

1 – Introdução

A história do direito processual brasileiro possui uma forte matriz romana, onde cada caso seria julgado de forma independente, com a propagação da teoria do livre convencimento dos juízes elevada a seu grau máximo, em especial na década de 90 e início dos anos 2000. Salvo pelas ações de controle concentrado de constitucionalidade, os juízes não eram obrigados a seguir a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em controle difuso, do Superior Tribunal de Justiça nas matérias de legislação federal, de seu próprio Tribunal local em qualquer matéria ou, até mesmo, de suas próprias decisões já proferidas em casos símiles. A insegurança jurídica reinava no interior do próprio Poder Judiciário.

Várias tentativas foram feitas ao longo do CPC/73. Uma delas adveio do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, previsto nos artigos 476 a 479 do antigo *Codex*. Por este incidente, todas as vezes em que fosse possível observar uma divergência jurisprudencial, qualquer um dos juízes que compunha o Tribunal poderia provocá-lo. Após um enorme esforço do Tribunal, a tese jurídica seria julgada e o seu extrato contendo a firmação do direito poderia ser objeto de uma súmula.

Esta súmula, entretanto, era considerada um precedente persuasivo. Ou seja, de nada adiantaria todo o esforço dos Tribunais para “uniformizarem” sua jurisprudência se o próprio Tribunal não estaria obrigado a obedecê-la em julgamentos futuros.

Posteriormente, foram feitas algumas inovações ainda no CPC/73, como a reforma do artigo 557 em 1998, que trouxe uma elevação dos precedentes significantes (ditos paradigmas especiais) como forma de abreviação do processo. Em suma, a regra previa que quem tivesse um precedente significativo a favor de sua tese teria um julgamento mais célere na teoria (com possibilidades de julgamentos monocráticos). Mesmo assim, o artigo 557 não trazia a obrigatoriedade dos juízes inferiores de seguirem a orientação dos tribunais superiores. O que ele trazia em suma eram dois caminhos: a) forma processual simplificada de seguir a orientação dos Tribunais Superiores, podendo os julgamentos serem monocráticos se tivessem pertinência com os precedentes significantes; b) forma processual mais burocrática para decidir contra os precedentes significantes, com necessidade de julgamento colegiado. Mais uma vez, o que se tinha era um precedente persuasivo.

A insegurança jurídica continuava a reinar em nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, o desabafo do Ministro Hamilton Carvalhido para a interpretação da legislação federal é mais do que percuciente:

“O STJ foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que a sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao STF, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la” RSTJ 157/17: REsp. 228.432-ED-AgRg, palavras do Ministro na Seção da Corte Especial do dia 01.02.02.

Com a reforma da Constituição em 2004-2005, o tema dos precedentes passou a ter uma outra dimensão no direito brasileiro. Repercussão geral, poderes para o Ministro Relator suspender a subida dos recursos extraordinário, discussões sobre a transcendência dos motivos determinantes das decisões individuais, *amicus curiae* individual e recursos repetitivos não só deram uma nova ótica ao sistema processual como, também, lançaram novas luzes sobre a necessidade de alteração da estrutura do sistema processual clássico brasileiro, fazendo com que as questões analisadas em processos idênticos tivessem repercussão exo-processual, em um efeito expansivo subjetivo até então não experimentados no processo nacional, mas comum nos sistemas da *common Law*.

Exceto pelas decisões constitucionais em controle concentrado, os precedentes criados sob as novas regras ainda assim tinham pouca força vinculante para as cortes inferiores.

Já o CPC/15 trouxe uma nova forma de ver o processo com a introdução dos precedentes vinculantes no direito brasileiro para além das questões constitucionais decididas em controle concentrado. Ao determinar que os juízes e tribunais devem uniformizar e manter estável, íntegra e coerente a sua jurisprudência (art. 926) e determinar que os juízes e tribunais

observarão as decisões vinculantes, o novo CPC trouxe a mais importante inovação processual que visa, ao mesmo tempo, dar maior celeridade e segurança às decisões do Judiciário.

