem renda, todos aqueles que causarem danos, todos aqueles que foram lesados; todos os sócios da empresa x, etc.), de modo que, se um sujeito se enquadrar no conceito de classe fará parte da relação jurídica a ser instituída. (ex: Fernando, que auferiu renda; Artur que causou dano, André, que foi lesado; Fábio, que é sócio da empresa x; etc.).

Importante é lembrar que o conceito pessoal do consequente da regra-matriz é conotativo, ou seja, nele encontramos um feixe de informações que delimita uma classe na qual se enquadra inúmeros indivíduos, a serem identificados somente com a ocorrência do fato descrito na hipótese (ex: o proprietário do imóvel, o causador do dano, os sócios da empresa, aquele que realizou ou concorreu para a realização do fato-crime, etc.). Isto porque, a regra-matriz, enquanto norma geral e abstrata, é construída como modelo para a produção de normas individuais e concretas, nestas sim os sujeitos aparecem especificamente identificados (ex: José, João, Antônio e Joaquim, Felipe, etc.).

Assim, o que interessa ao critério pessoal é perceber que o legislador impõe uma categoria de sujeitos, a qual, em razão de uma relação com o critério material, possuem relevância jurídica. Essa categorização é importa para o presente trabalho, pois é um dos fundamentos para determinar a possibilidade de aplicação de precedentes ou não. Como será melhor disposto posteriormente, os precedentes e a decisão contemporânea – aquela que reconhece a condição da decisão anterior como precedente – necessitam de similaridades, entre elas, os próprios sujeitos participantes da relação. Dessa forma, caso se entenda que os sujeitos passivos e ativos não são categorias reduzidas através do corpo legislativo, ou seja, que mesmo diante de dois casos semelhantes os sujeitos passivos e ativos são determinados segundo a

sua subjetividade<sup>16</sup>, já se observará, antecipadamente, um sério problema na concepção do precedente.

#### 3.4.3.5. Critério Prestacional

Por fim, no que se refere ao tratamento dos critérios que compõem a regra-matriz de incidência, tem-se o critério prestacional, o qual será o núcleo do consequente – assim como o critério material é o núcleo da hipótese.

Em regra, portanto, o critério prestacional determinar um dever, uma prescrição de uma conduta propriamente jurídica e que deve ser observada pelos sujeitos – descritos no critério pessoal. Essa informação, como bem indica CARVALHO (2014, p. 415-416), pode ser quantificada, como acontece no Direito Tributário, o qual traz o dever de entregar certa quantia ao sujeito ativo da relação jurídica. Até mesmo, no ensinamento da autora, essa quantificação determinada no critério prestacional pode ser de caráter temporal, como ocorre no Direito Penal, o qual exige o cumprimento de uma pena.

Por outro lado, o critério prestacional pode impor um elemento qualitativo, como acontece nos contratos civis (ex.: dever de construir uma casa com determinadas características ou a compra e venda de granito de qualidade especificada), os quais podem determinar a qualidade da prestação entregue pelo sujeito passivo ao ativo.

---

<sup>16</sup> A subjetividade dita aqui deve ser entendida aquela que não é objetivada pelo sistema jurídico. Assim, caso a lei entenda que pessoa deficiente deve ter preferência em fila de bancos, essa subjetividade do indivíduo passa a ser uma categorização determinada pelo legislador. Dessa forma, a subjetividade entendida aqui é aquela que não foi determinada pelo Direito como fato jurídico relevante. A título de exemplo, então, não importa ao caso avaliado se o contribuinte de IPTU na cidade de Vitória, no Espírito Santo, é denominado Maria ou João na certidão de dívida ativa ou na execução fiscal, essa subjetividade não influenciará na sua condição de contribuinte, assim, para o Direito deixam de ser Maria ou João e passam a ser contribuintes.



Importa, portanto, ao final entender que o critério prestacional ficará adstrito ao dever existente, através de uma regra jurídica, de um sujeito para outro, sendo que esse dever pode ser complementado por critério quantitativo ou qualitativo.

#### **4. O Direito positivo e a Ciência do Direito enquanto sistemas**

Conforme sustentando, quando se trabalhou a ideia do Construtivismo Lógico-Semântico, a linguagem é a construidora da realidade, enquanto esta realidade tenha uma referenciabilidade com os demais discurso do sistema que a mesma está envolvida. Assim, entendido que o Direito positivo e a Ciência do Direito são linguagens, mas não são a mesma, é possível dizer que estão inseridas em sistemas diferentes, o que permite afirmar que o discurso de um não valida o outro.

Isso se dá, pois, para se determinar um sistema deve-se selecionar qual elemento, ou quais elementos, serão os determinantes para unir o indivíduos daquele sistema. Assim, ao dizer que existe um sistema composto somente por números ímpares e outro por números pares, há que se verificar esses elementos e não os transpor, sob pena de descaracterizar o próprio sistema. Por óbvio, pode-se dizer que ambos são números, portanto, possuem uma referenciabilidade comum, entretanto, para cogitar tal hipótese se deve adotar tal elemento (ser número) como fundamental para criar um novo sistema. Observa-se, portanto, que é o próprio analista dos sistemas que criará o seu método de análise<sup>17</sup>.

Nessa linha, CARVALHO (2014, p. 129-130) explica:

O conceito de “sistemas”, nestes termos, é mais complexo do que as aglutinações de elementos que se combinam em razão de conotações de elementos, como por exemplo, a classe de mamíferos, dos rios, dos órgãos digestivos, dos planetas, etc. Para termos um

---

<sup>17</sup> Novamente é a linguagem criando a realidade. Quando a pessoa determina qual elemento lhe importa para caracterizar indivíduos, significa que elementos estranhos essa análise não lhe importa, não é real, pois não será descrito no seu discurso.

sistema, é preciso que os elementos de uma classe se apresentem sobre certa estrutura, que se relacionem entre si em razão de um referencial comum. É o caso, por exemplo, do sistema ferroviário de um país, que é diferente do conjunto de suas ferrovias. A ideia de sistema implica uma estrutura, onde todas as ferrovias se interligam. O mesmo podemos dizer do sistema reprodutor ou digestivo, que não se confunde com o conjunto dos órgãos reprodutores ou digestivos. Na forma de sistema tais órgãos encontram-se relacionados sobre um vetor comum e não apenas agrupados.

[...]

Devemos ressaltar, contudo, que seguindo as premissas por nós fixadas, não há sistema fora do homem e, conseqüentemente, não há sistema sem linguagem. O ser humano vai sistematizando a realidade que o cerca, porque sob a forma de sistema ela lhe é compreensível. Os sistemas não estão no mundo existencial esperando para serem descobertos são construídos pelo homem por meio de associações linguísticas, são resultado de arranjos estruturais e, portanto, pressupõem necessariamente, a linguagem.

Tendo isso em foco, tem-se, portanto, que o Direito positivo é um sistema e a Ciência do Direito é outro sistema. Entretanto, qual é o critério de referência para cada um dos casos? Para o Direito positivo, o indivíduo do sistema fará parte for vertido em linguagem prescritiva, sendo uma norma válida dentro de um certo território geográfico passível de sanção em caso de seu descumprimento. Assim, uma norma válida no território da Alemanha fará parte do sistema de Direito positivo alemão, mas jamais do sistema de Direito positivo brasileiro. Por sua vez, a Ciência do Direito tem como função a descrição do Direito positivo (seu objeto de análise) submetido à linguagem científico. Dessa forma, somente fará parte desse sistema aqueles discursos descritivos, em linguagem científica, em que a análise decorre do próprio Direito positivo.

Dito isto, deve-se ponderar o seguinte, o critério de referência, ou seja, o elemento comum entre os indivíduos de um mesmo sistema, não impede de existir contradições dentro do próprio sistema. Isso se dá, pois, o próprio sistema pode possuir um outro critério para excluir aqueles indivíduos que não coadunam com o elemento comum. É o caso do próprio Direito positivo, o qual pode possuir dispositivos contraditórios e até dispositivos que contradizem o seu critério de referência, mas só serão expurgados do próprio sistema se respeitarem o método proposto de exclusão.

É o que acontece quando é questionada a validade de uma norma em face da Constituição Federal. Tal ocorrência, por si só, não retira a validade da norma – por mais que ela contrarie a Carta Magna –, pois para que isso ocorra necessita passar por um procedimento de retirada do sistema da mesma forma que a referida norma passou pelo procedimento de introdução. Em regra, os sistemas possuem mecanismos de expurgar aqueles indivíduos que não preenchem seus elementos comum.

Assim, alguns sistemas permitem contradições entre seus indivíduos que o compõe, mas não em razão do fato de se contradizer internamente, ou seja, de aceitar elementos comum distintos, e sim por existir o seu próprio critério de exclusão do sistema.

KELSEN (2006, p. 217/220) ao trabalhar os sistemas distinguiu eles entre estáticos e dinâmicos. No primeiro sistema, segundo o Autor tcheco, o elemento comum decorre do conteúdo de uma norma hierarquicamente superior, a qual submete a lógica imposta as demais normas hierarquicamente inferiores. Por sua vez, no segundo sistema, o elemento comum entre as normas não é um conteúdo de uma norma hierarquicamente superior, mas o fato desta instituir a produção de normas. Ao trabalhar esses dois sistemas, KELSEN (2006, p 221) afirma que a ordem jurídica (Direito positivo) é concebido sobre a ótica de um sistema dinâmico:

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada. [...]

Em vista disso, reitera-se o já dito, as normas que compõe o sistema do Direito positivo podem se contradizer, mesmo sendo ambas válidas. Contudo, é a própria referência entre estas normas que permitirá realizar a retirada de um indivíduo do sistema, pois, como defendido, o Direito positivo cria seus

elementos de introdução e de retirada. Nesse viés, é o ensinamento de MOUSSALLEM (2006, p. 56):

Ao emprendermos um enfoque dinâmico ao sistema do direito positivo e ao partirmos do pressuposto de unidade a ele atribuído pela norma hipotética fundamental, não há se rechaçar seu caráter de auto-referência que o acomete. Auto-referente porque é o próprio sistema que constitui seus elementos, estruturas, processos e unidades (normas jurídicas), que permite à dogmática jurídica codificar a diferença a que se refere Luhmann entre o jurídico e não-jurídico.

Dessa forma, o Direito positivo impõe os seus métodos de retirada do sistema, mas não porque a norma não é válida, pois validade remete ao método de introdução no sistema, mas pelo fato dela não se coadunar com os demais indivíduos do sistema. Em razão disso, deve-se concordar com BOBBIO (2007, 227-228) ao dizer que internamente o sistema do Direito positivo exige compatibilidade entre as normas, em suas palavras:

O terceiro significado de sistema jurídico é sem dúvida o mais interessante, e é aquele que iremos nos deter neste capítulo: diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem coexistir *normas incompatíveis*. Nesse caso, "sistema" equivale a validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas. Se num ordenamento passam a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, significa que as normas de um ordenamento têm uma certa relação entre si, e essa relação é a relação de compatibilidade. Observe-se, porém, que dizer que as normas devem ser compatíveis não significa dizer que tenham implicação uma com a outra, ou seja, que constituam um sistema dedutivo perfeito. Nesse terceiro sentido de sistema, o sistema jurídico não é um sistema dedutivo, como no primeiro sentido: é um sistema num sentido menos significativo, se se preferir, num sentido negativo, ou seja, de uma ordem que exclui a incompatibilidade de suas partes singularmente consideradas. [...]. Num sistema dedutivo, caso haja uma contradição, todo o sistema desmorona. Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não o colapso de todo o sistema, mas apenas de uma das duas normas ou, no máximo, de ambas. [...] se admitirmos o princípio de compatibilidade, para considerar a pertinência de uma norma ao sistema, não bastará mais mostrar sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será necessário também mostrar que ela não é incompatível com outras normas. Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas apenas aquelas fossem compatíveis com as outras.

A ideia coaduna com o presente trabalho, pois, conforme será defendido linhas a frente, os precedentes, unidade integrante do sistema do Direito positivo, deve ter essa compatibilidade com o sistema em que se encontra. Deve-se, portanto, frisar que enquanto critério de validade, todas as normas são iguais, entretanto, assumido que o Direito positivo é capaz de autorregular, possível, então, haver normas que limitam outras hierarquicamente inferior por escolha do próprio sistema ou normas que regulam o conflito entre normas, mas tudo isso de forma interna no próprio sistema. Nisso, é imperioso a fala de VILANOVA (2010, p. 128):

As proposições normativas integrantes do sistema jurídico têm o mais variado conteúdo. São formas que se saturam com referências a fatos-do-mundo. A unidade do sistema jurídico é formal. Não provém da homogeneidade de uma *região de objetos*. Objetos de regiões diversas no sistema do Direito se encontram: fato geográfico, como o curso de um rio; um fenômeno biológico, como a vida; outro psicológico, como a intenção dolosa; outra social, como o grupo parental, enfim, tudo, em princípio, pode ser suporte fático de um pressuposto normativo. Tudo pode ser, ainda que não tenha sido ou não deva-ser. E o que foi *subpositum* de regra de Direito, o foi *mediante um ato de valoração, que preside à seleção dos fatos-do-mundo que passam a ser suportes objetivos de pressupostos*.

O que interliga proposições normativas tão variadas em conteúdo é o fundamento-de-validade que cada uma tem no todo. Ainda que, *como proposições*, não faltam as relações lógicas, que a estrutura interna de cada proposição, como a estrutura total do sistema tenham de seguir as possibilidades lógicas de construção e de transformação sintáticas pertinentes a todo universo de linguagem, o formal-jurídico do sistema normativo está no fato de que as proposições não derivam uma das outras por um processo de inferência, em sentido estrito, quer dizer, com base no *conteúdo significativo* da proposição que funciona como postulado do sistema.

É interessante observar que, aos olhos da Ciência do Direito, o fato relevante pelo Direito, ou seja, aquele que passa a ser positivado, independe do seu conteúdo, como bem atenda o Lourival Vilanova. É após a sua introdução no sistema que se determina a sua relevância para o próprio sistema, o qual criará os critérios de referência interna.

Além do mais, é a própria autoridade competente, no momento de individualizar e dar concretude a norma jurídica, que determinará o conflito de normas jurídicas gerais e abstratas. Não se pode esquecer, por certo, que as

regras jurídicas – decorrentes de simples leituras da Constituição Federal, Leis e etc. – não são as normas jurídicas, estas só são perceptíveis após análise da autoridade competente.

Tendo trabalhado estes conceitos, faz-se necessário entender a introdução dos fatos relevantes no Direito positivo.

## 5. Fontes do Direito

O trato das Fontes do Direito não é algo uniforme dentro os doutrinadores e nem se trata de debates modernos. KELSEN (2006, p. 258-259)<sup>18</sup> já afirmava que o termo (Fontes do Direito) é ambíguo, devendo o deixar claro sobre qual tratamento se dará a sua leitura. Por sua vez, FERRAZ JUNIOR (2003, p. 225) em leitura pontual, afirma que:

---

<sup>18</sup> Legislação e costume são frequentemente designados como as duas “fontes” do Direito, entendendo-se aqui por Direito apenas as normas gerais do Direito estadual. Mas as normas jurídicas individuais pertencem tanto ao Direito, são tanto parte integrante da ordem jurídica da ordem jurídica, como as normas gerais com base nas quais são produzidas. E, se tomarmos em linha de conta o Direito internacional geral, então não poderemos considerar como “fontes” deste Direito a legislação, mas somente o costume e o tratado. Fontes do direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação. Esta designação cabe não só aos métodos acima referidos mas a todos os métodos de criação jurídica em geral, ou a toda norma superior em relação à norma inferior cuja produção ela regula. Por isso, pode por fonte do Direito entender-se também o fundamento de validade de uma ordem jurídica, especialmente o último fundamento de validade, a norma fundamental. No entanto, efetivamente, só costuma designar-se como “fonte” o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção. Neste sentido, a Constituição é fonte das normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que aplica e que é representada por uma norma individual. Mas a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou direitos das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão. Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito. Mas a expressão é também empregada num sentido não jurídico quando com ela designamos todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros. Estas fontes devem, no entanto, ser claramente distinguidas das fontes do Direito positivo. A distinção reside em que estas são juridicamente vinculantes e aquelas o não são enquanto uma norma jurídica positiva não delegue nelas como fonte de Direito, isto é, as torne vinculantes. Neste caso, porém, elas assumem o caráter de uma norma jurídica superior que determina a produção de uma norma jurídica inferior. A equivocidade ou pluralidade de significações do termo “fonte de Direito” fá-lo aparecer como juridicamente imprestável. É aconselhável empregar, em lugar desta imagem que facilmente induz um erro, uma expressão que inequivocamente designe o fenômeno jurídico que se tem em vista.

Na verdade, a expressão *fonte do direito* é uma metáfora cheia de ambiguidade. O uso da palavra está transposto e pretende significar origem, gênese. As discussões sobre o assunto, que mencionamos, revelam que muitas das disputas resultam daquela ambiguidade, posto que por *fonte* quer-se significar simultaneamente e, às vezes confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e de dedução de regras obrigatórias, ou, ainda, a natureza filosófica do direito, seu fundamento e sua justificação. Por sua vez, a própria expressão *direito*, igualmente vaga e ambígua, confere à teoria uma dose de imprecisão, pois ora estamos a pensar nas normas (direito objetivo), ora nas situações (direito subjetivo) e até na própria ciência jurídica e sua produção teórica (as fontes da ciência do direito)

É essa vaguidade da terminologia “fontes do Direito” que acaba por criar confusões sobre a matéria, conforme o citado autor afirma. Não é raro, portanto, encontrar quem diga que as fontes do Direito sejam o próprio material legislativo, ou seja, as constituições, leis, decretos, sentença, em outras palavras, confundem o aparato físico com o seu conteúdo.

Nessa ideia, então, o próprio Direito positivo seria o criador de direito, o que, desde já, se rechaça. Normas jurídicas – uma vez que definido o Direito positivo como as normas jurídicas válidas – poderiam criar normas jurídicas? Crê-se que não. As “fontes do Direito”, no presente trabalho, são aquelas que permitem a verificação material da incidência da norma jurídica, ou seja, é ato de enunciação, no qual tem seu conteúdo a norma jurídica. CARVALHO (2012, p. 440) sintetiza essa definição quando afirma:

[...] Com apoio nos alicerces da teoria comunicacional acima expostas, entendemos que são fontes do direito positivo as materiais, vale dizer, os acontecimentos que se dão no plano uno e múltiplo do processo de enunciação dos fatos jurídicos, abrangendo os fatos sociais em senso estrito e os fatos naturais de que participam, direta ou indiretamente, sujeitos de direito. Para tais eventos adquiram o predicado de fontes, portanto, mister se faz que encontrem qualificação em hipótese de normas válidas do sistema. [...]

É interessante notar que aqui, novamente, se trata de um corte no objeto de estudo – Direito positivo –, pois a definição de “fontes do Direito” é assumida segundo a perspectiva adotada pelo sujeito que analisa o Direito. Dessa forma, depende do próprio estudo do Direito para determina suas fontes, uma vez que

o próprio Direito é um substrato social, podendo ser analisado sob vários aspectos (sociológico, psicológico, econômico, etc).<sup>19</sup> Logo, ao se optar, no presente trabalho, por uma orientação dogmática a própria análise do Direito se dará sobre esse viés.

Assim, fontes do Direito são aquelas que emanam as normas jurídicas. Assim, a Lei – entendida como norma jurídica geral e abstrata e não como aparato físico, ou seja, palavras postas em papel, por exemplo – depende de um ato para ser criada, o qual é seguido de um procedimento e realizado por uma autoridade competente. Da mesma forma, a individualização e concretude da norma jurídica se dará através de um ato de vontade, um procedimento e uma autoridade competente. Tanto nesta norma quanto naquela, a fonte (o conjunto do ato, procedimento e autoridade) será identificado como enunciação. Sobre esse isto, é salutar o exemplo aplicado por CARVALHO (2014, p. 668-669) para explicar a condição de fonte do Direito:

Imaginemos que o país está na eminência de uma epidemia e, no intuito de proteger a população, alguns parlamentares pretendem tornar obrigatório o uso contínuo de máscaras. A Constituição da República, em seu artigo 5º, II, prescreve que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. Diante deste enunciado, o ente interessado em tornar obrigatório o uso de máscaras passa, então, a procurar disposições jurídicas que prescrevem como deve proceder para criar uma lei. Logo se depara com o art. 61 e seguintes da CF, que dispõem sobre o processo legislativo e, em observância a tais dispositivos é instaurado um procedimento para a produção dos enunciados jurídicos que tornarão obrigatório o uso de máscaras por toda a população. Um projeto de lei é apresentado à Câmara dos Deputados para votação. Aprovado pela maioria simples dos deputados, o projeto é encaminhado para a revisão do Senado. Se lá também é aprovado, o projeto passa para a

---

<sup>19</sup> Conforme salienta MOUSSALEM (2006, p. 105): Nunca é demais lembrar a lição de Lourival Vilanova no sentido de que “o objeto pode dar-se em diferentes modos, em diferentes atos de apreensão”. Apenas para exemplificar: o sociológico não enxerga outra origem para o “direito” que não a própria sociedade, ou melhor, o fato social, entre eles o costume. Para a história, o “direito” não é senão fruto de conquistas ao longo do tempo. Assim, diz-se que são produtos históricos a democracia, a liberdade, a igualdade, etc. Por sua vez, a psicologia vislumbra na mente humana a força motriz para a criação do “direito”, é campo fértil às suas investigações os motivos psicológicos que levaram o legislador a produzir uma lei (reduzir a criminalidade, diminuir a sonegação, amenizar os delitos de trânsito, etc), ou um juiz a proferir uma sentença “x”, em virtude de tal ou qual doutrinador, citado em uma petição, tê-lo influenciado. Do ponto de vista político, perguntar-se-ia qual fonte deveria-ter determinado ordenamento ou que fonte seria a mesma conveniente.



sanção ou promulgação do Presidente da República e depois para a publicação. Com a publicação, os enunciados produzidos no processo legislativo ingressam no sistema e passam a ter força coercitiva, está criada, portanto, a norma jurídica que obriga o uso da máscara por toda população.