É, sem sombra de dúvidas, uma inovação importante, uma forte guinada na forma de estruturação das decisões judiciais. E, nesta toada, os precedentes vinculantes passam a ter uma consequentialidade muito maior do que tudo aquilo que vinha sendo feito nas decisões até então existentes no sistema judiciário brasileiro, posto que vão passar a ocupar um novo patamar na teoria do direito brasileiro.

O precedente vinculante passa a ter a necessidade de formulação de uma teoria própria inserta na teoria geral do direito.

O objetivo deste trabalho é procurar desvendar como estes precedentes vinculantes – com a força adotada pelo novo CPC - serão processados em similitude à luz da teoria política dos *inputs* e *outputs* de David Easton, como são gestados à luz da teoria dos precedentes vinculantes nos países da *common law* e em que categoria normativa o precedente vinculante é posto no ordenamento jurídico em face do novo CPC.

A metodologia do presente trabalho é a pesquisa em livros de direito, de política e de sociologia jurídica para desvendar o novo fenômeno processual, que possui paralelos inegáveis nestas duas ciências.

2 Aspectos de ciência política e sociologia na formação da teoria do precedente vinculante

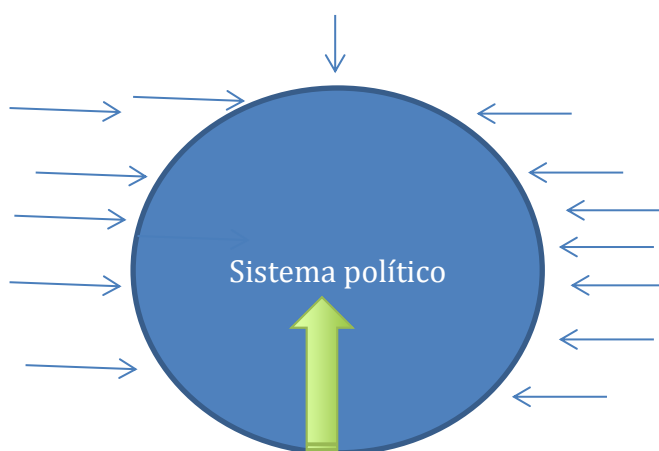
2.1 O cerne da teoria política de David Easton

Na seara do sistema político, uma das maiores metas é compreender exatamente qual o papel do Estado no desenvolvimento e provimento das necessidades de uma dada sociedade. O sistema político é um sistema eminentemente complexo e, neste ponto, muito símile ao nosso recente sistema jurídico/processual coletivizado, com diversas variáveis sociais constantemente sendo introduzidas em seu interior, onde se dá uma catálise das mais diversas forças que produzem políticas públicas e normas jurídicas que refletem a predominância de uma linha política (ou jurídica) em um dado momento histórico. O que distingue o sistema

político dos demais é a sua função principal: “*Seleccionar los fines colectivos de la sociedad, al movilizar los recursos necesarios para su logro, así como la adopción de las decisiones sociales.*” (MITCHEL: 1979, 722)¹.

Ao definir o que seja o sistema político, Easton o traça como sendo como “um conjunto de interações, abstraídas da totalidade do comportamento social, através das quais são assegurados autoritativamente valores para uma sociedade. As pessoas que estão neste processo de entabular tais interações, ou seja, que estão atuando em regras políticas, serão referidas genericamente como membros desse sistema” (MENA, 1986, p. 3).

Apesar das variáveis sociais que conseguem adentrar em seu sistema, o ambiente externo do sistema político é muito mais complexo; existe uma espécie de filtro que canaliza e retira a hipercomplexidade do ambiente para possibilitar a discussão interna. O meio ambiente penetra no sistema político através de vetores qualitativo/socialmente relevantes, que levam em seu interior a redução da hipercomplexidade do ambiente externo.