Diante deste exemplo, pergunta-se: Qual é a fonte do direito? A epidemia é o motivo da lei, aquilo que determina o ato de vontade do legislador, mas não é ela que produz o direito/dever de usar a máscara. Os artigos da Constituição Federal (5º, II e 64 ss.) (*sic*) são fundamentação jurídica, tanto da lei, quanto do procedimento que a criou, mas eles, por si só, não produzem o direito/dever de usar máscara. Sem o ato de vontade e a realização do procedimento próprio por autoridade competente, tal norma nunca existiria no mundo jurídico. É por isso que tomamos a enunciação como fonte do direito.

Faz-se mister, ainda, trazer a fala de MOUSSALLEM (2006, p. 119) ao citar Paulo de Barros Carvalho sobre essa posição:

Assim, discorda da doutrina que toma o produto da atividade legislativa como fonte do direito, dizendo que “afirmar a lei fonte do direito positivo não significa mais do que postular que normas criam normas, direito cria direito, numa proposição evidentemente circular, que deixa o primeiro termo como resíduo inexplicável”.

Assim, como a lei é produto de fonte do direito, a jurisprudência, os contratos, os atos administrativos também o são e não podem ser considerados como fontes do direito. Importante salientar aqui a ponderação realizada por Riccardo Guastini quanto à anfibologia da expressão “ato normativo” como procedimento normativo e como documento normativo. Este é o produto, aquele procedimento.

Assim, para se poder falar em “fonte do Direito”, como parte da doutrina deseja, deveria haver uma distinção entre Leis e sentença, por exemplo, pois ambos são aceitos como unidades do Direito positivo, sendo assumido que aquela cria está. Seria, portanto, conforme narrado pelo Autor capixaba, norma criando norma, o que já se considera impossível pela posição aqui adotada.

Deve-se entender, por certo, que quando uma norma jurídica geral e abstrata que institui um procedimento não se trata de uma norma criando outra norma, trata-se, na verdade, que há possibilidade de que uma norma jurídica seja de cunho procedimental, a qual condiciona as demais normas. Assim, por exemplo, quando o Código de Processo Civil, em seu artigo 489, exige como deve ser a sentença, não está criando a norma jurídica individual e concreta futura – decorrente da enunciação da sentença –, mas está condicionando o

procedimento pelo qual deve passar para ser inserido no sistema jurídico. Tal entendimento coaduna com a proposta de Direito como sistema, sustentado anteriormente, e pelo qual se entende que o próprio sistema pode criar métodos de retirada e introdução de unidades.

Pela posição adotada, os documentos normativos (Lei, sentença e etc) não são “fontes do Direito”, mas são objetos de estudo da dogmática jurídica que permeia o presente trabalho, em outras palavras, são o início do trabalho do cientista do Direito e são esses documentos que devem ser analisados para extrair a norma jurídica, pois são estes que trazem o substrato linguístico, ou seja, é neles que é possível trabalhar os significados e as significações. Contudo, não devem ser assumidos como as normas jurídicas, pois nem tudo que é posto no seu teor será norma jurídica. Leciona MOUSSALLEM (2006, p. 121-123) sobre estes documentos:

Somos forçados a isso pelos seguintes motivos: (1) o documento normativo, único dado pra objetivo (lingüístico), é o objeto de estudos da dogmática jurídica; (2) o estudo do procedimento produtor de normas pode levar-nos ao desvirtuamento do objeto de estudos, pois pode não ensejar a produção normativa (mais especificamente a produção legislativa), uma vez que o procedimento pode ou não criar regras jurídicas; nestes últimos caso, poderíamos ser levados ao desvirtuamento do objeto de estudos; (3) o procedimento (aqui tratado como atividade de enunciação) é imediatamente intangível, uma vez que está projetado no documento normativo, mas, apenas, seus indícios; (4) o agente competente para editar o ato está projetado no enunciado, é imediatamente tangível.

[...]

Conforme já exposto, o subsistema da literalidade textual é composto por enunciados prescritivos.

Os enunciados prescritivos compõem o corpo físico (*corpus*) do sistema do direito positivo. É o dado único e exclusivo do cientista do direito.

Esses enunciados prescritivos estão objetivados no cerne de um documento normativo, que consiste naquela totalidade textual estrutural a que aludia Manar Hamad, citado por José Luiz Fiorin, ou seja, em uma porção de papel conjugada a um naco de tinta (suporte físico de um signo).

Nesta acepção, a própria Constituição Federal (CF), a lista arrolada no seu artigo 59, (as emendas constitucionais, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativo, as resoluções), bem como os regulamentos, as portarias, as sentenças, os acórdãos, os atos administrativos, os contratos, etc. são todos documentos normativos.

Ainda, para MOUSSALLEM (2006, p. 139), as “fontes do Direito” são ligadas à autoridade competente que compõe a norma – uma vez que Direito é o conjunto de normas válidas. E como visto, o substrato físico legal, ou seja, as palavras postas no papel, (Constituição Federal, leis, sentença e etc.) não são normas em si, mas apenas o veículo introdutor, os quais são decorrentes da atividade da autoridade competente e que será possível extrair a norma<sup>20</sup>.

É imperioso frisar aquilo que já foi predefinido como Direito positivo neste trabalho: trata-se do conjunto de normas válidas aplicadas dentro de um determinado território. Assim, ressalta-se, novamente, que não pode ser fonte do Direito os documentos normativos (leis, sentença e etc.), enquanto entendido apenas como palavras postas no papel ou num sítio na *internet*, pois este não emanam normas e nem são normas, esta só é realçada através do trabalho da autoridade competente, através da enunciação – a qual é a verdadeira fonte do Direito –, sendo, portanto, essa atividade a fonte do Direito.

## **6. Os Precedentes**

### **6.1. Conceito e natureza jurídica dos precedentes**

Tendo já trabalhado as premissas anteriores, passa-se agora analisar o objeto principal deste trabalho, qual seja, os precedentes, principalmente no que se refere aos seus limites de aplicação. Contudo, faz-se necessário entender o que são os precedentes.

Singularmente, precedente é aquilo que precede algo de mesma natureza. Assim, no estudo do Direito, precedentes são aquelas decisões que precedem

---

<sup>20</sup>Dessarte, resumindo em rigor lingüístico-científico, expressões como Constituição Federal, emenda constitucional, lei complementar, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções, regulamentos, portarias, sentenças, acórdãos, atos administrativos, contratos, etc. são empregados em dois sentidos distintos: (1) ora para designar o documento normativo ou texto jurídico – folha de papel escrita, na qual se encontra a expressão material das regras jurídicas; (2) ora para indicar os instrumentos introdutórios de regras – os modelos estipulados pelo ordenamento jurídico para emitir regras no sistema.

outras. Contudo, tal afirmativa ainda é vaga, uma vez que uma decisão pode ser de mesma natureza que outra, mas em sua análise interna – *ratio decidendi* e fatos relevantes – são totalmente distintas. Assim, a vaguidade de tal conceito impede a precisão do que seja realmente precedente.

Em vista disso, o precedente deve ser uma decisão anterior, na qual haja elementos internos semelhantes, sendo que essa semelhança deve ser capaz de transcender para a decisão contemporânea, que seja, aquela que verificará a condição de precedente da decisão passada. Aqui se abre uma nova característica do precedente, a condição de precedente é reconhecida nos casos futuros e não na sua própria constituição enquanto decisão. Isso importa em algo fundamental para distinguir os precedentes e as súmulas vinculantes, as quais não são discutíveis diretamente no presente trabalho, mas são comumente confundidas com precedentes.

As súmulas, vinculantes ou não, são construídas através dos casos-pilotos, sendo que a partir desses retira-se um enunciado que, em regra, seria o núcleo de debate dos casos. Contudo, é estranho pensar, na atual conjuntura dos casos levados aos tribunais, que os casos recolhidos possam ser resumido em enunciados de 5 (cinco) linhas no máximo, sendo que nesse mesmo enunciado fica disposto a situação fática e a razão de decidir. Não a toa que, na abertura do presente trabalho, foi relatado o problema das súmulas vinculantes na análise feita por Geovany Cardoso Jevaux. Nesse mesmo sentido, NUNES e BAHIA (2013, p. 119-120):

Falta, assim, aos nossos Tribunais uma formulação mais robusta sobre o papel dos “precedentes”. Se a proposta é que eles sirvam para indicar aos órgãos judiciários qual o entendimento “correto”, deve-se atentar que o uso de um precedente apenas pode se dar fazendo-se comparação entre os casos – entre as hipóteses fáticas –, de forma que se possa aplicar o caso anterior ao novo.

Isso vale para as súmulas, é dizer, o sentido destas apenas pode ser dado quando vinculadas aos casos que lhe deram origem. Quando o STJ editou a Súmula nº 309, por exemplo, ela não refletia o entendimento dominante dos casos que lhe deram origem. No HC 53.068 (STJ, 2ª Seção, j. 22.03.06), a Relatora, Min<sup>a</sup> Nancy Andrighi, mostrou que dos dez precedentes citados para formar a Súmula,

apenas três se adequavam à redação dada àquela, razão pela qual a Ministra pediu a alteração do texto do enunciado, o que foi aceito. Devemos perceber (o quanto antes) que os enunciados de súmulas somente podem ser interpretados e aplicados levando-se em consideração os julgados que os formaram. Eles não surgem do nada. Nesses termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que a formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto (BAHIA, 2009, p. 199 et seq.). Nenhum país que leve minimamente a sério o direito jurisprudencial permite a aplicação de 'súmulas' mecanicamente.

Assim, na análise das súmulas (vinculantes ou não) há que se entender que não são precedentes, mas enunciados que indicam, em regra, a matéria tratada nos casos-pilotos, sendo estes os precedentes sobre os quais a análise do intérprete deve recair. É no entender, ora trabalhado, impossível um enunciado, da forma como são as súmulas, transcorrer as possibilidades fáticas e as razões de decidir. Dessa forma, sendo impossível transcorrer tais elementos – necessários ao conceito de precedente – é impossível entender as súmulas como precedentes, mas nada impede de entender que os casos que lhe deram origem sejam constituídos de tal forma.

Assim, é na verificação das condições fáticas relevantes (juridicamente) e das razões de decidir que será trabalhado o precedente. Assim, cabe a fala de CAMBI (2014, p. 415) ao dizer que:

Sob o aspecto *qualitativo*, a formação de um precedente é feita pelo julgador do caso posterior, uma vez que é ele que irá dizer, a partir da comparação entre as situações fáticas do caso anterior e do caso a ser julgado, se a *ratio decidendi* daquele é possível de ser aplicada a este como base suficiente para a solução que se espera. Isso indica que o precedente fornece uma regra *universalizável*, ou seja, que possa ser extraída daquela decisão que serviu para a resolução de um caso específico e utilizada em outros que tenham semelhanças suficientes.

Nesse mesmo sentido, é a posição de NUNES e HORTA (2014, p. 1-2):

O termo *precedente* pode ser concebido sob múltiplos significados: como uma decisão ou um conjunto de decisões, sem muitas considerações de ordem técnica; como o resultado de um julgamento ao qual se atribui algum significado; ou para apresentar, de forma abrangente, uma norma jurídica contida em uma decisão proferida em determinado caso.

A ideia central do precedente é a de que as lições do passado podem ser aplicadas no presente, como um romance em cadeia (segundo Dworkin) e ele consiste, em essência, em decisão anterior que funciona como um modelo para decisões posteriores. Há um certo *backward-looking effect* – porque a decisão de hoje parte da análise do que foi decidido antes – e um *forward-looking effect* porque quando um juiz decide ele se pergunta se a sua decisão será satisfeita no futuro – na formação e no reconhecimento de um precedente. E aqui, se ponderar, não está a cogitar um viés consequencialista (de índole político, social e econômico), mas o fato de que certamente aquela decisão fará parte da história institucional (com integridade) da aplicação do direito em determinada situação jurídica.

Assim, o precedente é uma decisão passada que, por questões de semelhanças, tem seus elementos internos transcendidos a uma decisão contemporânea.

Dito isto, deve-se trabalhar a ideia que se tem sobre os precedentes no que se refere a sua natureza. Assim, os precedentes antes de tudo são decisões e enquanto decisões são normas jurídicas, segundo a posição aqui adotada. Entretanto, afirmar tal condição ainda é vago, pois as normas jurídicas podem ser divididas em abstratas, concretas, gerais e individuais.

Nesse ínterim, bem como em razão dos elementos internos da própria decisão passível de ser considerada um precedente, há que se entender que o precedente, enquanto decisão, é uma norma jurídica individual e concreta, pois lhe cabe a função de determinar um fato no espaço e tempo, a qual é realizada por um indivíduo ou grupo. Contudo, o próprio precedente – quando assim considerado pela autoridade competente, a qual se encontra na eminência de prolatar a nova decisão – não é mais norma jurídica individual e concreta, pois tal afirmativa levaria a crer que a decisão contemporânea é uma prescritora de uma hipótese e conseqüente já prescritas anteriormente.

Nessa linha, portanto, o precedente não será uma norma jurídica individual e concreta em si, pois a sua individualização e concretude se deu em outro momento. Sua relevância se dará em razão de uma ocorrência lógica ou de uma imposição normativa processual, na qual o precedente comporá a norma jurídica como elemento de incidência, sendo que a primeira ocorrência pode ou

não vincular, enquanto a segunda sempre vinculará. Em regra, para o principal interesse do presente trabalho, será analisado a segunda hipótese, por mais que a lógica seja fundamental para entender como se deu a concepção do instituto dos precedentes.

Em vista disso, o precedente, enquanto assim instituído, é um fato social, o qual, a depender do sistema em que está inserido, pode ser determinada a sua ordem de relevância jurídica ou não.

Além do mais, não há como crer que o precedente é uma norma jurídica individual e concreta, pois, a sua constituição enquanto precedente é analisada no caso que está pendendo julgamento. À autoridade competente cabe analisar os elementos internos (*ratio decidendi* e fatos jurídicamente relevantes) destes e determinar se são semelhantes ao caso contemporâneo. A norma jurídica posta no presente é condicionada ao enunciado descritivo da decisão anterior, ou seja, aos motivos determinantes e aos fatos juridicamente relevantes, mas não condiciona a criação da norma jurídica.

Não a toa, conforme se verá adiante, o juiz pode ser vinculado ao *ratio decidendi* e fatos juridicamente relevantes, mas poderá exercer sua discordância e realizar o *overruling* ou *distinguishing*, entretanto, para isso terá que se sujeita a vinculatividade do precedente. Essa afirmativa é salutar para entender que o precedente não impõe a criação de norma individual e concreta no futuro e muito menos a vinculatividade é algo no sentido de que se deve seguir de forma linear. Significa que, ao juiz, é imposto observar casos pretéritos e seus argumentos levantados para assim poder realizar o seu ato de enunciação (criação da norma jurídica).

Nesse ínterim, crê-se, que se deu a confusão quanto a classificação dos precedentes como persuasivos e vinculantes – e conforme será discutido posteriormente, não se concorda –, pois ao analisar o precedente, o qual é um fato social, alguns cientistas acreditavam na sua força persuasiva. Em razão da

sua natureza de fato social é que os doutrinados se debruçaram sobre os precedentes segundo um critério persuasivo e vinculante, considerando como características que se anulam (em um critério lógico, como se fossem  $p$  e  $-p$ ), o que se considera impossível, pois um precedente vinculante (que detêm relevância jurídica, sendo um fato jurídico) pode ser ou não persuasivo.

A sua condição de vinculatividade está atrelada ao próprio sistema que está inserido, enquanto a sua persuasão está ligada à questões subjetivas de quem constitui o precedente.

O precedente, conforme já dito, é um fato social, o qual pode ser considerado relevante juridicamente. Sua característica principal é argumentativa, seja ela vinculante ou não, sendo que quando vinculante não se trata de uma aplicação imediata, mas de uma análise fundamentada sobre o caso passado em relação ao atual. Sobre isso, NUNES e BAHIA (2013, p. 123-124) lecionam que:

**Ademais, não se pode olvidar um dos principais equívocos na análise da tendência de utilização dos precedentes no Brasil, qual seja a credulidade exegeta (antes os Códigos, agora os julgados modelares) que o padrão formado (em RE, v.g.) representa o fechamento da discussão jurídica, quando se sabe que, no sistema do case law, o precedente é um principium argumentativo. A partir dele, de modo discursivo e profundo, verificar-se-á, inclusive com análise dos fatos, se o precedente deverá ou não ser repetido (aplicado).**

Aqui, o “precedente” dos Tribunais Superiores é visto quase como um esgotamento argumentativo que deveria ser aplicado de modo mecânico para as causas repetitivas. E esses importantes Tribunais e seus Ministros produzem comumente rupturas com seus próprios entendimentos, ferindo de morte um dos princípios do modelo precedencialista: a estabilidade. (grifo nosso)

Quando assumido, portanto, como fato jurídico relevante o que se percebe a sua necessidade de ser confrontado, o que não impõe numa simplificação transpositiva dos fatos e das razões de decidir de um caso para o outro. Em outras palavras, e como será defendido posteriormente, a vinculação é quanto a fundamentação de se entender o caso como precedente ou não e a partir daí se aplicar a mesma solução ou não. Não se trata de uma análise automática e mecânica (nas palavras de Dierle Nunes e Alexandre Bahia), mas de uma



percepção cognitiva do magistrado, uma vez que o precedente é destinado principalmente a ele.

## 6.2. Funcionalidade e razões dos precedentes

Numa análise sobre essa questão, convencionou dizer que os precedentes funcionam tanto na sua vertente vertical (decisões superior vinculam as inferiores) quanto na sua vertente horizontal (decisões de mesmo níveis compõem as demais de mesmo nível). Sobre isso, TUSHNET (2013, p. 99), ao analisar os precedentes nos Estados Unidos afirma:

Começo com a mais simples descrição possível do significado dos precedentes nos Estados Unidos, registrando desde logo que esta descrição deixa de lado muitas das mais interessantes facetas do sistema, as quais abordarei na sequência desta argumentação. O precedente funciona tanto no sentido vertical quanto no sentido horizontal. Verticalmente, o sistema de precedentes prevê que um juiz ou tribunal de instância inferior deve seguir e aplicar a norma jurídica enunciada por um juiz ou tribunal de instância superior em todos os casos nos quais a orientação expressada pelo precedente tiver aplicação, sem que lhe seja dado considerar se a norma articulada precedentemente é ou não é juridicamente correta, segundo os padrões e entendimentos seguidos por cada um. Horizontalmente, o sistema prevê que, tomando-se dois juizes ou tribunais de idêntico grau de jurisdição, dotados da mesma competência jurisdicional (vale dizer: dois juizes de primeira instância dentro de uma determinada jurisdição; ou, então, dois tribunais recursais dentro uma jurisdição maior), o segundo juiz ou tribunal a enfrentar a mesma questão jurídica estará fortemente compelido a seguir e aplicar a norma jurídica já enunciada pelo primeiro, muito embora lhe seja dada a possibilidade de adotar e expressar o seu próprio entendimento jurídico sobre a matéria.

Por mais que o citado autor esteja tratando dos precedentes sob a perspectiva da Ciência do Direito nos Estados Unidos, não há dúvidas da sua assunção na da Ciência do Direito no Brasil, principalmente com a introdução do novo Código de Processo Civil que trará novo tratamento sobre os precedentes no Direito brasileiro.

Por sua vez, LADEIRA E BAHIA (2014, p. 282) ao analisarem o *stare decisis* indicam a funcionalidade vertical e horizontal dos precedentes:

O *stare decisis* foi sistematizado no século XIX oriundo de uma tendência legalista (certeza e segurança jurídica) na Inglaterra. O caso *London Tramways v. London County* (1898) foi central para a fundação do que havia se tornado a forma convencional da doutrina. Naquela ocasião a Câmara dos Lordes decidiu que não poderia contrariar uma decisão anterior proferida por ela mesma quando se trata-se de casos idênticos. Restava aqui, instaurado o *stare decisis* horizontal.

Isso porque, com o *stare decisis*, a vinculação do precedente se orienta em sentido vertical e em sentido horizontal. O vertical se constitui pela exigência dos tribunais inferiores respeitarem as decisões de tribunais superiores e, por sua vez, o sentido horizontal exige que os tribunais superiores sigam seus próprios precedentes. Duxbury é pontual quando demonstra que, ainda que a força vinculante seja comumente explicada em termos de hierarquia, ou seja, uma geralmente uma corte (sic) é considerada obrigada a seguir os precedentes estabelecidos por uma corte superior, deve-se ter em mente que o precedente pode operar tanto no horizontal quanto verticalmente.

Em ato contínuo, o TUSHNET (2013, p. 100) afirma que o seguimento dos precedentes, seja verticalmente ou horizontalmente, ocorre por duas razões: eficiência – a qual tem mais força argumentativa quando está diante da funcionalidade vertical dos precedentes – e humildade – os juízes se submetem aos precedentes, pois reconhecem que não são melhores que aqueles que julgaram anteriormente. No Brasil, a eficiência também pode ser reconhecida ao se analisar os precedentes, contudo, a questão da humildade trabalhada por TUSHNET não pode ser assumida de forma singular, uma vez que reina no Direito brasileiro o livre convencimento dos juízes ao prolatarem suas decisões, além de que essa questão dependeria de uma abordagem distinta da desejada no presente trabalho.

Há outras duas razões levantadas para a observância dos precedentes pelos magistrados (seja horizontalmente ou verticalmente): a certeza do Direito e a unidade do Direito. A primeira consubstancia na condição de que sujeito algum será surpreendido por uma mudança normativa sem que lhe seja dada oportunidade para se preparar, bem como será sempre clara o comando normativo.

A certeza do Direito é determinante na observância dos precedentes, principalmente no que se refere as suas consequências impostas aos jurisdicionados. Imagine a situação de caos e insegurança gerada por decisões dispares em situações fáticas ou de direito semelhantes. Parece razoável, mesmo em face do livre convencimento dos juízes, que haja uma razoabilidade no momento de se decidir sendo mantido uma parcimônia entre aquilo que está sendo decidido e aquilo que já foi decidido em situações semelhantes.

Por sua vez, a unidade do Direito decorre daquilo já exposto sobre o Direito positivo como um sistema. Assim, tendo sido assumido que o Direito positivo é um sistema, o qual possui referência através da validade dos integrantes que o compõe e sendo assumido que há compatibilidade interna entre estes integrantes, a unidade do Direito opera neste nível no intuito de que todas as normas constituídas sejam ao mesmo tempo válidas e compatíveis entre si sem que haja antinomias e nem anomias.

Nesse nível de razão, a unidade do Direito é extramente necessário para manter a homeostase do próprio sistema. Se se integrantes do sistema começarem a interagir de forma contraditória, seja no que se refere na sua validade, ou seja, na sua compatibilidade interna, o próprio sistema correrá risco de desconfigurar e perder a sua característica de sistema.

Na verdade, a certeza do Direito e a unidade do Direito são faces da mesma moeda. Enquanto uma se preocupa com o próprio discurso constituído pelas normas na sua materialidade e temporalidade, a outra se preocupa com a formalidade necessária para a constituição e manutenção do sistema em que aquelas normas integram. São, portanto, integrantes necessárias para a própria compreensão do sistema do Direito positivo.

Por óbvio, as razões dos precedentes podem ser assumidas de tantas formas quanto forem possíveis as argumentações. Contudo, essas quatro razões

parece serem as mais adequadas para a sustentação dos precedentes seja no *civil law*, seja no *common law*.

Ainda, faz-se necessário salientar que já é cediço não existir mais sistemas puros de *civil law* e *common law*, o que se encontra é a preponderância de um modelo em maior grau que o outro. Nesse viés, WAMBIER (2009, p. 126) afirma que:

Usa-se a expressão *common law*, nos dias de hoje, para significar um marcante contraste que existe entre os sistemas *civil law* e de *common law*. Este contraste significa que nos sistemas de *common law* o direito é feito pelo juiz (*judge-made law*) e, nos sistemas de *civil law*, quem cria o direito é o Poder Legislativo. No entanto, precedentes vinculam, tratando-se dos sistemas de *common law*, em ambos os casos, ou seja, nos sistemas de *common law*, os precedentes vinculam tanto no campo das decisões em que o juiz cria a regra, quanto naquelas em que o juiz aplica a lei.

A Inglaterra não tem Constituição escrita, diferentemente dos Estados Unidos. Entende-se que a base da Constituição inglesa é o *common law*, derivado principalmente de precedentes e tendo incorporado princípios básicos de documentos como a Magna Carta (LGL 1988\3) (1215) e o *English Bill of Rights* (1689). Hoje todavia, há leis escritas na Inglaterra, inclusive em forma de Código, como por exemplo, o Código de Processo Civil (LGL 1973\5) de 1998.

Entende-se, portanto, que quando se fala de precedentes, seja em sede de *common law*, seja em sede de *civil law*, tem-se as mesmas características, excetuando aquelas próprias de cada país em razão de critérios culturais ou mesmo legais.

### 6.3. Aspectos históricos dos precedentes

Para se tratar dos precedentes, no que se refere a sua condição histórica, há que se trabalhar a própria origem do sistema do *common law*, uma vez que ambos são criações decorrentes das experiências jurídicas e culturais. Isso se dá, pois, foi o próprio sistema do *common law* que acabou originando a prática dos precedentes, originalmente de forma arcaica e sem qualquer valor vinculante.

Sobre isso, RAATZ (2011, p. 160) leciona que:

A divergência entre *common law* e *civil law* é marcada por circunstâncias históricas precisas. Durante toda a Idade Média e até meados do século XII, era possível, segundo Caenegem, reconhecer o Direito Inglês e o Direito Continental como pertencentes a uma mesma família jurídica, germânica e feudal na substância e no processo. A ruptura ocorreu de forma mais incisiva no reinado de Henrique II, que, a partir de reformas na organização da justiça e no processo judicial veio blindar, ainda que não intencionalmente, o Direito Inglês da influência romana experimentada pelo restante da Europa nos séculos seguintes. A mudança alcançou tanto o ducado normando quanto o reino inglês, vindo a superar os antigos tribunais locais com a fundação de um grupo de juízes régios com competência em primeira instância, para o reino inteiro, com o fito de solucionar litígios feudais, que versavam sobre terra, além da introdução do júri em casos civis e criminais com um modelo de prova comum, abandonando-se, assim, os ordálios e o combate judicial.

Deve-se ressaltar, contudo, que a história do *common law* não se deu inicialmente com Henrique II, mas lhe é atribuído maior relevância em vista da organização jurídica e administrativa implementada na Inglaterra, principalmente no que se refere a interação entre os juízes itinerantes – valorizado por Henrique I – e a Corte Central (*Curia Regis*). Assim, conforme salienta RAATZ (2011, p. 161)<sup>21</sup>, a prática dos juízes itinerantes que tinham atribuição de decidir os casos segundo os costumes e levar as decisões à Corte Central levou o registro e uso dos precedentes.

O uso dos precedentes, então, se deu muito mais por uma ocorrência natural da própria prática jurídica do que uma necessidade ou imposição decorrente de lei. Foi o próprio uso dos precedentes, colocado em xeque constante entre as

---

21 Anualmente os juízes itinerantes partiam da Corte com o fim de distribuir justiça em nome do rei por toda a Inglaterra tomando conhecimento de recursos interpostos contra sentenças dos tribunais senhoriais. O alvo de Henrique II era chegar a ter, em todas as provinciais do reino, a sua Corte de justiça, ou seja, uma imagem local da *Curia Regis*. Em pouco tempo, o sistema de juízes itinerantes gerou o *Common Law*, a lei comum que é a mesma em toda parte. As cortes feudais e populares julgavam em virtude dos usos locais, mas um juiz se transportava de condado para outro tinha a tendência de fazer com que todos adotassem os melhores usos do direito. Pode-se dizer, assim, que usos locais não foram totalmente destruídos, “mas como que fundidos no cadinho da Lei Comum”. A Corte central registrava os precedentes e assim formou prontamente, na Inglaterra, uma legislação nacional, que abrangeu a maior parte dos casos. RAATZ (2011, p. 161)

decisões passadas com os casos a serem decididos, que levou a modificação ou até mesmo a introdução de institutos novos na teoria dos precedentes.

Para tanto, é necessário observar a construção social e histórica dos países em que presta o *common law*, principalmente a Inglaterra (juntamente com os países do *commonwealth*) e os Estados Unidos da América. Ao se observar essas duas nações, vê-se duas ocorrências distintas: ambas adotam o conceito de *judge-make-law* e ambas possuem diplomas legais (Carta Magna de 1215 e Constituição dos Estados Unidos de 1789) que introduziram os conceitos de isonomia, principalmente no tratamento dado aos cidadãos pelo Estado. Tanto em um caso quanto noutro ficou evidente que a determinação dada pelo Judiciário nem sempre era compatível com a determinação dada pelos diplomas legais, sendo, então, o constante enfrentamento desses elementos que levou a necessidade de se trabalhar os precedentes.

Entretanto, a doutrina inglesa reconhece que somente no último século os precedentes começaram a tomar a forma do que se entende atualmente, principalmente no que se refere a sua vinculatividade. Dessa forma, não é errado entender que o modelo de precedente inglês pouco se alterou nos mais de 500 (quinhentos) anos após os seus registros na Corte central de Henrique II. Conforme entende CROSS e HARRIS (1991, p. 24-25):

The upshot of the foregoing summary of the operation of the doctrine of precedent in other countries is that it is more difficult to get rid of an awkward decision in England than almost everywhere else in the world. The English doctrine of precedent was not always as strict as it is today. The importance of case-law has been emphasized since the days of the year books, and there are signs that the system was becoming rigid in the eighteenth century, but strict rules summarized on p. 6 are the creature of the nineteenth and twentieth centuries. They could only come into being when law reporting had reached its present high standard, when the hierarchy of courts assumed something like its present shape, and when judicial functions of the House of Lords were placed in the hands of eminent lawyers as they are today. The standard of law reporting was high at the beginning of the nineteenth century, but the hierarchy of courts and judicial functions of the House of Lords did not assume their present form until after 1850.<sup>22</sup>

---

22A conclusão do sumário acima mencionado da operação da doutrina de precedente em outros países é que é mais difícil se livrar de uma decisão embaraçosa na Inglaterra do que na

Não só isso, mas a própria vinculatividade dos precedentes britânicos (*stare decisis*) só tomou a forma no século XX, conforme CROSS e HARRIS (1991, p. 25) salientam:

The rule that the Court of Appeal is, in general, absolutely bound by its past decisions is the product of this century. As late as 1903 the Court acted on the contrary view and that view was repeated in the course of a judgment in the Court of Appeal as recently as 1938. It is only in the present century that the Divisional Courts have come to apply the principle of *stare decisis* in its full rigour to their own past decisions.<sup>23</sup>

Evidente, portanto que a história dos precedentes se dá mais por uma evolução, a qual foi muito mais intensa no último século do que em toda história dos precedentes.

Em razão disso, é possível entender que argumentos contrários ao uso dos precedentes no sistema *civil law* – ou romano-germânico – não tem efeitos quando sua base é restrita a questão cultural, já que, segundo o que é verificado, o próprio sistema do *common law* só chegou aos moldes do que é hoje há pouco tempo, o que impede dizer que se trata de uma particularidade própria deste sistema, a qual é impossível de ser absorvida por aquele. Nessa linha, há que discordar de SCHMITZ (2013, p. 353) quando afirma:

Muito além dessa inconsistência, de ordem técnica, há um problema estrutural e sistêmico; de fato, a maneira como as famílias jurídicas do direito continental e do *common law* foram formadas

---

maioria dos outros lugares do mundo. A doutrina inglesa de precedentes nem sempre foi tão rigorosa como é hoje. A importância da jurisprudência vem sendo enfatizada desde os dias do anuário, e há sinais de que o sistema estava se tornando rígido no século XVIII, mas as regras duras resumidas na p. 6 são criação dos séculos XIX e XX. Elas só vieram a ser assim quando os relatórios de lei alcançaram os seus presentes altos padrões, quando a hierarquia das cortes assumiram algo como a sua forma presente, e quando as funções judiciais da *House of the Lords* foram colocadas nas mãos de advogados eminentes como são hoje. O padrão dos relatórios de lei era alto no início do século XIX, mas a hierarquia das cortes e funções judiciais da *House of the Lords* não assumiram sua forma presente até depois de 1850. (tradução livre)

23A regra de que o Tribunal de Recurso é, em geral, absolutamente limitado pelas suas decisões passadas é produto deste século. Por volta de 1903 a Corte agiu numa visão contrária e essa visão foi repetida no curso do julgamento no Tribunal de Recursos até mais recentemente, por volta de 1938. Somente no presente século é que o Tribunal Divisional veio a aplicar o princípio do *stare decisis* no seu total rigor nas suas próprias decisões passadas. (tradução livre)

historicamente é muito diversa, tendo sido assentadas em premissas filosóficas completamente inconsistentes uma com a outra.

O direito da Inglaterra (e, posteriormente, nos Estados Unidos) é bem explicado pela noção empirista da filosofia de David Hume, onde a ciência é o resultado de uma estrutura de causalidade entre experiência (causa) e resultado (efeito). A consequência de uma prática jurídica criada sobre essa premissa é uma estrutura pragmática, que evoluiu conforme se observava o comportamento dos juízes e o resultado prático de seus julgados [...].

Totalmente diferente é a origem do *civil law*, como o conhecemos hoje, que conhecemos hoje, que surgiu mais solidamente no início do século XIX com a promulgação do Código Napoleônico. Ali tinha início a “jurisprudência dos conceitos”, escola de pensamento segundo a qual a ciência do direito seria o resultado de estruturas lógicas-semânticas elaboradas no campo da teoria, com pretensão de resolver os problemas práticos.

A discordância se dá, pois, tanto um sistema quanto outro são baseados em evoluções em face das necessidades sociais de cada país, nos quais são utilizados. A experiência, portanto, de cada nação que faz uso, seja de um sistema, seja de outro, é determinante para modificação dos seus regramentos. O empirismo, então, só será avaliado de forma diferente em cada um dos modelos, bem como os seus resultados levaram a medidas diferentes.

Além disso, conforme narra RAATZ (2011, p. 163/165) a própria Inglaterra teve, e tem, codificações, o que afasta alegação de que se tratam de modelos culturais, como se fosse impossível que tenham características semelhantes ou que usem elementos preponderantes um do outro:

Inúmeras foram as ocasiões para a penetração da influência civilista na Inglaterra. Os tribunais da Igreja viam-se fortemente influenciados pelo direito romano e pelo processo romano-canônico, enquanto os tribunais de Chancelaria (*equity*) contavam com um processo que estava muito mais próximo da Igreja do que do *common law*, justamente porque o chanceler quase sempre era um bispo. Além disso, durante o período renascentista dos Tudor (1485-1603), Henrique VII introduziu o ensino do Direito Romano em Oxford e Cambridge. Todavia, nada disso foi suficiente para que o *common law* viesse a sofrer os reflexos do Direito Romano. O *common law* vinha alicerçado na defesa da propriedade, razão pela qual modificá-lo importaria em estremecer as estruturas sociais e políticas inglesas. Não fosse isso, a partir do século XIII o direito inglês já contava com uma jurisprudência desenvolvida e metodicamente similar à jurisprudência romana clássica que era fundada na prática dos tribunais, a partir de uma filosofia concreta. A estrutura do *common law*, baseada no sistema de *writs*, não se adaptava aos conceitos do direito privado romano, pois era alicerçada em caráter de direito público fundado em ordens do rei. Tudo isso fazia que a notável



estima pelo *common law* e a fidelidade a ele como algo imemoravelmente ajustado ao gênio da nação impedisse a recepção do direito romano em terras inglesas.

[...]

Cabe, assim, desmistificar a diferenciação, considerada ingênua e exagerada por Jerome Frank, de que *civil law* e *common law* se distinguiram pelo fato de os continentais manejarem leis e os países da tradição *common law* valerem-se das decisões dos Tribunais como precedentes. Não se pode esquecer que os reis da Inglaterra legislaram tanto como os reis da França nos séculos XIII e XIV e, em certas épocas, bastante, mais que eles. O rei Eduardo I (1272-1307) foi chamado por alguns historiadores de direito inglês, de “Justiniano Inglês” por causa do grande desenvolvimento da legislação no seu reinado. Henrique VII, no século XVI, fez sozinho tantas leis como todos os seus predecessores durante três séculos. Atualmente, tem-se assistido uma fortíssima expansão da atividade legislativa do Parlamento Inglês, inclusive em setores de interesses eminentemente privado, sendo possível duvidar que a lei desenvolva ainda um papel secundário frente a jurisprudência.

Assim, a cultura jurídica de um país é relevante para se entender os elementos que preponderam ali, mas é difícil reconhecer que, somente em razão disso, há uma impossibilidade de se utilizar elementos do *civil law* no *common law* e vice-versa.

Essa dicotomia, que por vezes é sustentada por alguns para determinar como impossíveis as transposições de conceitos de um modelo jurídico para outro, é criticada por ATAÍDE JÚNIOR (2012, p. 20-21)<sup>24</sup>, tendo reconhecido que se trata melhor de uma distinção de microcomparações, uma vez que tanto um modelo jurídico quanto outro já não pode ser considerado puro, o que impede detalhar de forma macro as distinções, como algo inexorável.

---

<sup>24</sup>Michele Taruffo (2010<sup>a</sup>, p. 167-169) critica as macrocomparações entre as famílias da *common law* e *civil law*, pois defende que, nos últimos tempos, ocorreram inúmeras transformações que findaram por afastar os sistemas jurídicos de países que compunham uma mesma “família”. A título de exemplo cita os sistemas inglês e norte-americano, que, se já eram historicamente distintos, tornaram-se ainda mais distantes, após o Código de Processo Civil inglês (*Rules of Civil Procedure*), introduzido em 1999.

Com efeito, o direito inglês distancia-se a passos largos do modelo de processo *adversarial* – ainda dominante nos Estados Unidos – em que a instrução probatória fica a cargo das partes; ao mesmo tempo em que se aproxima do modelo *inquisitorial* – típico do *civil law* – em que o juiz assume papel mais relevante na instrução probatória (BARBOSA MOREIRA, 2007<sup>a</sup>, p. 49-50; TARUFFO, 2004, p. 141-149).

Taruffo (2010, p. 169) entende que, atualmente, existe uma pluralidade fortemente fragmentada de modelos processuais e, portanto, prefere realizar “microcomparações”, ou melhor, comparações “entre” ordenamentos, ao invés de comparações entre macromodelos. Mesmo assim, adverte que permanece possível referir-se às famílias de *civil law* e *common law*, desde que se esteja consciente de que os membros das famílias estão progressivamente se afastando uns dos outros, e que se atenuam os vínculos em função dos quais seria possível dizer que estes pertencem a uma ou outra família. ATAÍDE JÚNIOR (2012, p. 20-21)

Contudo, não se pode negar críticas que apontam receios no uso dos precedentes nos países *civil law*, como o Brasil, através da simples importação dos conceitos estrangeiros, sem que haja qualquer aperfeiçoamento dos mesmos e adequação a realidade do país que os recebem<sup>25</sup>. E isso corrobora o anteriormente dito, uma vez que o modelo utilizado pelo país possui suas particularidades, sendo necessário a adequação sob pena de desequilibrar todo o sistema. Assim, é necessário uma adequação dos elementos importados ao sistema em que está sendo introduzido, conforme narrado por RAATZ, a própria Inglaterra fez uso de legislações, mas essas foram adaptadas ao modelo do *common law*.

#### 6.4. Os elementos dos precedentes

Ao se analisar os precedentes de forma elementar, é possível verificar ao menos dois elementos objetivos internos e um externo. Além disso, tem-se, por sua vez, o elemento subjetivo dos precedentes.

Nos elementos objetivos internos se encontra aqueles que são propriamente existências ao precedente, quais sejam, a fundamentação, entendida como o *ratio decidendi* – sendo desconsiderado os argumentos *obiter dictum* – e os fatos controversos ligados diretamente a fundamentação.