Para uma melhor compreensão da teoria de Easton, Antonio Ortiz Mena traz um interessante glossário sobre os principais conceitos eastonianos (MENA : 1986, p. 2):

- a) Sistema: trata da utilidade de considerar a vida política como um sistema de conduta;

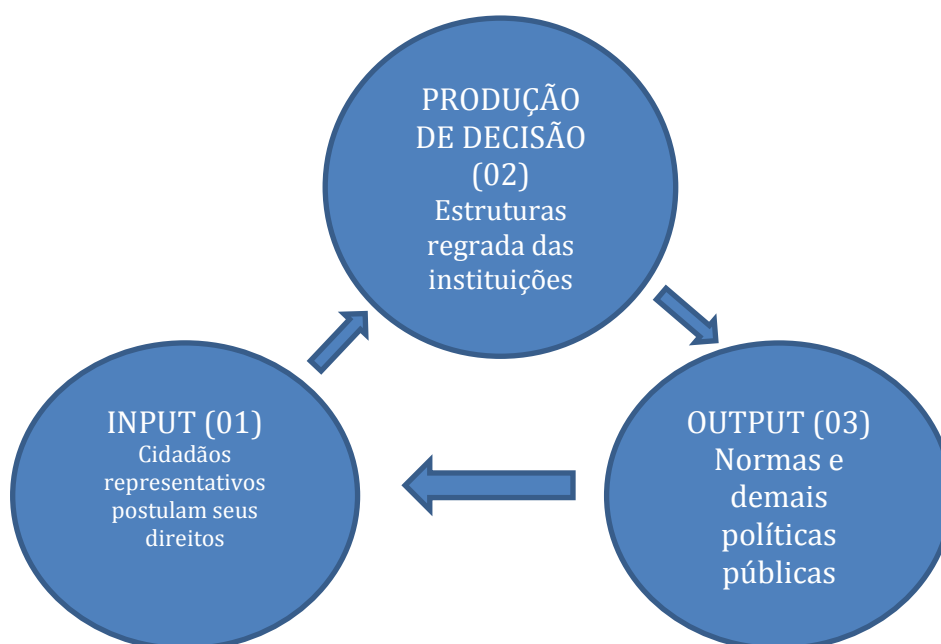
¹ Este tipo de distinção vai, contudo, aos poucos diminuindo em relação ao sistema do direito. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, através do RE 566471 – RN, está discutindo o direito ao recebimento de medicamentos do Poder Público pela população, mesmo que esteja fora da listagem do SUS. Tal processo interfere diretamente no sistema político vigente, pois tem o poder de dizer quais são os fins coletivos de nossa sociedade ao determinar, em decisão jurisdicional que é também política, a alocação de recursos necessários para este fim.

- b) Ambiente: um sistema pode se distinguir do ambiente em que existe e está aberto a influências que o precedem;
- c) Resposta: as variações que se produzem nas estruturas e processos dentro de um sistema podem ser interpretados como esforços alternativos construtivos ou positivos por parte dos membros do sistema, para regular o fazer frente a uma tensão que procede tanto das fontes ambientais como internas;
- d) Retroalimentação (ou *feedback*): é a capacidade de um sistema para subsistir frente a uma tensão (ou irritação) em função da presença e natureza da informação e das demais influências, as quais retornam a seus atores e aos que tomam as decisões. Em comparação, Luhmann trata de forma símile o mesmo problema. Ao invés do conceito de *feedback*, ele utiliza o *re-entry*, conceito advindo da álgebra e da aritmética por George Spencer Brown: (*re-entry*) “significa paradoxalmente a ‘reentrada’ de uma forma na forma ou da distinção naquilo que foi distinguido (*draw a distinction*). [...] Dessa maneira, a diferenciação entre sistema (*System*) e ambiente (*Umwelt*) se apresenta ‘duas vezes: como distinção produzida pelo sistema e como distinção observada pelo sistema” (VIANA : 2011, p. 114).

O glossário mais completo da teoria eastoniana também deve contar com os seguintes conceitos:

- e) *Inputs*: são os insumos de um determinado sistema. Na parte política, podemos classificar os *inputs* como as reivindicações de um dado grupo social politicamente relevante. Na teoria de Easton, “os *inputs* servirão de variáveis-resumo, concentrando e espelhando tudo o que é relevante no contexto em função da tensão política” (EASTON : 1970, p. 194). Através deles, ampla escala de atividades pode ser canalizada, observada, sumariada e levada a efeito sobre a vida política;
- f) Autoridades: são os membros que, a fim de tornar possível a ação coletiva, possuem os elementos que habitualmente os habilitam a falar no nome do grupo ou de seu proveito (EASTON : 1970, p. 196).
- g) *Outputs*: “São as decisões e ações das autoridades. Como *output* político/jurídico, podemos indicar as normas jurídicas produzidas pelo sistema, como constituições, leis ordinárias, medidas provisórias, dentre outras.