Por sua vez, o elemento objetivo externo é a vinculatividade ou não do precedente, a qual estará ligada ao sistema legal no qual o precedente está inserido, daí, portanto, em dizer que se tratar de um elemento objetivo externo. Objetivo, pois, é possível precisá-lo de forma precisa apenas analisando o

---

<sup>25</sup> Nesse ponto, portanto, há que se concordar com SCHMITZ (2013, p. 353) ao afirmar que 'Com efeitos, as noções mais basilares dessa sistemática – como as de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, e *distinguishing* – são frutos de uma longa construção doutrinária e jurisprudencial, coexistindo ainda hoje ideias conflitantes a seu respeito. Isso tem efeito com que certa parte (ainda pequena) da comunidade jurídica brasileira seja refratária a “simplesmente importar uma teoria do precedente formulada para a realidade do *common law*, adaptando para o nosso contexto aquilo que lá representariam seus institutos fundamentais”.'

próprio sistema. Externo, por sua vez, pois vem de fora do precedente para dentro e pode ocorrer ou não. Afinal, deve-se entender que a vinculatividade do precedente não decorre da sua própria existência, mas de um fator externo, uma norma jurídica que impõe a sua vinculatividade. Assim, tal norma age de forma externa, retirando o conteúdo que interessa do precedente, que seja, seus elementos internos.

A vinculatividade do precedente é direcionada para a *ratio decidendi* do mesmo no que se refere a sua condição de transcendência. Assim, o que se transmite do precedente para a decisão contemporânea não é a norma jurídica individual e concreta, mas a sua fundamentação, aquela detalhada por Robert Alexy como justificção externa. LADEIRA e BAHIA (285-286) ditam sobre isso:

O precedente terá, portanto, uma *ratio decidendi* que constitui o elemento vinculante da decisão. Em outras palavras, a parte da decisão que realmente vincula é a *ratio decidendi* que equivale à *rule*. Importa ressaltar, contudo, que a decisão concreta é vinculante para as partes, mas é a *ratio decidendi* abstratamente considerada que adquire força de lei para todos. Ademais, é errônea a ideia de que todo conteúdo de uma decisão precedente possui igualdade de peso.

A partir dessa questão, da vinculatividade do precedente, é que se gera um problema, o qual se espera responder ao final do trabalho, qual é o limite de aplicação do precedente? Se restringe ao *ratio decidendi* ou deve se observar fatos juridicamente relevantes da decisão-precedente? Tais questionamentos serão trabalhados em capítulo oportuno.

Ainda, ao se analisar os precedentes, observa-se o seu elemento subjetivo que é consubstanciado na sua persuasão. Não há dúvidas que ao trabalhar os precedentes, principalmente naqueles países onde não há vinculatividade do precedente, vê-se a sua qualidade de persuadir o receptor do seu enunciado. Contudo, a persuasão trabalha muito mais no íntimo do receptor do que somente numa qualidade interna do precedente. Pode, ainda, sustentar que se trata de um elemento interno do precedente, pois dependendo da qualidade argumentativa haverá maior ou menor persuasão sobre o receptor, entretanto, novamente, observa-se uma questão subjetiva que depende muito mais de

quem fundamenta do que uma característica objetiva do precedente. Dessa forma, entende-se que a persuasão do precedente não é uma qualidade interna do mesmo e dependerá mais de fatores subjetivos (e externos) do que uma qualidade intrínseca do mesmo.

## 6.5. Classificação dos precedentes

No estudo dos precedentes, a doutrina convergiu em identificar duas modalidades de precedentes: precedentes vinculativos e precedentes persuasivos.

Assim, os precedentes vinculativos seriam aquelas decisões dadas anteriormente, as quais impõe aos juízes vinculatidade de a seguirem nas decisões contemporâneas. Por sua vez, os precedentes persuasivos agem na através de uma coação moral sobre o juízo cognitivo do magistrado ao proferir sua decisão. Dessa forma, em um há uma obrigação em seguir o precedente, no outro mero artifício argumentativo de poder.

Numa análise superficial houve a identificação dos precedentes vinculativos aos modelo do *common law* enquanto os precedentes persuasivos foram identificados no modelo *civil law*. Entretanto, conforme já dito, essa cisão de modelos é dificilmente vista atualmente, sendo falho afirmar que um tipo ou outro de precedentes é exclusivo deste ou aquele modelo.

Sobre o dito, é o ensinamento de TUCCI (2004, p. 12):

Dependendo do sistema em que se engasta, a decisão, monocrática ou colegiada, é classificada em *precedente vinculante (binding authority: sistema do common law)* e *precedente persuasivo, ou de fato, ou revestido de valor moral (persuasive authority: em regra, sistema da civil law)*.

Desse modo, não é preciso dizer que em cada sistema jurídico, qualquer que seja ele, o *precedente* é dotado de diferente eficácia. É inequívoco, nesse sentido, que nos ordenamentos dominados pelas regras do *case law* os *precedentes judiciais* gozam de força

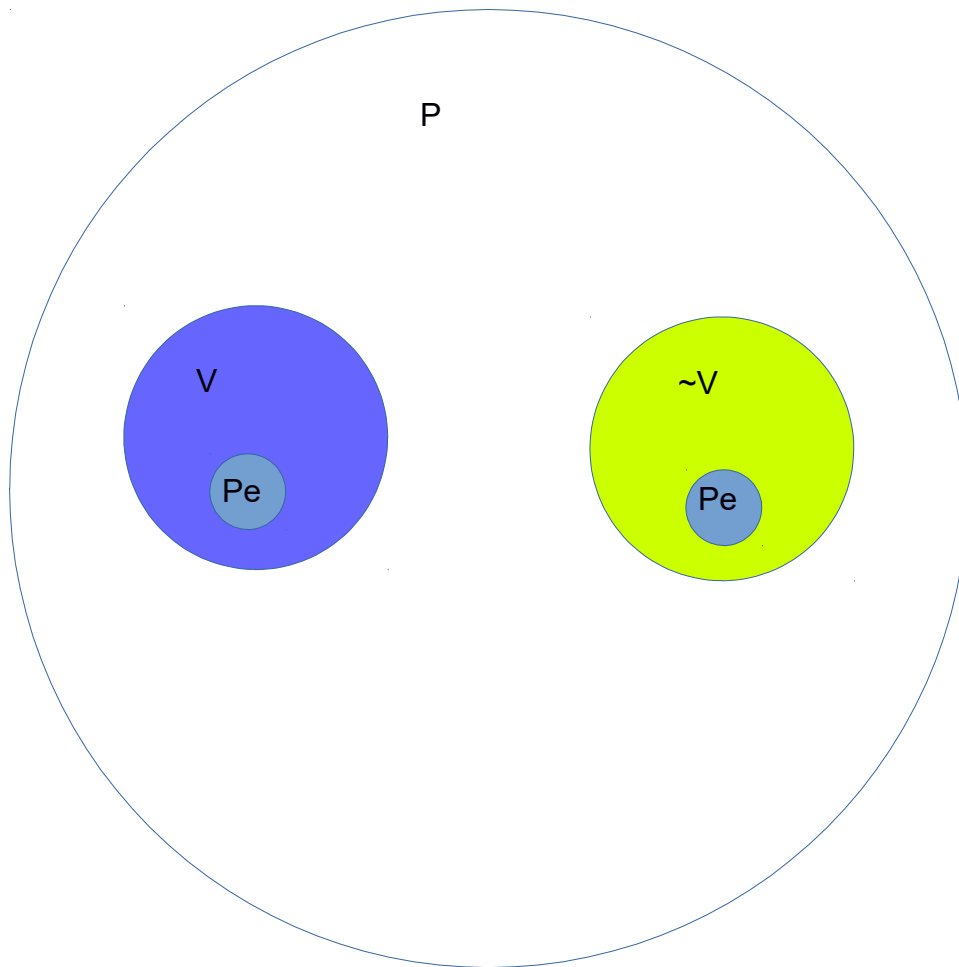
vinculante e, portanto, consubstanciam-se na mais importante fonte de direito. Para tanto, desenvolveu-se um complexo aparato conceitual (reconhecido, dentre outras, pelas seguintes expressões: *stare decisis*, *rule of the law*, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*, *binding* e *persuasive precedent...*), de resto, estranho ao jurista da *civil law*.

Por certo, então, a classificação dos precedentes está mais ligada a sua vinculação do que propriamente o modelo adotado no país (*common law* ou *civil law*). Daí mais uma razão de que, na atualidade, não existe um modelo puro concepcional de Direito. TUCCI (2004, p. 13) dita isto ao dizer:

Ressalta-se, outrossim, que a *praxis* do direito anglo-americano, por paradoxal que possa parecer, também é trabalhada hoje em dia com a categoria dos *precedentes persuasivos*. E isso ocorre quando, por exemplo, um litigante, perante um tribunal inglês, invoca anterior decisão proferida por uma corte da *common law* mas de outro país, vale dizer, dos Estados Unidos da América ou do Canadá (e vice-versa). Assim também, *v.g.*, entre as províncias canadenses de Québec (direito codificado) e de Ontário (*common law*).

Assim, os precedentes devem ser percebidos sob o seu enfoque vinculativo ou não, pois esse é o seu elemento de referência. Ao se trabalhar o conjunto dos precedentes, não se crê na possibilidade em diferenciá-los de tal forma (vinculantes e persuasivo), pois, segundo as premissas adotadas anteriormente, estar-se-ia diante de objetos totalmente distintos, o que não ocorre, uma vez que, como será posteriormente explanado, os precedentes são compostos pelos mesmos elementos, sendo seu ponto de diferenciação a vinculatividade ou não. Além disso, mesmo aqueles precedentes vinculantes podem ser persuasivos, conforme narrado pelo autor em trecho supra mencionado.

Dessa forma, o sistema dos precedentes, através da classificação ora adotada (vinculantes e não-vinculantes) seria escrito através dos seguintes conjuntos:



**P** → Conjuntos dos Precedentes

**V** → Subconjunto dos Precedentes Vinculantes

**~V** → Subconjunto dos Precedentes Não-Vinculantes

**Pe** → Subconjunto dos Persuasivos

É necessário entender que todo precedente é persuasivo, pois essa questão está mais ligada as questões subjetivas do que elementos objetivos, os quais são necessários para identificar a semelhança entre os sujeitos integrantes do conjunto de precedentes. Assim, por se tratar de subjetividade, a persuasão de um precedente dependerá mais do sujeito que o analisa do que propriamente de um elemento existente no precedente.

Disso decorre uma imprecisão na classificação em vinculante e persuasivos, uma vez que, ao se classificar, não se pode esperar a subjetividade de cada indivíduo que analisa a unidade integrante do conjunto, pois para uns uma mesma unidade poderá ser persuasiva e para outro a mesma unidade poderá não ser persuasiva. Dessa forma, conforme o preceito assumido quando trabalhado o Direito positivo como sistema, algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo, é logicamente impossível.

Assim, há que concordar com ZANETI JUNIOR (2015, p. 343) quando não reconhece os precedentes puramente persuasivos como “precedente propriamente dito” (na terminologia adotado pelo autor), interessando, portanto, apenas aqueles com carácter vinculativo:

Devemos agora definir, mesmo que mediante uma classificação não exaustiva, o que são “precedentes com eficácia normativa” e “precedentes com eficácia normativa formalmente vinculantes”, diferenciando-os, ainda, da “jurisprudência persuasiva”, empírica, *de facto*, baseada em razões ou conteúdo de decisões e, portanto, sem eficácia normativa, que nós entendemos não ser qualificável como precedente propriamente dito, pois não possui vinculatividade.

Em vista disso, assumisse, no presente trabalho, que a classificação dos precedentes deverá ser precedentes vinculantes e não-vinculantes.

Além do mais, pela posição dogmática adotada para análise do objeto do presente trabalho, é necessário entender que o critério persuasivo, por mais que imponha em efeitos jurídicos, está adstrito mais a Psicologia do Direito e Sociologia do Direito, os quais possuem métodos científicos distintos. Deve-se ressaltar ainda, conforme já foi sustentado, a vinculatividade dos precedentes – adstritos aos seus elementos internos – é decorrência da existência de uma norma jurídica que o determina, norma jurídica está que é o objeto de estudo do cientista do Direito. Assim também em razão disso, e por uma coerência no estudo, não se pode coadunar com a classificação persuasiva e vinculante.

## 6.6. Conceitos gerais aos precedentes vinculantes no *common law*: *stare decisis*, *distinguishing* e *overruling*

Quando se trabalha os precedentes dentro do sistema *common law*, em especial o americano e inglês, surge ao menos três termos comuns, os quais, em ideia, são reconhecidos também no sistema *civil law* quando da adoção dos precedentes vinculantes. Os termos são: *stare decisis*; *distinguishing* e *overruling*.

Ao presente trabalho importa os dois últimos, pois neles é que se avalia formas de distinguir ou superar os precedentes. Contudo, não se pode deixar de falar do primeiro (*stare decisis*) em razão de que é nele que se observa a ideia do precedente influenciar nos julgamentos futuros dada no *common law*. De forma singular, portanto, *stare decisis* é o conceito de que decisões pretéritas tendem a influenciar as decisões futuras desde que conste os mesmos fundamentos e fatos arrolados naquelas. Conforme narra ZANETI JUNIOR (2015, p. 330-331):

*Stare decisis* é uma expressão latina que significa, literalmente, “concordar com ou aderir a casos já definidos”, os casos-precedentes. Quando do tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos de fatos considerados relevantes do ponto de vista jurídico, tal regra deverá ser seguida e aplicada em todos os casos futuros em que se identifiquem fatos ou circunstâncias similares. O *stare decisis* será diversos, conforme se esteja tratando do *common law* inglês ou do *common law* americano.

Ao contrário da análise realizada pelo mencionado Autor, no presente trabalho não importa a distinção entre o modelo de *common law* americano e o inglês, mas somente entender do que se trata o *stare decisis*.

É necessário entender também que o *stare decisis* não é o conceito que impõe a vinculatividade absoluta das decisões aos precedentes, pois, conforme MARINONI (2012, p. 179) afirma, ao citar Simpson:

[...] qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente seria



insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda. Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ela funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*

LADEIRA e BAHIA (2014, p. 287) dizem o mesmo sobre o *stare decisis* não se tratar de vinculatividade:

E ainda, é de suma importância que, analisadas as circunstâncias do caso concreto, seja verificada a possibilidade de aplicação do precedente sem que ocorram graves distorções, situação em que o precedente deverá ser afastado. É que, tendo em vista que a doutrina do *stare decisis* não exige uma vinculação absoluta com as decisões anteriores, mas, ao contrário, exige o respeito com o passado, é possível a revogação/superação (*overruling*) ou a distinção entre os casos (*distinguishing*) de um precedente.

Em regra o *stare decisis* é atribuído, no *common law*, segundo um critério de racionalidade, portanto, não se tratava, naquele momento, de vinculatividade – uma vez que tal conceito é decorrente da evolução do próprio Direito –, mas o uso da razão impunha uma difícil marca a ser quebrada quando se colocava o caso a ser julgado com o precedente. Dessa forma, tem-se a ideia de que um mesmo fato e com mesmos argumentos questionados serão racionalmente julgados da mesma forma como antes, daí, portanto, o julgador seguir o precedente. Noutra ponta, há quem entenda que o *stare decisis* é vertido em um equilíbrio da justiça, uma vez que o juiz não poderia julgar de acordo com a sua opinião ou contrariando outros julgamentos de casos semelhantes<sup>26</sup>.

Conforme já anotado, o *stare decisis* é um conceito recente ao sistema do *common law*, principalmente o inglês. Sua construção, portanto, se deu por questões racionais quando na aplicação da analogia entre o caso passado e o

---

<sup>26</sup>Com o *stare decisis* a apreciação de um determinado caso passou a ser obrigatório em um tribunal no julgamento de um caso análogo posterior. A regra do *stare decisis* estipula que, “uma vez que um Tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subsequentes que apresentem fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior”. É uma regra estabelecida no sentido de agir de acordo com precedentes anteriores quando os mesmos pontos aparecem de novo em um litígio, de modo a manter a escala de justiça equilibrada e constante, não sujeita a qualquer nova mudança de opinião do juiz. LADEIRA e BAHIA (2014, p.283).

contemporâneo pendente de julgamento. Nisso, é salutar citar CROSS e HARRIS (1991, p. 26)

The rule of *stare decisis* cause the judge to reason by analogy because the principle that like cases must be decided alike involves the analogical extension of the decision in an earlier case. Allowance must also be made for the converse principle that dissimilar cases should be decided differently. It is only necessary to open a contemporary English law report in order to find a judge of our own day stating that there is not a material distinction between a previous case and the case before him. It is this approach to legal problems by proceeding from case to case which marks one of the main differences between the judicial process in common-law countries (including the United States) and the judicial process on the Continent.<sup>27</sup> [...]

Assim, historicamente, no *common law*, a vinculatividade já existia de forma implícita, uma vez que o *stare decisis* só foi concebido no último século de atividade jurisdicional. Isso se dava, pois, conforme anota os autores citados, um método racional por meio da analogia impedia, em regra, a distinção entre casos semelhantes e, conseqüentemente, aplicação de decisões diferentes. Além disso, deve-se lembrar que, no *common law*, há o entendimento de que os juízes, tacitamente, reconhecem que a legitimidade do julgamento anterior e entendem que dificilmente poderiam julgar diferente ou melhor que o antecessor, mesmo quando se trata de juízes de mesma hierarquia jurisdicional.

Noutra via, também a capacidade de identificar a ideia de tal instituto transmutada para o *civil law*. Dessa forma, extrai-se da própria concepção do *stare decisis* a racionalização dos precedentes, a qual é possível no modelo *civil law*, uma vez que critérios racionais na decisão são altamente recomendados. Contudo, para se adotar uma ideia de vinculatividade, que

---

<sup>27</sup>A regra de *stare decisis* faz com que o juiz argumente por analogia pois o princípio que casos semelhantes devem ser julgados de forma semelhante envolve a extensão analógica da decisão em um caso anterior. Também deve ser feita concessão para o princípio inverso, de que casos não similares devem ser decididos de forma diferente. Somente é necessário abrir um *law report* inglês contemporâneo a fim de encontrar um juiz dos nossos dias afirmando que não há distinção material entre um caso prévio e o caso diante dele. É esta abordagem para problemas legais procedendo de caso a caso que marca uma das principais diferenças entre o processo judicial de países com common-law (incluindo os Estados Unidos) e o processo judicial no continente. [...] (tradução livre)

decorreu de uma evolução iniciada pelo *stare decisis*, necessita-se que o próprio sistema jurídico permita entender desta forma ou haja previsão legal expressa, a qual é a melhor via a fim de afastar qualquer imbróglio argumentativo em contrário ou que conturbe a própria ideia<sup>28</sup>. A bem da verdade, crê-se que regras claras, principalmente quando se trata na vinculatividade dos precedentes, são necessárias para a devida eficiência da atividade jurisdicional.

Contudo, o fato de se reconhecer o *stare decisis* não impõe uma racionalidade rígida (ou uma vinculatividade absoluta), ou seja, que incapacita o julgador de analisar o caso e perceber se aplica ou não o precedente naquele caso. E ainda, mesmo em caso de aplicação do precedente, por haver conformidade entre os fatos controversos e os fundamentos levantados pelas partes, deixa de ser aplicar o precedente em razão da superação dos fundamentos por novas tecnologias ou novos argumentos. Ao primeiro exemplo, distinção entre o caso e o precedente que se quer aplicar, deu-se o nome de *distinguishing*. Ao segundo caso, nomeou-se de *overruling*. Sobre isso, ZANETI JUNIOR (2015, p. 334-335) explica:

As Cortes Supremas podem, portanto, mesmo diante de regras do *stare decisis*, superar o precedente (*overruling*) ou entender que se trata de um caso diverso, prescrevendo uma regra diferente (*distinguishing*), desde que considerem ser esta a melhor solução de direito. Tal tarefa revela-se eminentemente interpretativa e irredutivelmente confiada às Cortes. [...]

Tanto o *distinguishing*, quanto o *overruling* operam de forma substancial no que se busca tratar neste trabalho, uma vez que se quer entender a aplicação dos precedentes vinculantes. Assim, ao se observa a diferenciação entre o

---

28 O debate em torno das classificações e graus de vinculação permite-nos perceber que a força normativa dos precedentes prescinde da vinculação formal e pode ser reconhecida mesmo quando não ocorra a expressa menção na legislação de um determinado ordenamento jurídico. Contudo, defendemos aqui a utilidade da previsão constitucional e legal como formalização da força normativa dos precedentes. O reconhecimento formal pela lei da força normativa dos precedentes é uma passo decisivo no processo civilizatório jurídico, auxiliando nos processos culturais que poderiam levar muito tempo e apresentar, no seu desenvolvimento, menos garantias para os direitos fundamentais. ZANETI JUNIOR (2015, p. 345)

precedente e o caso contemporâneo ou a superação do precedente tem que trabalhar o limite de aplicação do precedente.

Ao que se entende dos dois institutos, será de maior relevância para determinar o *distinguishing* quando os fatos, ligados diretamente a questão jurídica debatida, entre o caso contemporâneo e o precedente não forem similares, enquanto no caso do *overruling* a distinção se dará numa mudança dos próprios fundamentos. MITIDIERO (2012, p. 66-67) ao trabalhar os precedentes afirma:

Em primeiro lugar é preciso saber quando um precedente é aplicável para solução de uma questão e quando não o é. Se a questão que deve ser resolvida já com um precedente – se é a mesma questão ou se é *semelhante*, o precedente aplica-se ao caso. O raciocínio é eminentemente *analógico*. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem *particularidades fáctico-jurídicas não presentes* – e por isso não *consideradas* – no precedente, então é caso de *distinguir* o caso do precedente, recusando-lhe aplicação. É o caso de realizar uma distinção (*distinguishing*)

[...]

Em segundo lugar, tendo em conta a necessidade de *desenvolver o direito* a fim de mantê-lo sempre fiel à necessidade de sua *dupla coerência*, um sistema de precedentes precisa prever técnicas para sua *superação* – seja total (*overruling*), seja parcial. Nessa última hipótese, a superação pode se dar mediante *transformação* (*transformation*) ou *reescrita* (*overriding*). Para proteção da *confiança* depositada no precedente e da *igualdade* de todos perante a ordem jurídica, a superação do precedente normalmente é sinalizada (*signaling*) pela Corte e, em outras, a eficácia da superação do precedente só se realiza para o futuro (*prospective overruling*).

Não se pode perder de vista que tanto o *distinguishing* quanto o *overruling* são voltados a aplicação do precedente ao caso contemporâneo, sendo divisores para sua (do precedente) utilização ou não. A própria ideia dos dois conceitos é levada de que, dentro do *common law*, o magistrado está adstrito a análise do precedente, sendo-lhe possível dizer ser caso de aplicação ou não. Em outras palavras, o próprio sistema de precedentes submete a fundamentação analítica dos mesmos, mas não numa leitura singular e robotizada. Assim, o fato do precedente ter sido emitido, por exemplo, pela Suprema Corte norte americana não impede o magistrado de 1ª Instância de afastar sua aplicação, desde que

demonstre de forma fundamentada a ocorrência do *distinguishing* ou *overruling*.

Por certo, o *overruling* é instrumento destinado, em regra, ao próprio magistrado – ou magistrado de mesmo nível – ou ao próprio tribunal que emitiu a decisão no caso preterido, pois a sua própria ideia decorre da análise dos julgamentos (feita por quem já emitiu precedente) em face da superação dos motivos determinantes dados anteriormente.

Contudo, não se pode olvidar que o *overruling* em casos excepcionais pode ser trabalhado por outros magistrados que não aquele que emitiu o precedente. Isso se dá, pois, principalmente nos casos em que o precedente se deu pela alta corte, na impossibilidade de se aplicar o *overruling* em sede de 1ª Instância, a matéria discutida no precedente dificilmente chegará ao seu originário emissor (Suprema Corte). Este problema fica evidente, pois, em razão da acessibilidade ao Judiciário – principalmente por se entender um direito do cidadão – e do aumento da demanda em razão disso, há uma onda de restringir as matérias que podem ser tratadas nas cortes superiores, seja no trato originário, seja por questões recursais. Assim negar a aplicabilidade do *overruling* ao juiz de base, no atual movimento de restrição das cortes, é o mesmo que não aplicar a técnica de superação do precedente.

Por óbvio, não se deve realizar o *overruling* de maneira equivocada ou que falta fundamento, mas não se pode negar a possibilidade de realizar a superação do fundamento, sendo, portanto, função dos hierarquicamente superiores analisar o mérito dado na decisão que supera o precedente.

Em regra, tanto o *distinguishing* quanto o *overruling* serão trabalhados segundo suas fundamentações, sendo que estas serão os motivos para determinar a vinculatividade do precedente.

## 6.7. Os precedentes no Direito positivo brasileiro

Pela tradição jurídica adotado no Brasil em que vigorou o modelo *civil law*, os precedentes eram de natureza não-vinculativa, sendo adotado na maioria das vezes somente como instrumento persuasivo – quase que sempre como argumento de autoridade.

Entretanto, com a Constituição de 1988 na qual ficou positivado o acesso à justiça como um direito do cidadão brasileiro, houve um aumento demasiado do número de processos abertos em que se buscavam todo dia de decisões. Em face disso, o Poder Judiciário ficou em uma posição de que seria necessário aumentar a sua eficiência ao responder os jurisdicionados em suas demandas.

Assim, algumas medidas foram tomadas no sentido de dar força necessária aos precedentes, sendo a súmula vinculante, positivada no artigo 103-A da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional 45, a principal representante dessa mudança assumida no Brasil.

Entretanto, parte da doutrina não aceita a súmula vinculante como precedente, uma vez que a mesma é vertida de um enunciado retirado dos casos-pilotos. Além disso, os precedentes, em regra, são originários de decisões com forma de normas individuais e concretas que tem a capacidade de ser utilizada em casos semelhantes. Por sua vez, as súmulas vinculantes têm natureza de norma geral e abstrata, como as leis, por exemplo. Assim, para se entender a súmula vinculante (ou não) como precedente é necessário se ater a seus elementos fáticos e de direito discutidos nos casos-pilotos. Nessa linha, é o ensinamento de LADEIRA e BAHIA (2014, p. 278):

Tomando especificamente as súmulas vinculantes como objeto do presente estudo, é de se ver que, de modo geral, sua referência se dá de forma desconectada com as questões, debates e teses que lhe deram origem. Assim, ao invocá-las, manifesta-se sua autonomia frente a discussão subjacentes – diferentemente do que ocorre com os precedentes dos países do *stare decisis*. A súmula se caracteriza pelo seu enunciado genérico e se abstrai dos fundamentos dos julgados que a originaram. Bem ao contrário, a vinculação expressa

no respeito ao precedente no mundo do *common law* se interessa por toda fundamentação envolta da decisão, consagrada pelo dinâmico contraditório exercido pelas partes. Isso se dá porque, entre nós, toma-se a súmula como se fosse uma norma, isto é, geral e abstrata, como lembramos acima. Ora, leis, uma vez aprovadas, se desvinculam dos contextos que lhes deram origem – desde Kelsen sabemos que não há “mens legislatoris” ou “mens legis”. Súmula, ao contrário, são produto de casos, de decisão de casos, após profundo debate e ponderação, de forma que estão umbilicalmente ligadas aos casos que lhes deram origem. Pretender aplicar uma súmula, mesmo que vinculante, sem se proceder a uma comparação entre o caso *sub judice* e os que deram origem à súmula, não faz sentido.

Por certo, no caso das súmulas vinculantes, os precedentes serão, portanto, os casos-pilotos. Tais casos devem conter a mesma razão de decidir (*ratio decidendi*) e fato jurídico controverso, sendo, portanto, uniformes, sob pena de não configurar a similaridade necessária para compor a súmula vinculante. Afinal, como conceber um enunciado construído de precedentes, assumindo-o como a representação desses precedentes, sem que haja elementos (internos) comuns entre os mesmos? Sem esses elementos não há semelhança entre os precedentes – aqui se deve voltar novamente a ideia de conjunto assumindo a necessidade de referência entre as unidades integrantes do mesmo –, sem essa semelhança não haverá como construir um enunciado.

A escolha dos casos-pilotos para compor a súmula vinculante é indicado por parte da doutrina como um problema, pois pode ocorrer de que entre os escolhidos haja um (ou mais) que não tenha a semelhança – acima anotada – necessária, o que, por certo, desconfigura o conjunto e impossibilita a confecção – em regra – do enunciado da súmula vinculante. Nessa linha de raciocínio, é o ensinamento de JEVEAUX (2012, p. 16-18)<sup>29</sup> ao tratar sobre as

---

29A “controvérsia judicial relevante” das ADCs e ADPFs e a “controvérsia atual” das SVs têm o mesmo sentido básico: a seleção dos casos de cabimento desses institutos, tendente a evitar a sua banalização. De outro lado, a controvérsia interpretativa anterior em torno da mesma matéria constitucional significa a presença de um interesse de agir específico: a solução de um impasse interpretativo importante, gerado por decisões conflitantes de tribunais inferiores que de outro modo continuaria a existir. Logo, se a maior parte das decisões adota o mesmo significado normativo e apenas uma minoria distoa desse significado ou se a controvérsia puder ser solucionada por expedientes internos (p. ex, mediante o julgamento de embargos infringentes), não haverá controvérsia das conclusões supra relevante e tampouco atual. Como desdobramento das conclusões supra, surgem outros dois problemas a resolver: 1) a divergência diz respeito ao resultado dos julgamentos contraditórios (parte dispositiva) ou aos fundamentos usados (fundamentação ou razões de decidir)? 2) o expediente dos embargos de divergência em julgamentos de recursos extraordinários (arts. 496, VIII, e 546, II, do CPC e art.

súmulas vinculantes e as controvérsias judicial relevante, concluindo que divergências nos julgamentos do próprio STF não podem influir na confecção das súmulas vinculantes, sendo aceitas as divergências dos tribunais inferiores, uma vez que sem estas não haveria divergência para serem resolvidas pelo STF através das súmulas vinculantes.

Deve-se dizer que as súmulas vinculantes possuem outros problemas apontados nas doutrinas especializadas, entretanto, o presente trabalho busca estudar os precedentes, sendo assim, resume o estudo das súmulas vinculantes aos casos-pilotos, os quais são reconhecidos como precedentes, contudo sem a força vinculante, a qual é dada somente as súmulas vinculantes.

Em ato contínuo, no Novo Código de Processo Civil é que há uma mudança determinante, ao menos por hora, no trato dos precedentes e sua vinculatividade. Através da Lei n.º 13.105/2015, houve a introdução de um novo paradigma sobre os precedentes no Brasil, uma vez que uma leitura dos artigos 489, §1º, 926 e 927<sup>30</sup> do referido diploma legal é possível verificar que o precedente toma contornos de vinculante. Novamente, fica evidente que não

330 RISTF) não seria suficiente para resolver o impasse?

A primeira indagação deve ser respondida de acordo com cada instituto envolvido. No caso das SVs, se o resultado for sempre ou na maioria o mesmo, embora com fundamentações distintas, não haverá divergência atual que determine a edição sumular, a menos que a divergência ocorra entre os tribunais inferiores e o próprio STF, hipótese em que a repetição de julgamentos de provimento de recursos extraordinários justificará a adoção de súmula. No caso das ADCs, se o resultado for sempre ou na maioria no sentido da constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado, embora com fundamentações distintas, também não ocorrerá divergência judicial relevante. Já no caso das ADPFs, ainda que o resultado seja sempre ou na maioria o mesmo, as fundamentações distintas não são excludentes de seu uso, uma vez que seu propósito é precisamente o de solucionar a divergência de interpretação de um preceito constitucional fundamental, e não a divergência de resultados de julgamentos. Explica-se: na hipótese em exame, a identidade de resultados não garante uniformidade interpretativa do mesmo preceito fundamental, o que manteria intranquilidade normativa que o instituto visa resolver.

Quanto à segunda indagação, a divergência teria de ocorrer dentro do próprio STF, sendo forçoso reconhecer, nesse caso, que embora ele seja um órgão judicial, a hipótese não cumpre com o requisito da divergência entre órgãos judiciais, pois o STF não pode divergir dele mesmo para fins de adoção de SVs.

**30Art. 489.** São elementos essenciais da sentença:

- I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.



faz jus a distinção entre modelos do *common law* e *civil law* para determinar ser vinculante ou não o precedente.

Ainda, nos citados artigos do Novo Código de Processo Civil, é possível observar os artifícios do *distinguishing*, quando é permitido ao juiz não aplicar os precedentes desde que devidamente fundamentado, bem como do *overruling* (§ 4º do artigo 927), sendo, então, a introdução do sistema de precedentes no Direito positivo brasileiro.

---

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1o Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

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

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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 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;

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

§ 1o Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2o A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4o A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5o Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

### 6.7.1. Os precedentes e Novo Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil, recentemente sancionado, distingue-se substancialmente em relação ao atual Código de Processo Civil principalmente no trato da fundamentação das decisões interlocutórias e sentenças, em especial estas últimas, conforme pode-se ver através do artigo 489.

Vê-se de forma clara que o Novo Código de Processo Civil preza pela devida fundamentação na confecção das decisões, a fim de afastar ocorrência de decisões sem qualquer nexos com a causa pendente ou que, sob uma visão da sociologia do Direito, não traz o conforto esperado pelo cidadão do dever jurisdicional. Via de regra, a devida fundamentação viabiliza o contraditório das partes, seja Autor ou Réu, pois somente com a construção de uma *ratio decidendi* coesa que será possível à parte exercer seu direito constitucional do contraditório, bem como os seus direitos recursais.

Sobre isso, MITIDIERO (2012, p. 62) afirma:

O problema da extensão do dever de motivação das decisões judiciais tem de ser resolvido à luz do conceito de contraditório. É por essa razão que o nexos entre os conceitos é radical. E a razão é simples: a motivação das decisões judiciais constitui o último momento de manifestação do direito ao contraditório

Ao tempo em que se entendia o contraditório como algo tão somente atinente às partes e, portanto, em sentido fraco, afirmava-se que o dever de motivação das decisões judiciais não poderia ter como parâmetro para aferição de correção a atividade desenvolvida pelas partes em juízo. Bastava ao órgão jurisdicional, para ter considerada como motivada sua decisão, demonstrar quais as razões que fundavam o dispositivo. Bastava a não contradição entre as proposições constantes da sentença. Partia-se de um critério intrínseco para aferição da completude do dever de motivação.

[...]

**Não é por outra razão, a propósito, que já decidiu igualmente o STF que o direito ao contraditório implica dever de o órgão jurisdicional contemplar os fundamentos levantados pelas partes em juízo e considerá-los séria e detidamente. Vale dizer: partindo-se de uma acepção forte de contraditório, o parâmetro para aferição da correção da motivação da decisão judicial deixa de ser tão somente intrínseco (a inexistência de contradição lógica do julgado e a correta exposição do convencimento judicial) e passa a assumir também feição extrínseca (a**

**fundamentação dos arrazoados das partes). Não há que se falar em decisão motivada se esta não enfrenta expressamente os fundamentos arguidos pelas partes em suas manifestações processuais. (grifo nosso)**

Não a toa, o Novo Código de Processo Civil prestigia o contraditório como direito fundamental dos litigantes, exatamente pela sua importância na construção das decisões judiciais corroborando com a devida prestação do serviço jurisdicional.

Portanto deverão, os magistrados, ao julgarem observar aquilo que o Novo Código de Processo Civil considera fundamentação sob pena de se considerar nula a decisão. Na verdade, o NCPC traz a necessidade de fundamentação em todo o seu corpo, não restringido como responsabilidade única dos juízes, mas também dos litigantes. Assim, o que era antes passível de inépcia da inicial ou reconhecimento, por exemplo, de contestação genérica, agora passa ser uma obrigação de todos os principais participantes do processo (juízes e partes).

E é a partir da leitura do §1º do artigo 489 que se chega a conclusão de que a *ratio decidendi* toma forma imperiosa nas decisões prolatadas pelos magistrados, mais do que antes, além de demonstrar a relevância dada aos precedentes no novo paradigma processual.

Na verdade, tal percepção pode parecer um ônus aos juízes, já que, por exemplo, no inciso IV, deverá enfrentar todos os argumentos levantados pelas partes. Contudo, o referido parágrafo entrega aos juízes a capacidade de afastar precedentes e súmulas dos tribunais superiores, desde que devidamente fundamentado (incisos V e VI). Assim, ficará a cargo do magistrado, através dos *ratio decidendi*, verificar a aplicabilidade ou não de precedente ou súmula dos tribunais superiores à demanda.

Conforme MARINONI (2009, p. 195-196) <sup>31</sup> demonstra, a cultura jurídica brasileira não concebe o respeito aos precedentes dos tribunais superiores, isto em razão da falta uma regra clara impositiva, a qual passa ser suprida no Novo Código de Processo Civil. Entretanto, deve ponderar a fala de TUSHNET<sup>32</sup>, já comentada, na qual afirma que o sistema de precedentes americano pauta-se em duas considerações: eficiência e humildade. Interessante notar que sobre essas duas considerações, narradas pelo autor americano, observa-se uma crise de eficiência do Poder Judiciário – sendo um dos motivos que ensejaram tomada de maior força aos precedentes –, sendo que, por sua vez, a questão da humildade é basicamente o problema narrado por MARINONI ao dizer que os tribunais inferiores não respeitam os julgados do Superior Tribunal de Justiça.<sup>33</sup>

---

31 Um precedente apenas tem efeito persuasivo quando gera constrangimento ou algum tipo de dever ao órgão jurisdicional. Não obstante, a prática demonstra que os tribunais federais e estaduais não apenas se sentem autorizados a desconsiderar os precedentes do STJ como, ainda, não justificam as razões pelas quais deixam de aplicá-los. Muitas decisões do juiz de 1.º grau de jurisdição e do tribunal deixam de tomar em consideração os próprios precedentes invocados pelos advogados, o que, além de significar ausência de respeito ao tribunal a quem a Constituição atribuiu o dever de definir a interpretação da lei federal, representa, no mínimo, violação do dever constitucional de fundamentação. A circunstância de os juízes e tribunais não demonstrarem as razões para a não aplicação dos precedentes do STJ elimina a possibilidade de se ver neles qualquer efeito.

O art. 105, III, da CF/1988 (LGL\1988\3), é claro no sentido de que compete ao STJ rever as decisões que contrariarem tratado ou lei federal ou negarem-lhes vigência, julgarem válido ato de governo local contestado em face de lei federal e, ainda, derem à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. A suposição de que os juízes e tribunais podem decidir sem considerar os precedentes do STJ não se coaduna com tal norma constitucional. Se ao STJ cabe uniformizar a interpretação da lei federal e, se for o caso, cassar a interpretação destoante, as suas decisões devem, no mínimo, ser consideradas pelos tribunais regionais e estaduais. Isto quer dizer que, hoje, as decisões dos tribunais regionais e estaduais que não consideram os precedentes do STJ, carecem de fundamentação.

Raciocínio contrário faria surgir um sistema que, ao admitir – sem qualquer justificativa – decisões diferentes para depois impor a sua cassação, não apenas volta-se contra si mesmo – impedindo a eliminação dos conflitos de modo rápido e sem muito custo –, como também viola o direito fundamental à duração razoável do processo.

Na verdade, poder-se-ia ir além, uma vez que é tranquilamente possível, em termos lógicos e jurídicos, sustentar que as decisões do STJ devem ter efeito vinculante sobre os juízes e tribunais inferiores. Neste momento, isto não é possível em termos concretos e práticos em razão de a importância das decisões não ser assimilada pela cultura jurídica brasileira. Ora, se inexistente cultura de respeito aos precedentes, ou melhor, se as próprias Turmas do STJ não se vinculam às suas decisões, elimina-se, de forma natural, a autoridade ou a força obrigatória dos seus precedentes em relação aos tribunais inferiores.

32 Página 74.

33 A mentalidade jurídica brasileira presa por uma burocracia e “juizcentrismo” (uma mentalidade jurisdicional focada mais no próprio juiz do que no ato de decidir, em outras palavras, a função jurisdicional é pensada mais no ator da decisão do que na própria função). Conforme já dito, a teoria dos precedentes no *common law* já se tinha uma vinculatividade implícita, decorrente da razão, da eficiência e da humildade, antes mesmo de imposto *stare*

Outra conclusão que se retira dos incisos V e VI é que a simples leitura de ementa de um precedente ou de uma súmula não será suficiente para aplicar ou deixar de aplicá-las em um caso. Novamente, o Novo Código de Processo Civil retoma a importância da *ratio decidendi* ao impor que o magistrado deva se voltar também para as razões de decidir de um precedente ou súmula para aplicar ou não o precedente ou súmula ao caso. E é compreensível tal imposição, pois, a ementa nem sempre é capaz de extrair todos os argumentos levantados pelas partes. Além disso, tem-se a condição de que as razões de decidir, por se pautarem em argumentos, muitos construídos de forma lógica, se aplica em casos semelhantes.

Este último ponto se transforma também em um artifício para os advogados, os quais poderão agora pautar recursos em teses que demonstram que o precedente ou a súmula se aplica ou não ao caso. Tal possibilidade ainda permitirá uma renovação dos fundamentos dos Tribunais, uma vez que não ficarão adstritos (na verdade, estão proibidos) a simples leitura da ementa de precedente ou súmula de um Tribunal Superior. Novos argumentos, pautados em teses novas, fatos novos, concepções sociais e econômicas novas e tecnologia nova chegarão tanto aos juízes de 1ª Instância quanto aos Ministros do Supremo Tribunal Federal mais facilmente.