David Easton desenvolveu um modelo de ciclos que permite analisar a política em termos de sistema. Em seu livro “Uma teoria da análise política”, Easton define que um sistema é um conjunto de variáveis, sem levar em conta o grau de inter-relacionamento entre elas. Como forma de melhor elucidar a teoria de David Easton, vamos fazer um círculo representativo do funcionamento do sistema político eastoniano:



Como se observa, a imagem “revela que, afinal de contas, em sua forma elementar um sistema político é apenas uma maneira de converter certos *inputs* em *outputs*” (EASTON : 1968, p. 154).

Para Easton, existem numerosas influências do meio parapolítico no sistema político (MENA, 1986, p. 3) e estas ocorrem se o meio é relativamente estável; caso não seja, haverá a possibilidade de ruptura daquele sistema, inaugurando-se outro sistema político. Assim, a influência sistêmica ocorre até determinado grau – o grau de uma ruptura.

Assim, os intercâmbios que se produzem são analisados em termos de insumos, denominados *inputs*, e correspondem às influências do meio externo que conseguiram adentrar, de qualquer forma possível, dentro daquele sistema. Os *inputs* passam por um processo de “catalização” interna, podendo dar algum resultado – ou resultado nenhum. Se produzirem um resultado, este sairá daquele sistema como sendo o produto final daquela

interferência. O produto final deste intercâmbio é denominado de *output*. Os *outputs*, ao retornarem ao meio ambiente, passam a produzir interferências nele também, no que pode vir a ocorrer o que se chama de *feedback*: o *output* influencia o meio, por ele é digerido e retorna ao sistema como uma nova demanda, ressurgindo através de um novo *input* – e aí o ciclo recomeça:

“Los efectos que son transmitidos a través del límite de un sistema hacia otro sistema son los outputs (productos) del primer sistema y otros inputs (insumos) del segundo al cual influyen. Una transacción entre sistemas será vista como una ligazón entre ellos en la forma de una relación input-output”. (MITCHEL :1979, p. 724)²

Em sua obra “Teoria da Análise Política”, David Easton parte do pressuposto que os sistemas do meio ambiente – ou o grande sistema social - estão em permanente mudança considerável. Como ligar essas mudanças com as suas consequências para um sistema político é uma de suas indagações principais:

Embora a ciência social tenha recentemente e rapidamente se enamorado dos problemas de mudança e uma grande onda de teorias de mudança ameace engolfar-nos, pelo menos

² Tal retroalimentação contínua é muito similar ao círculo hermenêutico heideggeriano descrito por Gadamer: “É por isso que retomamos a descrição heideggeriana do círculo hermenêutico a fim de que o novo e fundamental significado que adquire aqui a estrutura circular possa se tornar fecundo para nosso propósito. Heidegger escreve: ‘Embora possa ser tolerado, o círculo não deve ser degradado a círculo vicioso. Ele esconde uma possibilidade positiva do conhecimento mais originário, que, evidentemente, só será compreendida de modo adequado quando ficar claro que a tarefa primordial, constante e definitiva da interpretação continua sendo não permitir que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia (*Vorhabe, Vorsicht, Vorbegriff*) lhe sejam impostas por intuições ou noções populares. Sua tarefa é, antes, assegurar o tema científico, elaborando esses conceitos a partir da coisa, ela mesma’.

O que Heidegger diz aqui não é em primeiro lugar uma exigência à práxis da compreensão, mas descreve a forma de realização da própria interpretação compreensiva. A reflexão hermenêutica de Heidegger tem seu ponto alto não no fato de demonstrar que aqui preza um círculo, mas que este círculo tem um sentido ontológico positivo. A descrição como tal será evidente para qualquer intérprete que saiba o que faz. Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para as ‘coisas elas mesmas’ (que para os filólogos são textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas). Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão ‘heroica’, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente ‘a tarefa primeira, constante e última’. Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorram. Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido” (GADAMER : 2012, p. 271-2).

abriu-nos os olhos para o fato de que qualquer teoria geral, mesmo se for minimamente adequada, precisa ser capaz de lidar com a mudança tão facilmente quanto lida com a estabilidade.