Por um lado, pode parecer um retrocesso a prática de uniformização dos julgados – prática essa que será melhor trabalhada pelo Novo Código de Processo Civil que, por exemplo, permitirá que os Tribunais de 2ª Instância possam uniformizar seus julgados – ou que permitirá decisões contraditórias. Contudo, não é o que se observa. Primeiro, pois, será possível às partes utilizarem os próprios precedentes do magistrado para levantar seus

---

*decisis*, o qual só veio ocorrer no século passado. Pode-se dizer portanto que por mais que faltasse, no passado, uma regra clara de respeito ao precedente no Brasil, tal necessidade nunca se fez realmente fundamental, pois a compreensão da própria função jurisdicional eficiente, além da compreensão de que o Direito é um sistema coerente e unitário, já eram suficientes para que os juízes seguissem os precedentes prolatados pelos juízes de grau hierárquico superior, bem como as suas próprias decisões, sendo-lhes possível utilizar do método do *distinguishing*.

argumentos, o que irá lhe impor manter a coerência entre casos semelhantes ou demonstrar a inaplicabilidade do precedente ao caso. Segundo, permitirá uma uniformização da *ratio decidendi* e não mais do simples dispositivo do julgado, assim, um precedente que não pareça semelhante ao caso em julgamento, mas que possua uma razão de decidir que se aplica ao caso poderá (e deverá) ser utilizado, mantendo, portanto, uma coerência nos julgamentos, contudo, não mais com base na parte dispositiva da decisão, mas com as teses e fundamentos amplamente aceitas no meio jurídico.

Propriamente, o serviço jurisdicional, pensado aqui de maneira ampla e não somente em um caso, deve ser vertido dentro de uma proposta racional, o qual permite aos jurisdicionados terem uma certa previsibilidade das decisões ou em caso de uma mudança de posicionamento que a decisão seja pautada em fundamentos que podem ser aceitos ou até mesmos questionados pelos meios judiciais. Agora o que não se pode aceitar é que o dever jurisdicional seja exercido sem um critério de referência e respaldo, pois, do contrário, haveria uma linha muito tênue para a arbitrariedade pessoal e a arbitrariedade jurisdicional.

Conforme narra MITIDIERO (2012, p. 64):

A decisão judicial abre espaço, de outro lado, para promoção da *unidade do direito* a partir do trabalho desenvolvido pelos juízes e tribunais. Para que a unidade do direito seja promovida e para que o sistema jurídico se mantenha e desenvolva-se com observância da *segurança jurídica*, da *igualdade* e da *coerência*, é essencial que a doutrina organize um discurso jurídico a partir da decisão judicial capaz de assegurar correta identificação e aplicação dos precedentes judiciais.<sup>23</sup> A decisão judicial dá lugar à construção de uma *linguagem específica* visando à obtenção da unidade do direito. O seu endereço é *institucional* e direcionado à *sociedade em geral*. Tem vocação necessariamente *erga omnes*. A decisão judicial adquire é compreendida aí como um *fato institucional* – ou, como prefere a doutrina, como um “*ato-fato*”.

Assim, a partir do momento que os precedentes, através das suas razões de decidir, assumem a função de dar unidade ao direito – como já dito, os fundamentos vão além do caso concreto, servindo como guia para outros

casos, os quais possuem semelhanças fáticas e jurídicas – os jurisdicionados poderão agir conforme os posicionamentos adotados, uma vez que haverá maior previsibilidade de como os magistrados, em casos futuros, julgarão. Sobre esse ponto, é salutar a leitura do artigo 926 do Novo CPC, o qual impõe aos Tribunais a uniformização da jurisprudência, algo que caminha no sentido da função do precedente como meio para garantir a unidade do direito.

Em referência ainda ao citado artigo, é necessário trabalhar os três novos elementos introduzidos pelo legislador a constituição da jurisprudência dos tribunais, quais sejam: estabilidade, integridade e coerência.

Por certo, a estabilidade significa que aos tribunais será necessário manter, sempre que possível, a manutenção dos seus precedentes. Assim, sempre que faltar razão para realizar a distinção (*distinguishing*) ou a superação (*overruling*), os julgadores deveram manter a ordem já previamente estabelecidas em seus precedentes.<sup>34</sup>

O entendimento pela estabilidade impõe duas consequências diretas aos tribunais. Primeiro, não será defeso aos tribunais alterarem suas jurisprudências já uniformizada se não houver razões suficientes para tanto. Segundo, a estabilidade impõe aos julgadores que, caso seja necessário realizar a superação de uma jurisprudência, poderá ser feito de uma forma menos brusca, tendo em vista as implicações pragmáticas da decisão que supera o antigo posicionamento. Para tanto, os magistrados farão uso da *technique of signaling*, a qual é uma indicação de que o precedente será superado no futuro, mas que no caso concreto mantêm-se os termos passados em razão da segurança jurídica e em vista das implicações gerais que a mudança repentina possa ter. REDONDO (2014, p. 181-182) conceitua de forma clara a referida técnica:

---

<sup>34</sup>Nesse ponto é interessante notar que o diploma legal impõe os precedentes horizontais, ou seja, impõe aos próprios tribunais que sigam as decisões prolatadas anteriormente. A partir disso, então, é possível dizer que o Código de Processo Civil de 2015 consagrou os precedentes horizontais, quando tratados nos tribunais que os emitem, além dos precedentes verticais, na relação hierárquica entre os magistrados.

[...]a chamada *technique of signaling (caveat)*, que consiste em um meio-termo entre *distinguishing* e *overruling*. Por meio dessa técnica, o tribunal não revoga o precedente, nem realiza uma adequada distinção. A corte identifica que o conteúdo do precedente está equivocada, ou que deve deixar de substituir, porém, em nome da segurança jurídica, deixa de revogá-lo naquele momento, vindo apenas apontar para a sua perda de consistência, sinalizando para a sua provável e futura revogação. Trata-se, na verdade, de uma superação do precedente como eficácia *pro futuro*, a cujo julgamento deve ser conferida ampla publicidade (“julgamento-alerta”), a fim de preservar a confiança e permitir uma transição entre o entendimento atual (presente) e futuro (novo).

De pronto, é possível verificar, até pela exposição do referido autor, que não será qualquer precedente – a ser superado – que será submetido à referida técnica, mas somente naqueles casos em que o impacto decorrente da própria decisão dependa de ampla divulgação, sendo, portanto, de interesse, ao menos, de um relevante grupo de indivíduos.

Ressalta-se, por toda via, que o Novo Código de Processo Civil reconhece o artifício da *technique of signaling*, conforme se pode verificar no parágrafo segundo, terceiro e quarto do artigo 927, no qual fica determinada a cautela imposta na enunciação de precedentes de grande impacto social.

Nesse ponto, é necessário realizar uma distinção entre previsibilidade e estabilidade, uma vez que ambos elementos são observáveis nos precedentes e podem parecer sinônimos. Assim, deve-se entender que a previsibilidade é dada a partir do precedente em relação ao jurisdicionado, ou seja, o cidadão consegue reconhecer, uma conduta previsível caso tenha que recorrer aos Poder Judiciário, tendo em vista as decisões dadas pelo mesmo em casos semelhantes anteriormente julgados. Por sua vez, a estabilização faz uma ligação entre o precedente e o próprio órgão julgador, o qual fica submetido a observância dos casos anteriormente julgados. Não há como negar, por sua vez, que ambos conceitos estão interligados, mas, ao mesmo tempo, não podem ser considerados sinônimos, pois suas funções e os sujeitos que são destinados são diferentes.



Deve-se lembrar que os precedentes só tomam essa condição quando na eminência da decisão contemporânea, ou seja, enquanto não houver causa pendente de julgamento, as decisões passadas podem até ser consideradas precedentes – seja pelos jurisdicionados ou pelos estudiosos do Direito –, o que lhe importa a previsibilidade. Mas é somente na análise interna de uma nova decisão é que a anterior toma as vias de precedente e aqui importa entender a sua estabilização.

Continuamente, o artigo 926 reconheceu a condição à jurisprudência de ser manter íntegra. Nesse ponto, o legislador impôs aos tribunais de afastar erros, seus ou dos subordinados, a fim de evitar que os precedentes sejam mecanismos de propagação no tempo de injustiças, principalmente aquelas contrárias aos próprios princípios postos do ordenamento. Sobre isso, FREIRE (2014, p. 208-209) analisa a integridade imposta à jurisprudência como uma determinação dinâmica, a qual os tribunais devem sempre observar na uniformização de suas jurisprudências:

A integridade é mais dinâmica. Um tribunal que atentar a ela condenará os erros cometidos em decisões anteriores. A integridade diz respeito apenas a princípios e não a políticas. Como a integridade exige que se considere, até onde for possível, o nosso sistema jurídico como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, então um juiz que honra a integridade em sua atividade judicante, às vezes, irá afastar-se da estrita linha de suas decisões anteriores em busca da melhor interpretação dos princípios mais fundamentais que conformam nosso sistema. A ideia de que um tribunal deve seguir suas próprias decisões anteriores, mesmo quando as considera equivocadas, em nome da coerência é absurda. A virtude da integridade, portanto, é mais transigente com o passado e mais inflexível com os princípios. Eis a diferença que faz a diferença.

Por sua vez, a coerência é uma determinação mais objetiva aos tribunais e decorre, conforme já analisado anteriormente, pela compreensão de que o Direito é um sistema, os quais é composto de unidades (normas), sendo que tais unidades, por questão de lógicas, devem guardar coerência entre si a fim de evitar incompatibilidades sistêmicas e levar a desconfiguração da própria ideia de sistema.

Assim, a integridade age sobre adequação das decisões sobre os fatos que estão sendo analisados. Na outra ponta, a coerência age impondo uma relação entre as próprias decisões, sendo que tanto um quanto outro, juntamente com a estabilização e a previsibilidade, buscam criar um parâmetro racional para a uniformização dos precedentes, vertidos na jurisprudência.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup>Em 1965, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi instada a responder se a Constituição Federal previa um direito à privacidade contra a intrusão do Estado. No caso, questionava-se uma lei do Estado de Connecticut, que proibia o uso de contraceptivos. Ocorre que a Constituição Federal norte-americana não prevê expressamente um direito à privacidade. A Corte, no entanto, reconheceu que esse direito está implícito quando se avalia a Declaração de Direitos. Com isso, ela declarou inconstitucional a referida lei.

Em 1973, a Corte precisou responder se esse direito à privacidade tinha sido violado por uma lei do Estado do Texas que criminalizava o aborto, exceto quando sua prática fosse para proteger a vida da gestante. Era igualmente posta em dúvida a constitucionalidade de leis que autorizavam, desde que atendidas certas condições, a prática abortiva, como uma lei do Estado da Geórgia, que a permitia quando aprovada por uma junta médica do hospital em que seria realizada. A decisão da Corte, redigida pelo juiz Harry Blackmun, estabeleceu que os Estados-membros têm o legítimo interesse de proteger a vida do feto, o que, entretanto, não lhes outorgava o poder de proibir o aborto em qualquer fase da gravidez, pois o direito à privacidade deveria ser garantido.

Na década seguinte, a Corte estava diante de um desafio maior. Ela precisou responder à questão sobre se uma lei do Estado da Geórgia que criminalizava a sodomia e a definia como “qualquer ato sexual envolvendo os órgãos sexuais de uma pessoa e a boca ou o ânus de outra de mesmo sexo”, violava o direito à privacidade antes reconhecido. A corte entendeu, todavia, que decisões anteriormente tomadas sobre o direito à privacidade, não poderiam ser consideradas precedentes para o caso, pois, como o juiz Byron White afirmou na decisão redigida em nome de uma pequena maioria, estavam elas limitadas a questões que envolviam “família, casamento ou procriação”, coisas que “não tinham conexões” com a prática homossexual.

Após 17 anos, a Corte se viu novamente diante da mesma questão. Em 11.09.1998, John Geddes Lawrence, 60 anos, e Tyron Garner, 30 anos, foram encontrados praticando sodomia, quando o xerife Joseph Quin entrou no apartamento daquele, localizado no subúrbio de Houston, capital do Texas, após receber do vizinho de Lawrence, Roger David Nance, falsa denúncia de que teria ocorrido troca de tiros no local. Lawrence e Garner foram presos em flagrante por violarem a lei antisodomia do Estado do Texas, e libertados após pagarem fiança de 200 dólares. Na Suprema Corte, a maioria, formada por seis juízes, rejeitou a fundamentação do caso *Bowers vs. Hardwick*, de 1986, pela qual a condenação das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo era uma velha e difundida “tradição” norte-americana. Na decisão, redigida pelo juiz Anthony Kennedy, citou-se a descriminalização da sodomia em outros países, como Inglaterra, para demonstrar que a visão ocidental sobre o homossexualismo havia mudado. Kennedy afirmou também que os casos mais recentes sobre o direito à privacidade, de 1992 e de 1996, enfraqueceram os argumentos do caso *Bowers*, de modo que era possível concluir que esta tinha sido uma decisão errada e que, por essa razão, deveria ser corrigida.

Essa breve sequência de casos traduz bem as noções e as diferenças entre coerência e integridade. A Corte deveria ter sido coerente em *Bowers*, mas não foi. Todavia, ela não poderia ter sido coerente em *Lawrence*, já que *Bowers* foi um erro. Em *Lawrence*, pelo contrário, a Corte prezou pela integridade, abrindo mão da coerência. Portanto, decisões como *Bowers* e votos que como os do juiz Byron White são tristes lembretes de que a coerência pode ser negativa e nefasta, inclusive, às vezes, perversa. (FREIRE, 2014, p. 209-210).

O legislador implementou ainda a técnica do *overruling* – além do *distinguishing* previsto no artigo 489, parágrafo primeiro –, conforme se pode ver no do artigo 927 do NCPC. O *overruling* consubstancia em meio para modificar precedentes que em vista de uma nova realidade necessita ser alterado a fim de coadunar com esta, impedindo, assim, que o precedente fique ultrapassado. Sobre isso, MARINONI (2010, p. 11) afirma:

Basta indagar os motivos pelos quais se pensa na possibilidade de rediscutir a declaração judicial de que a norma é constitucional ou, em outros termos, as razões pelas quais se pode insistir em que a declaração constitucional, mesmo que envernizada pela coisa julgada material, não constitui obstáculo à rediscussão de específica norma. É interessante perceber que tais motivos são exatamente os mesmos que abre oportunidade para a Suprema Corte americana realizar o *overruling* de um precedente. Assim, a alteração da realidade social e dos valores da sociedade, a evolução da tecnologia e a transformação da concepção jurídica geral acerca de determinada questão. De qualquer forma, ainda que a constatação desta identidade seja interessante, o que realmente obriga a tratar a revogação da decisão de inconstitucionalidade como hipótese de superação do precedente e não de desconsideração da coisa julgada, é a circunstância de que, no controle abstrato de constitucionalidade, a coisa julgada material proporciona estabilidade à ordem jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados e não segurança jurídica às partes. Acontece que a estabilidade da ordem jurídica e a previsibilidade não podem ser obstáculos à mutação da compreensão judicial da ordem jurídica. Lembre-se do que disse o Juiz Wheeler, em *Dwy vs. Connecticut Co.*: “A Corte que melhor serve ao Direito é aquela que reconhece que as normas jurídicas criadas numa geração distante podem, após longo tempo, mostrarem-se insuficientes a outra geração; é aquela que descarta a antiga decisão ao verificar que outra representa o que estaria de acordo com o juízo estabelecido e assente da sociedade e não concede qualquer privilégio à antiga norma por conta da confiança nela depositada. Foi assim que os grandes autores que escreveram sobre o common law descobriram a fonte e o método do seu desenvolvimento e, em seu desenvolvimento, encontraram a saúde e a vitalidade de tal Direito. Ele não é nem deve ser estacionário. A mudança desse atributo não deve ficar a cargo do Legislativo.

Dessa forma, se se por um lado o Novo Código de Processo Civil reconhece a necessidade de uniformização dos julgados, dando maior unidade ao direito, por outro lado reconhece a possibilidade de que esses mesmos julgados (precedentes) depois de passado algum tempo não mais representem as ideias originárias, sendo necessário a sua modificação ou, em outras palavras, a realização do *overruling* do precedente.

## 6.8. O problema dos precedentes: limite de aplicação.

Pelo o que se apresenta, os precedentes possuem relevância para o Direito positivo, uma vez que, conforme dito, é vertido na unidade e na certeza do Direito. Contudo, aventa-se realidade, iniciada em 2004 com a reforma do Judiciário através da Emenda Constitucional 42, em que o precedente deixa de ser não-vinculante, com caráter unicamente persuasivo, e passa a ser vinculante, principalmente após a introdução do Novo Código de Processo Civil.

Em razão disso, surge questionar: qual o limite de aplicação do precedente? Deve-se ater ao *ratio decidendi* apenas ou deve-se observar os fatos controverso da decisão? Será possível ao juiz interpretar o precedente, extraindo elementos deste para dentro da sua decisão sem que haja a devida similaridade? Tais questionamentos são relevantes, uma vez que o novo paradigma trará uma nova dinâmica ao Direito positivo brasileiro.

Essas questões são relevantes quando consideramos a necessidade de aplicar ou não precedente, principalmente quando se toma a sua condição de ser vinculante, sendo material necessário para demonstrar a diferenciação entre um precedente e o caso concreto (*distinguishing*). E não se trata de questão simples, a qual há dúvidas até em países com tradição de precedentes vinculantes como os EUA, conforme TUSHNET (2013, p.104) deixa claro ao dizer:

[...]Para realizar um aprofundamento da discussão, torna-se necessário atentar a detalhes adicionais, particularmente aos termos das leis e atos normativos autorizadores de apoio social em determinadas condições. O segredo da atividade de fazer a diferenciação de casos está em demonstrar o quanto os fatos ensejam a distinção são decisivos para a correta interpretação e aplicação dos termos dos dispositivos legais e outras disposições normativas. A questão que estou elaborando acentua que isso pode sempre ser feito, mas, com certeza, tal afirmação só pode ser sustentada pela realização de uma análise minuciosa do teor específico da regra geral, o que não é possível neste cenário. **O elemento adicional é o seguinte: afirmo aqui que os casos precedentes são sempre suscetíveis de diferenciação. Em**

**algumas vezes, no entanto, chegar a isto é extremamente difícil. Os melhores advogados serão capazes de fazê-lo, mas advogados menos capazes – e, sobretudo, até mesmo alguns juizes – não conseguirão seguir o caminho para chegar a uma conclusão de que este caso permite diferenciação em relação a outro que lhe é precedente.** O sistema de precedentes pode subsistir, possivelmente, tão só porque são muito poucos os “melhores advogados” - e é claro que esses profissionais não estão disponíveis para todos, disso resultando que o sistema do precedente pode carregar consigo preocupantes implicações no sistema de distribuições de justiça. (grifo nosso)

Os problemas apontados, que acabam direcionando a questão de diferenciação entre o precedente e o caso concreto, são relevantes a partir do momento em que a utilização dos precedentes poderá se transformar num artifício que, sem a devida cautela, poderá acarretar numa distorção entre os argumentos levantados pelas, bem como os fatos e a própria decisão. Deve-se ter em mente que o uso dos precedentes vinculantes é no intuito de dar unidade e certeza ao Direito, não ao contrário, causando maiores problemas por imprecisão na utilização.

Assim, espera-se traçar um caminho que respondam essas questões a fim uma aplicação adequada dos precedentes, sem que haja qualquer pretensão de que o presente trabalho seja exaustivo sobre o tema. Contudo, para tanto, deve-se analisar, de forma geral, o *ratio decidendi* e os fatos jurídicos relevantes que integram os precedentes, uma vez que estão são, supostamente, os pontos comum entre a decisão-precedente e a decisão que a fará uso.

## **7. O limite para aplicação dos precedentes.**

### 7.1. O problema da fundamentação no discurso jurídico.

Antes de trabalhar os conceitos de *ratio decidendi* e os fatos jurídicos relevantes, faz-se mister trabalhar a própria fundamentação dada pelo juiz. Assim, conforme já dito, é o próprio discurso do magistrado que criará a realidade, contudo, não há regra na construção desse próprio discurso, o que

implica em um problema evidente ao *ratio decidendi* e os fatos jurídicos relevantes recolhidos na decisão (discurso prescritivo), pois se não há critério na própria construção do discurso – no qual a razão de decidir e os fatos relevantes estarão subscritos –, tem-se um problema de ordem estrutural, qual seja, sempre que o Judiciário for levado a decidir, criando ou não os precedentes, a falta de critério irá impor a mesma falta de critério para determinar o que seja o *ratio decidendi* e os fatos jurídicos relevantes.

Esse problema é crucial, pois, submete aos precedentes uma flexibilidade no seu conteúdo. Em outras palavras, sem um critério coerente e geral para o discurso e observável em todos os precedentes, não será possível aplicá-lo. Isso importa em um apontamento grave: a remetida flexibilização permitirá a interpretação dos próprios precedentes, assim, aquilo que era *obiter dictum* em um caso poderá a passar se *ratio decidendi* em outro, ou aquilo que era fato relevante juridicamente deixará de ser, podendo desconsiderar o precedente sem que se faça uso do *distiguinshing* ou *overruling*.

Por óbvio, quão mais simples for o caso tratado, mais simples será a identificação dos elementos do discurso jurídico. Contudo, quão mais complexo for o caso (os chamados *hard cases*), mais complexo será a identificação dos mesmos. E daí a necessidade de entender o problema da fundamentação.

Trata-se de uma problemática clara, pois, a falta de critério da construção do discurso jurídico permite a utilização de argumentos morais ou arbitrários, conforme aponta Robert Alexy. Para tanto, ALEXY (2014, p. 40) afirma que:

Essa situação, designada por Albert como “trilema de Münchhausen”, não é porém uma situação sem saída. Ela pode ser evitada quando a exigência para se continuar a fundamentação de todo enunciado através de outro enunciado é substituída por uma linha de exigências sobre a atividade de fundamentação. Essa exigência podem ser formuladas como regra não só, como as regras da lógica, a enunciados, mas também, além disso, ao comportamento do falante. Nessa medida, elas pode ser denominadas de “regras pragmáticas”. Constitui uma tarefa de uma teoria do discurso prático racional estabelecer um tal sistema de regras e formas, fundamentá-lo e verificar sua consistência e eficiência.

ALEXY, entende, portanto, que a construção do próprio discurso deve ser racional, mesmo que haja, no mesmo, um reflexo pragmático do falante – no caso que se trabalha, o discurso do juiz. Somente pela construção racional do discurso é que se poderá analisá-lo, em regra, sem cometer desvios de quais são os fatos jurídicos relevantes e a *ratio decidendi*.

Assim, seguindo as propostas de regras dadas por Robert Alexy, pode-se realizar uma proposição para o discurso jurídico, a fim de permitir a identificação dos elementos relevantes para se determinar a condição de precedente.

#### 7.1.1. Fundamentos da argumentação jurídica segundo a teoria de Robert Alexy.

Robert Alexy realiza uma proposta de fundamentos a serem observados na construção da argumentação jurídica que compõe o discurso. Inicialmente, faz-se necessário dizer que a esse discurso e argumentação jurídicos se entende aqueles realizados pela autoridade competente ao construir a norma jurídica, dessa forma, eventuais argumentações realizadas dentro de discursos que sejam fora desse contexto não interessa ao presente trabalho.

Dito isto, ALEXY entende ser necessário, na construção da argumentação, verificar a sua justificação interna e a sua justificação externa. Conforme narra (2013, p. 219):

Nos discursos jurídicos trata-se de justificação de um caso especial de proposições normativas, as decisões jurídicas. Podem distinguir-se dois aspectos da justificação: a *justificação interna (internal justification)* e a *justificação externa (external justification)*. Na justificação interna verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentações; o objeto da justificação externa é a correção destas premissas.

Nesse entender, a justificação interna se dará por meio do silogismo, sendo que, conforme Alexy entende, é possível a construção de regras universais para identificar aplicação da lei a casos semelhantes. Esse entendimento do autor é semelhante a ideia adotada sobre a regra-matriz de incidência normativa anteriormente explanada. ALEXY (220-221) então expõe que o silogismo, como instrumento para justificação interna do discurso, permite criar uma estrutura da qual se retira regras universais, no seu dizer:

A forma mais simples de justificação interna tem a seguinte estrutura:

(J.1.1) .(1) (x) (Tx → Orx)  
. (2) Ta  
. (3) ORa (1),(2)

X é uma variável de indivíduo no domínio das pessoas naturais e jurídicas; A, uma constante de indivíduo, por exemplo, um nome próprio; T, um predicado que representa a sua suposição de fato da norma (1) enquanto propriedade de pessoas, e R, um predicado que expressa o que tem de fazer o destinatário da norma. Há questões jurídicas em que é suficiente uma justificação da forma (J.1.1). Um exemplo disso seria:

- (1) O soldado deve dizer a verdade em questões de serviço (§ 13, ap. 1, da Lei do Soldado)
- (2) O senhor M é um soldado
- (3) O senhor M deve dizer a verdade em questões de serviço. (1)(2)

(J.1.1) satisfaz a justificação mediante regras universais requeridas pelo princípio de universalidade (1.3'). O princípio de universalidade serve de base para o princípio de justiça formal. O princípio de justiça formal exige "observar uma regra que obriga trata da mesma maneira todos os seres de uma mesma categoria". Para observar uma regra na fundamentação jurídica exige-se que, como em (J.1.1), a decisão jurídica decorra logicamente desta regra. Se assim não fosse, embora se pudesse apresentar uma regra no curso da fundamentação, poder-se-ia, entretanto, afirmar qualquer conclusão. Por isso, podem formular-se como concreção do princípio de universalidade, as seguintes regras da justificação interna:

- (J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.
  - (J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.
- (J.2.1) e (J.2.2), justamente como o princípio da universalidade, não devem ser superestimadas. Não estabelecem como deve ser a norma universal e tampouco excluem que a norma universal seja mudada, por exemplo, mediante introdução de uma cláusula de exceção. Porém, esta cláusula de exceção tem novamente de valer universalmente.



O autor, portanto, demonstra através de um critério racional, segundo um princípio da universalidade – positivado no Brasil através do princípio da isonomia –, a construção de uma regra universal. Essa, pelo que já foi exposto, é a regra-matriz de incidência, a qual permite caracterizar todos os critérios necessários para a construção da norma. Conforme citado pelo autor alemão, o fato de existir uma exceção não desvirtua a regra universal, mas cria outra regra universal de incidência, sendo que a própria complexidade do caso analisado não inviabiliza a determinação da regra universal, ao contrário, faz-se necessária o seu entender a fim de retirar a própria complexidade do caso e reduzi-lo aos critérios que interessam para construção da norma.

Em vista dessa justificação, Alexy entende que o juiz, assim como o cientista do Direito, deve “provar” o encaixe entre o caso concreto e a regra universal – entendida nesse trabalho como regra-matriz de incidência –, uma vez que se trata de decorrência do princípio da universalidade, conforme dito anteriormente. Indo além a fala do professor, a exigência de “provar” do juiz na construção do seu discurso se dá também em razão de critérios lógicos, conforme foi trabalhado anteriormente ao dizer que o Direito é um sistema e como tal, suas unidades devem guardar referência entre si, sendo impossível unidades iguais serem determinadas indicadas como diferentes. Não só isso, mas o “provar” do juiz se dá no nível da sua fundamentação, a qual é dever-ser decorrente das normas jurídicas que determinam que toda decisão deva ser fundamentada (artigo 93, IX, da Constituição Federal e artigo 489 do Código de Processo Civil).

Além do mais, conforme a Aurora Tomazini de Carvalho salienta ao explicar a regra-matriz de incidência normativa, em seu livro *Curso de Teoria Geral do Direito*, este instrumento é salutar para identificação de ilegalidades e inconstitucionalidades na construção da norma jurídica.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> A norma individual e concreta, produzida pelo aplicador, deve guardar consonância com a regra-matriz de incidência que lhe serve como fundamento. Caso isso não ocorra, o ato pode ser impugnado. O esquema da regra-matriz funciona como instrumento para detalhamento da fundamentação jurídica do ato de aplicação, possibilitando ao intérprete verificar o devido enquadramento da norma individual e concreta produzida.

Em sequência, Alexy afirma que a fundamentação jurídica deve ser construída segundo a sua justificação externa – a qual se dará no plano da “prova” do juiz, ou seja, na sua fundamentação –, ou seja, elementos que possam fundamentar o uso das premissas dadas na justificação interna. Para tanto, o autor classifica as formas de justificação externa como: 1) Lei; 2) Ciência do Direito; 3) Precedente; 4) Razão; 5) Empíria; e 6) Formas especiais de argumentos jurídicos.

A ideia de Alexy, na verdade, é demonstrar um conjunto de argumentos (justificação externa) que permitem justificar, através de uma coerência, a justificação interna da norma jurídica. Assim, deve a autoridade competente se utilizar desses tipos argumentativos para demonstrar a coerência da sua justificação interna com elementos externos e com outras justificações internas, como é o caso dos precedentes. Deve-se entender que a proposta do autor está ligada a uma ideia geral, ou seja, independentemente da existência de uma obrigação em realizar ou não a justificação externa. Em vista disso, se se houver a existência de norma jurídica que obrigue a realização dessa justificação externa (fundamentação), será imperioso a sua observância, sob pena de inviabilizar a justificação interna (norma jurídica individual e concreta).

Ao se tratar dos precedentes, o autor não fala propriamente da sua vinculação ou não, mas dita que se trata de uma carga de argumentação, a qual, dependendo do seu grau, permite ou não se afastar do precedente. Mas sustenta também que, de qualquer forma, o princípio da universalidade impõe a observância dos precedentes, mesmo que o grau de argumentação seja baixo<sup>37</sup>.

---

Na mesma medida o esquema é útil para se apurar a constitucionalidade da própria regra-matriz (enquanto norma jurídica). De elevado poder analítico, o preenchimento de sua estrutura lógica permite esmiuçar a linguagem do legislador para averiguar se ela se encontra em consonância com as regras jurídicas que a fundamentam. CARVALHO (2014, p. 420)

37 O uso dos precedentes se mostra assim como procedimento de argumentação exigida por razões prático-gerais (princípio da universalidade/regra de carga de argumentação), sendo, nessa medida, racional. Seu uso pressupõe argumentos adicionais, especialmente, argumentos práticos de tipo geral. ALEXY (2013, p. 271).

Em regra, o que se deseja é que, na construção da norma jurídica, haja devida justificação interna e externa, as quais são fundamentais para determinar a coerência da própria norma jurídica. Internamente, portanto, deverá guardar semelhanças com as premissas retiradas dos documentos normativos – daí a importância da regra-matriz de incidência normativa que reduz essas premissas em critérios. Por outro lado, externamente, a norma jurídica deverá ser justificada com base em elementos argumentativos, sendo que é daí que se extrai o *ratio decidendi* e os fatos jurídicos relevantes, sendo estes atrelados aquela justificação (interna).

Esse entendimento de Alexy é imperioso para verificar que a própria norma jurídica, que está adstrita a justificação interna, não é a própria lei – entendida como somente como palavras postas no papel, ou seja, aparato físico –, como já foi salientado, mas agora através de outra perspectiva. A própria lei, portanto, é argumento de justificação externa da norma jurídica.

Além disso, os precedentes, sendo vinculantes ou não, serão considerados justificações externas, assim como a lei. O seu uso, portanto, impõe ao julgador analisar o caso atual e justificar a sua decisão jurídica com base ou não no precedente, não se tratando, portanto, de simples analogismo. Dessa forma, o uso do precedente no caso contemporâneo determina que a decisão passada também comporá o *ratio decidendi* da decisão atual, sendo assim o precedente não pode ser entendida como uma norma jurídica, mas um fato jurídico (relevante ou não, de acordo com o sistema que lhe dá vinculatividade em maior ou menor grau).

Dessa forma, fica evidente que os precedentes possuem função argumentativa, sendo que a sua vinculatividade está adstrita a fundamentação em aplicá-lo ou não. Por certo, crê-se ser um equívoco, conforme vem sendo sustentado até aqui, que a aplicação do precedente está adstrita a uma operação mecânica, a qual se daria em ordem implicacional (Se X, logo Y). A vinculatividade ao

precedente está adstrita a norma jurídica que impõe a fundamentação, a qual, por outra norma jurídica impõe a fundamentação segundo a existência ou não de precedentes.

### 7.1.2. A importância de uma teoria da argumentação jurídica para o discurso jurídico

Conforme foi sustentado na abertura do presente trabalho, o Direito é vertido em linguagem e sua construção se dá através de discursos. No estudo diário do Direito, como objeto de ciência, é trabalhado o conceito de norma jurídica de forma reduzida, ou seja, se pega todo o discurso jurídico dado pela autoridade competente e se reduz a linguagem propriamente prescritiva.

Ocorre que, essa redução tem o intuito de caracterizar os elementos necessários da norma jurídica, aqueles indicados pela regra-matriz de incidência, sem levar em consideração seus elementos de justificação externos, conforme indica Alexy. Tais elementos são necessários, pois visam descrever os elementos do discurso prescritivo. A norma jurídica, por certo, é uma construção prescritiva, uma ordem determinante, entretanto, essa prescrição tem elementos necessários que necessitam de descrição.

Ter isso em mente é necessário pois afasta as dúvidas sobre ser a decisão jurídica – posta por um magistrado ou colegiado – é norma ou não. Essa dúvida se dava, no passado, por se enxergar apenas a decisão no seu carácter descritivo (fundamentação) e pela imprecisão de analisar (a decisão) sobre um reducionismo que fosse capaz de verificar seu discurso prescritivo.

Indo além, a teoria da argumentação do discurso jurídico permite entender a relevância do *ratio decidendi* e dos fatos jurídicos relevantes da decisão para o estudo do precedente, uma vez que são eles que descreverão os critérios essenciais da norma jurídica.

7.2. O *ratio decidendi* e os fatos jurídicos relevantes na decisão: limites para aplicação dos precedentes.

De forma singular, *ratio decidendi* se resume nas razões da decisão, ou seja, são os motivos determinantes para a autoridade competente ter emanado sua decisão.

Por óbvio, dentre os muitos argumentos dados pelos juízes ao decidirem, nem todos terão relevância para o caso decidido. Daí emana a importância em entender que a decisão jurídica é dada num nível de justificação interna e externa, pois é o entrelaçamento dessas justificações que permitirá dizer o que é e o que não é o *ratio decidendi*. Assim, aqueles argumentos utilizados para determinar a conclusão decisória serão considerados *ratio decidendi* enquanto os demais serão *obiter dictum*.

A questão problemática é que, dependendo do caso e da sua complexidade, o *ratio decidendi* e o *obiter dictum* estão em nível argumentativo paralelo, sendo dificultoso a sua distinção. E esse problema se agrava, como foi dito, pelo fato de que o precedente só ser assim considerado no momento da atual decisão, ou seja, é o juiz do caso que se encontra na eminência de julgamento que fará essa distinção.

Sendo complexo o caso, portanto, se daria um grave imbróglio: aquilo que era centro da decisão no *hard case* pode ser desconsiderado em outros casos. Sobre isso, NUNES, FREIRE, GODOY e CARVALHO (2013, p. 8-9):

Seria, assim, inteiramente possível para um caso, particularmente os chamados *hard cases*, produzir interpretações baseadas em questões jurídicas que não estão nele diretamente relacionados. Existiriam vários exemplos de tal fato na tradição americana, como o conhecido precedente Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 10 (1948), no qual convênios particulares estabeleciam restrições racistas ao uso dos serviços imobiliários e que, por esta razão, foram derrubados por proibições constitucionais contra discriminação racial. Segundo Church, uma leitura isolada de Shelley v. Kraemer não revela, e não consegue relevar, qual é a decisão ou conclusão final do caso. Não há um único jeito de atingir uma determinação precisa – o caso é

maleável o suficiente para permitir mais de uma interpretação ou nenhuma.

Assim, o uso do futuro do precedente depende de qual interpretação será aceita pelos tribunais no futuro – isso quer dizer – se o seu significado final não poder ser definido a não ser através da interpretação a ser conduzida em momento posterior. (grifos dos autores)

Ocorre que, essa abertura interpretativa, a partir dos precedentes é demasiadamente contrária a própria essência do uso dos precedentes, qual seja, decisões isonômicas em casos semelhantes e a certeza do Direito. Ora, ao que parece, a utilização do precedente de forma tão aberta contraria essa própria ideia, pois se utilizará de um caso pretérito sem um grau de similaridade determinante para julgar um caso atual. Além disso, impõe ao velho problema que justificou o uso dos precedentes, traz a incerteza quanto ao Direito, uma vez que não se sabe qual será realmente a *ratio decidendi* retirada dos casos passados para serem aplicados nos casos contemporâneos.

Em vista disso, entende-se que a limitação ao utilizar o precedente deve ser algo muito bem delineado, uma vez que a abertura semântica demasiada no uso do precedente pode acarretar em maiores problemas do que soluções. Ao julgador, portanto, é necessário aclarar suas decisões, mesmo que seja necessário pontuar seus fundamentos e indicar os fatos jurídicos de forma didática. Por certo, tão importante quanto decidir é saber sobre o que exatamente se decide e nisso importa numa ordem aos magistrados, a qual ocorre de maneira implícita ao se utilizar do sistema de precedentes, que seja: ao decidir, principalmente em casos em que não há precedentes, é necessário ao julgador reconhecer a possibilidade de no futuro essa decisão seja considerada um precedente e, sendo assim, deve deixar claro seus fundamentos e os fatos que estão ligados. O precedente não deve ser tão complexo ou nebuloso que gere maior incerteza do que a sua inexistência no sistema jurídico.

Em vista disso, entende-se que a limitação do *ratio decidendi*, além de estar ligado à norma jurídica individual e concreta construída, deve se ater aos fatos jurídicos relevantes ao caso. Sobre isso, MARINONI (2012, p. 1-2) destaca:

Como se pode perceber nos itens anteriores, a aplicação dos precedentes, ou melhor, a decisão acerca da aplicação de um precedente a um novo caso, depende da aproximação dos fatos dos precedentes com os fatos do caso sob julgamento. Tanto o é assim que, para alguns doutrinadores, a *ratio decidendi* é identificada a partir dos fatos do caso e não das razões utilizadas para justificar a solução encontrada. Lembre-se que o célebre método de identificação da *ratio decidendi* proposto por Goodhart, ainda hoje considerado no ambiente do common law, exige a determinação dos fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, a identificação de quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir.

Assim, tais fatos devem guardar pertinência com a própria razão de decidir, uma vez que são estes que trazem a justificação da identificação de tais fatos. Deve-se ter em mente que sempre que um caso é apresentado, a autoridade competente fica diante de uma infinidade de fatos, sendo que nem todos são relevantes para a constituição da norma jurídica. É a própria razão de decidir que determinará a relevância de tais fatos para a norma.

Isso importa de tal forma, pois, os precedentes, em regra, não são mais normas jurídicas, mas fatos jurídicos relevantes que irão compor o critério material de uma regra-matriz de incidência a qual influenciará na norma jurídica que prescreverá o caso concreto. Daí a necessidade de, ao se utilizar um precedente, identificar as razões de decidir e os fatos jurídicos relevantes, sendo que, após essa identificação, há que se fazer novo juízo racional para aplicar o precedente ao caso contemporâneo.

Ora, a decisão pretérita não é, em regra, um precedente já constituído. Sua constituição só é demonstrada no caso contemporâneo, enquanto isso não ocorre, continua a ser um fato jurídico. Tanto o é dessa forma que, na introdução do uso dos precedentes no direito brasileiro, foi determinado que ao usar ou afastar um precedente há que se realizar a devida fundamentação, ou seja, há que se realizar a razão de decidir. Trata-se de um fato jurídico

determinando outro fato jurídico, o que é possível, pois é o mesmo que ocorre, por exemplo, quando um contrato de compra e venda é levado para ser apreciado pelo juiz.

Assim, entende que os precedentes, juntamente com seus *ratio decidendi* e fatos jurídicos relevantes, são fatos jurídicos integradores de uma norma de incidência de vinculatividade. Sendo assim, em vista da necessidade da justificação externa, deverá a sua utilização ser acompanhada de *ratio decidendi* para tanto.

Deve-se ter em mente ainda que os fatos jurídicos são relevantes para determinar os próprios motivos determinantes, uma vez que, conforme se tem a complexidade de uma demanda, mais será necessário verificar essa condição intrínseca a fim de limitar a aplicabilidade do precedente. Para se entender melhor a afirmação acima, faz-se o seguinte exemplo:

(1) Caso em eminência de julgamento: indivíduo requer em face de outro reparação por danos morais sofridos em razão de negativação indevida junto aos órgãos de proteção ao crédito. Para tanto, usa de dois precedentes para fundamentar sua posição. (2) Apresenta-se precedente do Superior Tribunal Justiça que considera que em caso de negativação indevida, o dano moral é implícito, sendo desnecessário provar culpabilidade, nexos causal e o dano (e sua extensão); (3) Para justificar o valor da condenação da reparação do dano moral, usa-se outro precedente no qual há condenação por danos morais à parte, mas nesse caso o motivo do pleito se deu em face de negócio realizado de forma fraudulenta, contudo, o valor da condenação foi 10 (dez) vezes a mais que no anterior.