[...]

Uma vez introduzida e estabilizada uma mudança, ela pode continuar a exercer sua influência em outros aspectos da sociedade. Não é como o raio do relâmpago que produz os seus danos e desaparece sem deixar um só depósito de efeito. Pelo contrário, constitui uma pressão contínua no sistema político. (EASTON : 1968, pp.147-148).

Easton também tratou em sua obra da questão acerca de uma eventual sobrecarga de *inputs* (algo semelhante ao que vive o Judiciário brasileiro). Para ele,

... nenhum sistema é capaz de aceitar e transformar em *outputs* um número e variedade ilimitado de demandas. Por definição, as demandas são expressões articuladas dirigidas às autoridades propondo que algum tipo de alocação autoritária precisa ser realizado.

[...] Em todos os sistemas pode-se verificar que existem processos disponíveis através dos quais o volume inicial de demandas que são expressas é reduzido de uma maneira ou de outra. Podemos descrever este conjunto de processos como uma redução de volume e variedade através da combinação de duas ou mais demandas em apenas uma. (EASTON : 1968, p.165-167)

Observa-se que a teoria política de David Easton procura simplificar as demandas sociais e as respostas do sistema político, que estão em uma espécie de contínuo *feedback* e retroalimentação sistêmica, sistema este em muito símile ao que ocorre com os precedentes vinculantes.

2.2 – A escolha da tese vencedora à luz da teoria do acoplamento estrutural de Nicklas Luhmann

Com uma sociedade hipercomplexa e hipercomunicativa, um dos grandes problemas dos sistemas é a necessidade de redução de complexidade para a tomada de uma decisão. A metodologia empregada para tal redução é que é objeto de um estudo analítico produzido por

Luhmann que serviu de inspiração para vários trabalhos na área da teoria geral do direito e sociologia jurídica.

O CPC/73 não tinha métodos suficientes para lidar com a instabilidade do ambiente decorrente de sua hipercomplexidade. Como resultado, as múltiplas decisões decorrentes de múltiplas vertentes adotadas (e antagônicas) não se sincronizava com perfeição ao sistema jurídico. Vitória ou derrota de uma tese por vezes passavam pelo elemento sorte na distribuição do recurso a uma das turmas de um dado tribunal.

De fato, as informações passíveis de serem comunicadas se tornaram tão multiformes e compartimentalizadas que emergiu a necessidade do surgimento de um filtro de sistemas funcionalmente especializados – considerados os subsistemas da sociedade – como uma forma de processamento voltada para a necessária redução da complexidade, elemento vital para que os *inputs* da sociedade possam ter uma racionalização de julgamento.

A redução da complexidade passa, então, a lutar por um sentido. Em termos singelos, os sistemas para Luhmann surgem autorreferencialmente como núcleos constitutivos de sentido. Para Luhmann, o sentido sempre estará pressuposto para o sistema. Nenhuma operação na sociedade poderia prescindir de sentido previamente definido.

O sentido passa a correlacionar o sistema e o ambiente que atua em sua periferia (entorno). O sistema passa a ser racional quando se aplica uma diferenciação entre ambiente e o próprio sistema.

Ulisses Swarcz Viana, com muita propriedade, adverte que um sistema social não corresponde a uma pura e simples multiplicidade de homens. Os seres humanos são definidos por Luhmann como sistemas psíquicos autopoieticos:

Em termos mais simplificados, os seres humanos (sistemas psíquicos) estão no ambiente (entorno) do sistema. Daí a interessante ideia de que eles podem se ‘acoplar’ com vários sistemas funcionais da sociedade, como, p. ex., quando uma pessoa que está desenvolvendo trabalho acadêmico-científico se ‘acopla’ com o sistema da ciência; quando atua como advogado se ‘acopla’ com o sistema do direito; quando efetua uma compra e faz o pagamento se ‘acopla’ com o sistema da economia; quando tem um

encontro romântico se ‘acopla’ com o sistema da intimidade e assim por diante. (VIANA : 2011, p. 118).

Assim, é fácil perceber que o direito recebe um alto grau de irritação e perturbação ambiental na forma de conflitos que desaguam no Judiciário ano a ano, objetivando uma solução outorgada por uma autoridade. Nos processos coletivizados que geram decisões com efeitos vinculantes, a redução da complexidade dessas demandas que chegam aos tribunais competentes a níveis operacionalizáveis é uma questão de sobrevivência e funcionalidade dos próprios tribunais.

Ao se observar o fenômeno de um julgamento de um processo coletivizado, percebe-se que dentro de seu subsistema de julgamento há um meio ambiente repleto de teses – em sua maioria antagônicas - que permanecem em sua periferia. São teses econômicas, administrativas, civis, laborais, dentre várias. Trazem reflexos sociais, econômicos, políticos, alteram por vezes o sistema de segurança ou saúde públicas, afetando uma comunidade inteira (como no exemplo das ações civis públicas que visam a relocação de servidores públicos em delegacias ou quartéis ou nas ações em que se discutem os limites ao fornecimento de medicamentos à população). O julgamento escolhe uma delas e o acoplamento estrutural ocorre – por vezes invisível, imperceptível aos julgadores – preparando a decisão judicial para a saída do sistema como um *output* à luz da teoria de David Easton.

Por este acoplamento estrutural, o sistema jurídico empresta suas estruturas para outro sistema (como os da segurança ou saúde públicas), que é visto como parte do meio ambiente daquele. Muitas vezes, o sistema em acoplamento não sabe como se operam as decisões no direito (como é o caso da saúde pública – os médicos tradicionalmente não são afetos ao *modus operandi* jurídico), mas a decisão jurídica irá afetar uma parcela de sua conduta no futuro.

Noutros termos, os acoplamentos estruturais, ao canalizarem as irritações do ambiente jurídico, advindas dos outros sistema sociais através dos recursos múltiplos sobre o mesmo tema, pressionam e aumentam a seletividade do sistema, que vê no regramento para a redução de complexidade um estágio necessário para uma maior eficiência do sistema jurídico.

3 A teoria do precedente vinculante

3.1 Aspectos iniciais

O sistema brasileiro de processo civil tradicionalmente era individual até a vigência do CPC/15, com as exceções das ações coletivas de origem, ou seja, daquelas ações que já partiam do início sendo coletivas, como as ações civis públicas, ações populares, mandados de segurança coletivo e ações coletivas em geral.

Com o advento do CPC/15, uma série de novas situações foi imposta no que tange aos precedentes, que os elevou a um patamar até então ainda não experimentado no processo brasileiro:

- a) uma decisão judicial, quer seja interlocutória ou definitiva, não se considera fundamentada se deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte (art. 489, VI);
- b) os cumprimentos provisórios de sentença dispensam caução se a sentença provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do STF ou do STJ (art. 521, IV);
- c) os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926);
- d) os julgamentos em *overrulings* que alterem jurisprudência dominante de tribunal superior admitem modulação de efeitos com o fito de aumentar a segurança jurídica (art. 927, § 3º);
- e) a modificação de jurisprudência pacificada em julgamento de casos repetitivos terá que observar a necessidade de fundamentação adequada e específica para a preservação dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º);
- f) os precedentes serão publicados e organizados por tema pelos respectivos tribunais (art. 927, § 5º).

Para muitos,

O artigo 926 representa uma nova era processual, com intuito de sistematizar uma ótica processual diversa da atual, concedendo uma força até então inexistente à utilização dos

julgados. Os tribunais terão o dever de uniformizar as suas posições, o dever de imaginar-se um só judiciário, um só órgão. (LEMOS : 2015, p. 137)

Com o advento do novo *Codex*, os processos podem nascer individuais, mas em um dado momento – e obedecendo determinados requisitos legais – eles podem se tornar coletivizados, onde a decisão judicial daquela ação específica passa a ter efeito expansivo subjetivo, alcançando terceiros que sequer participaram daquela demanda.

3.2 Distinção de precedente e figuras afins e o seu conceito

Para uma correta conceituação do termo precedente é necessário, antes de tudo, buscarmos seus traços diferenciais com relação a outros institutos similares.