O exemplo demonstra que em ambos os precedentes houve condenação para reparar o dano moral, mas em cada um dos precedentes a razão do dano moral e da condenação são distintos. Uma leitura desatenta da *ratio decidendi* e dos fatos jurídicos relevantes implicariam em dizer que são precedentes



aplicados ao caso, pois ambos tratam de condenação por dano moral. Contudo, o primeiro precedente é usado para identificar a existência ou não do dano moral, enquanto o segundo é dado para fundamentar o valor da condenação. Entretanto, enquanto o primeiro precedente se coaduna em motivos determinantes e fatos jurídicos relevantes com o caso contemporâneo, o segundo não possui a mesma condição, pois o seu fato jurídico relevante, o qual está atrelado ao *ratio decidendi*, é a existência de um negócio jurídico fraudulento e não negatização indevida. Isso implica em dizer que mesmo uma norma jurídica individual e concreta pode ser fato jurídico relevante para constituir outra norma jurídica individual – no caso em tela, para terminar o conteúdo sancionatório normativo.

O que se quer indicar com isso, ao final, é que, conforme foi sustentado, o Direito é posto em linguagem, assim como o mundo cultural que o cerca, tudo possui representação linguística, sendo assim, o próprio Direito pode ser fato jurídico relevante para a constituição de uma norma jurídica. Em outras palavras, a linguagem é criadora da realidade, ao mesmo tempo o Direito (conjunto de normas) é posto em linguagem, sendo, dessa forma, o Direito é também criador de realidade. Nesse viés, o Direito pode ser assumido como fato jurídico, mas será a existência de uma norma jurídica que lhe criará a vinculatividade. Através do novo Código de Processo Civil, essa vinculatividade está adstrita a fundamentação e não na norma individual e concreta enunciada ao final.

Entender essa condição do Direito enquanto fato jurídico é relevante, pois é base para entender que mesmo aqueles precedentes identificados pela doutrina como sem fatos jurídicos relevantes não existem. Assim como os fatos físicos (do mundo fenomênico) são representações linguísticas, o Direito também o é, sendo ambos representações da linguagem, ambos podem ser fatos jurídicos relevantes, tudo dependerá da própria construção da norma e do sistema que está inserido.

### 7.3. A regra-matriz de incidência normativa dos precedentes

Foi sustentado, portanto, que os precedentes não são normas jurídicas – quando assim identificados no caso atual –, mas sim fatos jurídicos. Então, nessa condição integram o critério material de uma regra-matriz de incidência normativa, a qual será denominada de regra-matriz de incidência normativa de vinculatividade dos precedentes.

Em regra, antes da introdução do novo modelo processual civilista brasileiro, os precedentes não tinha grau de vinculatividade. Agiam muito mais como argumento persuasivo de maior ou menor grau, mas sempre sem vinculatividade. Foi a partir do novo modelo que é possível identificar uma norma jurídica geral e abstrata – o que permite visualizar a regra-matriz de incidência –, a qual impõe a vinculatividade aos precedentes. Deve-se reiterar, novamente, que os precedentes não são normas jurídicas, mas fatos jurídicos que integram o critério material da norma jurídica.

Antes de adentrar nos critérios propriamente ditos da regra-matriz, deve-se lembrar que tal instrumento decorre da verificação de uma norma jurídica geral e abstrata. Sendo que, toda norma jurídica pode ser construída sobre o critério  $H \rightarrow C$ , pode-se afirmar que a norma jurídica geral e abstrata que constitui a obrigação do juiz estar vinculado ao precedente é: *“se foi decidido caso semelhante ao caso que está na eminência de ser julgado, então deve-se fundamentar pela decisão ou não semelhante ao caso anterior”*.

A norma jurídica que impõe a vinculatividade dos precedentes é um ato complexo e daí a necessidade de se estudar seus critérios internos, sendo, possível construir uma regra-matriz de incidência normativa de vinculatividade dos precedentes.

Em vista disso, deve-se iniciar pelo critério material, o qual será preenchido pela existência de uma decisão anterior, na qual se encontra a *ratio decidendi* e os fatos jurídicos relevantes, ambos semelhantes ao caso contemporâneo. Contudo, trata-se de um critério complexo, no qual há uma relação entre o fato jurídico decorrente do precedente e do fato jurídico decorrente do caso contemporâneo.

No critério temporal tem-se a necessidade de ambas decisões estarem subscritas em período de que a regra jurídica questionada seja válida e vigente para ambos os casos, assim, é impossível desejar aplicação de um precedente em que os fatos jurídicos e a *ratio decidendi* foi construído sobre a perspectiva do Código Civil de 1916 enquanto o caso atual se dá sob a ótica do Código Civil de 2012. Ora, o critério temporal tem a função exatamente de condicionar um limite temporal de análise da norma jurídica, sob pena de que configurar uma aplicação infinita dos regramentos jurídicos, até mesmo para aqueles que foram revogados.

Nesse ponto, o critério temporal é salutar para distinguir os precedentes dados nos modelos com propriedades *civil law* dos *common law*. Isso se dá, pois, no sistema com preponderância do *common law*, a ideia de Direito está vinculada a construção histórica e através dos tribunais, não sendo impossível, portanto, o levantamento de precedentes dados em períodos de tempos muitos distintos. Por sua vez, o modelo *civil law* é constituído sobre uma perspectiva estritamente legalista, ou seja, sob a existência de leis e, sendo assim, deve a sua análise se submeter as leis válidas e existentes nos períodos.

Além do mais, não é impossível pensar que caso os precedentes sejam usados sobre critérios temporais distintos – no sistema como o brasileiro – será um artifício para evitar a aplicabilidade da lei válida e vigente, sob uma perspectiva de aplicação dos precedentes. Em outras palavras, poderá se utilizar do precedente – dentro do exemplo dado anteriormente – dado sob a ótica do Código Civil de 1916 para um caso submetido ao Código Civil de 2002 e assim

se manipular, sem qualquer amarra da norma jurídica geral e abstrata, o resultado final dado na norma jurídica individual e concreta.

Não se dúvida que essa perspectiva sobre um critério temporal significa uma limitação ao uso dos precedentes, a qual não ocorre no sistema do *common law*. Contudo, conforme já foi salientado, a importação dos conceitos dados em razão do precedente deve ser feito respeitando as regras do jogo para aonde é exportado. Dessa forma, e seguindo os critérios adotados no Capítulo 3 do presente trabalho, não se pode assumir que o critério temporal seja manipulado de tal forma que permita aplicar precedentes a casos contemporâneos em que as normas jurídicas gerais e abstratas são decorrentes de documentos normativos dados em períodos distintos – sendo uma revogada e outra não.

Em ato contínuo, o critério espacial deverá ser analisado da mesma forma que o critério temporal. Em outras palavras, o critério espacial deverá conter, em seu bojo, condição que permita dizer que o fato jurídico (precedente) possui área de atuação normativa semelhante àquela norma jurídica que se deseja construir no caso que se encontra na eminência de julgamento.

Esse apontamento é salutar, uma vez que é comum nos modelos *civil law*, principalmente o brasileiro, se observar documentos normativos (leis, decretos e etc) que se encontram no mesmo nível e com teor normativo semelhante. Pode-se, portanto, utilizar do seguinte exemplo retirado do Direito Tributário brasileiro: a Constituição Federal, em seu artigo 156, I, impõe a competência para instituir IPTU aos municípios de forma individual. Considerando que o Município X possui regra de isenção tributária e que o Município Y não possua, seria possível aplicar um precedente instituído sob o documento normativo do Município X em um caso contemporâneo aplicado ao Município Y? Crê-se que não e daí a importância do critério espacial na análise da vinculatividade do precedente. Deve-se ressaltar que o que distingue um caso do outro é o próprio critério espacial, pois ambos documentos normativos tratam da competência para instituir o IPTU.

Noutra ponta, o critério espacial é importante para identificar a relação entre os casos decorrentes de uma norma jurídica aplicada mesmo quando se há distinções espaciais. Assim, tendo o mesmo exemplo acima como parâmetro, se o critério espacial é distinto (Município X e Y), mas a materialidade das hipóteses decorre da Lei Complementar que institui regras gerais sobre o IPTU (artigo 146, III, da Constituição Federal) não há que se falar em distinção do critério espacial. Contudo, a razão de decidir será adstrita à Lei Complementar e não as leis municipais, sob pena de desvirtuar o critério espacial e material. Esse exemplo é necessário, uma vez que é comum, principalmente no Direito Tributário, a repetição nas leis municipais (por exemplo) de termos dados na Lei Complementar que determina as regras gerais sobre o tributo.

No conseqüente, por sua vez, será observado o critério pessoal, o qual será composto no polo ativo pelo juiz competente e no polo passivo a parte que recebe a decisão atual, caso seja o próprio juiz que traga o precedente para dentro do caso a ser julgado, ou que suscitou o precedente, uma vez que segundo o artigo 489, §1º, o juiz está adstrito na sua fundamentação afastar ou aplicar os precedentes levantados pelas partes.

Ao fim, o critério prestacional se correlaciona com a obrigação fundamentada do magistrado observar ou não precedentes ao caso que está na eminência de julgamento.

Pelo tudo apresentado, através do preenchimento dos critérios que compõe a regra-matriz, é possível construir a norma jurídica geral e abstrata de vinculatividade dos precedentes da seguinte forma:

$$H(H' \leftrightarrow H'') \rightarrow C$$

↓

$$Cm(Cm' \leftrightarrow Cm'') + Ct(Ct' \leftrightarrow Ct'') + Ce(Ce' \leftrightarrow Ce'') \rightarrow Cp + Cpres$$

Onde:

- (1) Cm' é o critério material decorrente do precedente analisado;
- (2) Cm' é o critério material decorrente do caso que se está sendo julgado;
- (3) Ct' critério temporal decorrente do precedente analisado;
- (4) Ct'' critério temporal decorrente do caso que se está sendo julgado;
- (5) Ce' critério espacial decorrente do precedente analisado;
- (6) Ce'' critério espacial decorrente do caso que se está sendo julgado;
- (7) Cp é o critério pessoal preenchido pelo juiz e pela parte que interessa a similaridade entre o precedente e o caso atual;
- (8) Cpres é o dever deontológico que obriga a fundamentação conforme a similaridade das hipóteses;
- (9) ↔ conectivo bi-implicacional ou de equivalência (o termo é verdadeiro ou falso “se e somente se” na medida que seus elementos sejam equivalentes)

Dito isto, deve-se fazer uma ponderação, a norma jurídica anteriormente construída decorre da vinculatividade entre precedente e o caso novo. Contudo, ela não impõe que esse caso seja fundamentado de forma semelhante ou não, da mesma forma não impõe que a norma jurídica construída no presente seja semelhante a do passado (aqui vista como fato jurídico relevante). A vinculatividade está adstrita ao dever-ser do juiz de fundamentar suas decisões, exigência decorrente do *caput* do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil e do artigo 93, IX, da Constituição Federal, sendo, portanto, uma norma jurídica de carácter procedimental, a qual institui uma forma obrigacional de fundamentar as decisões. Trata-se, portanto, de uma relação entre normas jurídicas (o dever de fundamentar e a forma de fundamentar vinculada), a qual são necessárias para que a autoridade competente possa emanar a norma individual e concreta.

## 8. Conclusões

Na parte inicial dos trabalhos foi direcionada que a proposta seria uma análise dogmática sobre os precedentes e principalmente no que se refere a sua vinculatividade. Daí, portanto, a necessidade de ter delineado a importância do uso da linguagem, da semiótica, conceito de regra-matriz de incidência normativa, dentre outras questões ligadas diretamente a ideia do Direito em uma ciência.

Com base nessa análise, pode-se afirmar que os precedentes não são normas jurídicas, mas fatos jurídicos. Não só isso, que o seu grau de vinculatividade não decorre da sua existência em si, mas da existência ou não de uma norma jurídica que lhe impõe a observância (vinculatividade). Assim, os precedentes podem somente ser classificados entre vinculantes e não vinculantes, não sendo admitido a ideia de que sejam persuasivos e vinculantes, conforme alguns autores sustentam.

Fica claro também que a teoria dos precedentes não impõe numa condição implicacional de que os precedentes são moldes a serem seguidos. Pelo estudo realizado, fica evidente que os precedentes estão ligados a fundamentação (justificação externa) do que a parte dispositiva da decisão (em regra, justifica interna). Em outras palavras, utilizar dos precedentes não significar segui-los de forma robotizada, mas aplicá-los segundo a devida fundamentação, sendo possível a utilização de artifícios jurídicos (como *distinguishing* e *overruling*) que permitem afastar sua ocorrência ou não. Assim, deve o julgador, ao analisar o precedente, fundamentar tanto para afastar quanto para aplicá-lo, o que significa que o precedente condiciona a fundamentação e não a decisão em si.

Em vista disso, a utilização dos precedentes, de forma vinculada na fundamentação, impõe a necessidade de clareza na emissão das decisões. Dessa forma, não podem os precedentes se transformarem em maior problema

do que eles buscavam resolver – incerteza e insegurança jurídica –, uma vez que a sua abertura e imprecisão dada nas ordens emanadas pelos julgadores, e após reconhecidas como precedentes, possam ser utilizadas de tal forma que os jurisdicionados sejam incapaz de prever a sua aplicação em casos futuros. A partir disso é salutar entender que, ao se adotar um maior prestígio aos precedentes, caberá aos juízes, sempre que emanarem uma decisão, aclararem os fatos relevantes e as suas razões de decidir, uma vez que, eventualmente, sua decisão possa ser utilizada como precedente para outros casos.

Dito isto, entende-se que os precedentes são fatos jurídicos, sendo que há se dizer a similaridade entre o ele e o caso contemporâneo se dá no nível da hipótese normativa, principalmente no que se refere aos critérios materiais, temporais e espaciais, sendo uma relação bi-implicação (ou de equivalência) no que se refere a equiparação dos critérios observados no precedente e no caso atual.

Nessa linha, os limites de aplicação dos precedentes, aos casos que estão na eminência de julgamento, estão adstrito a essa análise dos critérios da regra-matriz de incidência. Não sendo preenchido de forma satisfatória – ou seja, não havendo equivalência –, tanto por um elemento do critério quanto pelo outro (Cm' e Cm'', por exemplo) há que se concluir pela não aplicação, na fundamentação, do precedente ao caso atual.

Além disso, conforme foi sustentado, o Direito é uma construção linguística e da mesma forma o precedente o é, sendo, portanto, possível ao juiz realizar interpretação sobre o precedente. Contudo, deve-se entender que essa interpretação está adstrita aos critérios que compõe a norma jurídica, não lhe sendo autorizado realizar uma extensão que fuja desses critérios, sob pena de configurar desvirtuamento da norma que impõe a vinculatividade dos precedentes.



Assim, nada impede que o juiz selecione os dados do precedente para interpretar e aplicar ao caso atual, contudo, deve-se ser feito dentro dos limites da norma jurídica que impõe a vinculatividade. Isso importa em dizer que, a medida da vinculatividade do precedente está adstrita ao preenchimento dos critérios que compõe a regra-matriz. Por outro lado, caso a aplicação do precedente leve ao não preenchimento dos critérios, o mesmo não deixará de ser fato jurídico, mas não incidirá sobre o mesmo a norma jurídica procedimental que determina a vinculatividade, sendo, portanto, apenas artifício argumentativo.

Ao fim, resta dizer que os precedentes não podem ser assumidos, pelo posicionamento ora adotado, como fontes do Direito. Isso se dá, pois, fontes do Direito são os atos de enunciação, os precedentes, por sua vez, são fatos jurídicos relevantes decorrente da enunciação que constitui a norma jurídica que determina a vinculatividade da sua *ratio decidendi* e dos seus fatos jurídicos. Dessa forma, não se pode coadunar com a ideia de que os precedentes sejam fontes do Direito e nem que eles criam outras normas, na verdade, eles compõe, conforme dito, parte elementar de uma norma jurídica. São, ao final, somente fatos jurídicos relevantes ou não, dependendo da forma como é introduzida no sistema.

A utilização dos precedentes vinculados a fundamentação no Direito brasileiro é instrumento necessário, em vista da necessidade de integridade e coerência do próprio sistema, impedindo que suas unidades sejam constituídas de forma contraditória. Contudo, reitera-se, não podem os precedentes serem utilizados de tal forma que gere maior incoerência, sendo necessário aos julgadores prolatarem suas decisões de forma precisa e sem qualquer ambiguidade.

Noutra ponta, é preciso entender que o uso de precedentes não se condiciona mais aqueles sistemas de *common law*. Na verdade, conforme visto, dizer em sistemas de *common law* e *civil law* é desnecessário, uma vez que não existem mais sistemas puros, mas uma preponderância de uma tradição em relação a

outra, sendo assim, nada impede a utilização de precedentes no Brasil, por exemplo, desde que haja uma adequação daqueles ao sistema que está sendo introduzido.

A teoria dos precedentes devidamente adotada e adequada ao sistema em que lhe é introduzida é instrumento hábil para garantir mandamentos constitucionais, como a devida fundamentação, o contraditório e ampla defesa, além do acesso ao Poder Judiciário. Deve, portanto, ser aceita e trabalhada pelos tribunais no intuito das garantias constitucionais, sem perder de vista que os mesmos (precedentes) devem ser distinguidos em certos casos e superados quando suas razões de decidir forem consideradas ultrapassadas em face de novos acontecimentos culturais, econômicos ou sociais.

Por fim, a introdução dada pelo Novo Código de Processo Civil, no que se refere aos precedentes, entrega artifícios aos magistrados de adequarem suas decisões segundo o caso concreto, além de condicionar a fundamentação das mesmas. Noutra ponta, permite aos jurisdicionados participarem ativamente da criação das normas jurídicas, uma vez que lhes é possível, agora, indicar a distinção de casos ou a superação de precedentes, nesse caso, caberá ao magistrado fundamentar pelo entendimento ou não, mas dará uma “satisfação” ao cidadão e ao seu pleito. Por certo e se bem aplicado, os precedentes permitem uma participação democrática e ativa na emissão de decisões pelo Poder Judiciário.

## **9. Bibliografia**

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. 1 ed. Tradução de A. T. G. Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3 ed. Tradução de Z. H. S. Silva. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 1 ed. Tradução de G. Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do Direito: O construtivismo lógico-semântico**. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: Linguagem e método**. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2011.

**CÓDIGO CIVIL.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 20 de março de 2016.

**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm). Acesso em: 28 de maio de 2015;

**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm).  
Acesso em: 12 de novembro de 2015.

CROSS, Rupert; James, W. Harris. **Precedent in english law**. 4 ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREIRE, Alexandre. **Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro**. In: Revista dos Tribunais, n. 950, p. 199. São Paulo: RT, 2014.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de E. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

JEVEAUX, Geovany Cardoso; PEPINO, Elsa Maria Seco Ferreira. **Comentários às súmulas vinculantes: com pesquisa sobre a regra do art. 52, X, da CF**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de J. B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. **O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico**. In: RePro, n. 234, p. 275. São Paulo: RT, 2014.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. **Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas**. In: Rev. TST, vol. 79, n.º 2, p. 118. Brasília: Revista TST, 2013.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Precedentes? Significados e impossibilidade de aplicação “self service”**. Artigo disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/30/precedentes-significados-e-impossibilidade-de-aplicacao-self-service/>>. Acesso em: 20 de março de 2016.

NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano; CARVALHO, Danilo Corrêa Lima de. **Precedentes: alguns problemas na adoção do**

**distinguishing no Brasil.** In: Revista Libertas, v.1, n.1. Ouro Preto: Revista Libertas, 2013. Disponível em: <<http://www.libertas.ufop.br/index.php/libertas/article/view/3>>. Acesso em: 20 de março de 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.** In: RePro, n. 172, p. 175. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Eficácia Vinculante: A ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes.** In: *RePro*, n. 184, p. 9. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **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](http://marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/Elabora%C3%A7%C3%A3o%20dos%20conceitos%20de%20ratio%20decidendi.docx)> . Acessado em: 20 de março de 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial.** In: RePro, n. 206, p. 61. São Paulo: RT, 2012.

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

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito.** Tradução de P. Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RAATZ, Igor. **Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law* – Reflexões iniciais para o debate sobre adoção de precedentes no direito brasileiro.** In: RePro, n. 199, p.159. São Paulo: RT, 2011.

REDONDO, Bruno Garcia. **Precedente judicial no direito processual civil brasileiro**. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WANBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito processual: volume 2*. São Paul: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. São Paulo: Cultrix, 2004.

SCHMITZ, Leonard Ziezemer. **Compreendendo os “precedentes” no Brasil: Fundamentação de decisões com base em outras decisões**. In: RePro, n. 266, p. 349. São Paulo: RT, 2013.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TUSHNET, Mark. **Os precedentes judiciais nos Estados Unidos**. In: RePro, n. 218, p.99. São Paulo: RT, 2013.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. In: RePro, n. 172, p. 121. São Paulo: RT, 2009.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Safe, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico**. Tradução e Apresentação de J. A. Giannotti. São Paulo: Companhia editora nacional, 1968.

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