Precedente e jurisprudência são dois termos jurídicos usados muitas vezes indistintamente como se fossem sinônimos – mas não o são e, ao contrário, possuem uma marcada distinção.

Por precedente podemos afirmar que é uma decisão judicial que aplica a um suporte fático um determinado raciocínio jurídico. É uma decisão potencialmente relevante, paradigmática e que pode influenciar futuras decisões sobre a mesma matéria. Para José Rogério Cruz e Tucci, “(...) todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: (a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e (b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório” (CRUZ E TUCCI : 2004, p. 12).

Jurisprudência, ao seu turno, tem a haver com uma massividade de decisões judiciais. Não se trata de uma decisão, mas sim de várias decisões no mesmo sentido. “Importa perceber, aqui, que a acepção corrente em torno do termo ‘jurisprudência’ traz intrínseca a ideia de conjunto. Essa me parece ser a nota distintiva essencial: a pluralidade de decisões” (SANTOS : 2012, p. 142).

Existem diversos outros significados para o termo jurisprudência. Entretanto, Lênio Streck conseguiu sintetizar algumas destas correntes conceituais:

(a) em sentido estrito, pode indicar “Ciência do Direito”, também denominada “Dogmática Jurídica” ou “Jurisprudência”; (b) em sentido lato, pode referir-se ao conjunto de sentenças dos tribunais, e abranger tanto jurisprudência uniforme como contraditória; (c) pode significar apenas o conjunto de sentenças uniformes, falando-se, nesse sentido, em “firmar jurisprudência” ou “contrariar jurisprudência”. (STRECK : 1998, p. 83).

Com base no que aqui foi dito, pode-se sustentar que a divergência jurisprudencial elencada como hipótese de incidência do recurso especial pela alínea C (art. 105, III, “c”, da CF) não constitui dissenso entre jurisprudências de tribunais distintos, mas sim entre precedentes judiciais, “já que demonstram o conflito analítico entre teses jurídicas desses órgãos do Judiciário, assentadas em decisões individualmente consideradas, e não no conjunto de pronunciamentos uniformes”. (FACÓ : 2016, p. 29).

Outrossim, a figura jurídica do precedente é distinta do conceito de súmula, pois “Enquanto o precedente (em sentido amplo) equivale a uma decisão judicial com potencialidade para se aplicar em casos futuros, a súmula é o resultado de várias decisões judiciais, culminando na cristalização da *ratio decidendi* a partir da análise de todas elas.” (FACÓ : 2016, p. 30).

3.3 – O início da formação externa do precedente vinculante: os *inputs* e a redução de complexidade

O CPC previu alguns requisitos para a formação do precedente vinculante. Por uma questão de corte metodológico, iremos apenas nos ater neste momento à forma específica de provocação, ou em uma linguagem mais teórica, como o sistema jurisdicional é “perturbado” ou “irritado” para a produção de um precedente vinculante.

Uma das formas para isto ocorrer no ordenamento brasileiro é através de uma multiplicidade de recursos versando sobre a mesma matéria, com possibilidade de decisões conflitantes em todo o território nacional. Para serem considerados *inputs* na teoria da formação do precedente vinculante, os recursos devem ser considerados aqueles de causas múltiplas ou de alta relevância social que tenham a pretensão de alterar, modificar ou afetar o sistema jurídico de alguma forma. Eles possuem a pretensão de gerar um distúrbio dentro do sistema

para que este, uma vez provocado, possa gerar uma resposta efetiva que vinculará o Poder Judiciário como um todo ao final do processo.

Para se evitar que haja uma multiplicidade de recursos que terminem por prejudicar o julgamento, o CPC previu a redução de complexidade em duas vertentes:

- a) na seleção dos *inputs*, ou seja, na forma como os recursos subirão aos tribunais superiores;
- b) na declaração, pela autoridade competente, da matéria que será processada à luz do rito dos recursos repetitivos.

No que tange à redução dos *inputs*, o art. 1.036, §1º do CPC – que versa sobre o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos - observa-se que há um processo de redução de complexidade para a escolha dos recursos que terão a pretensão de influenciar na fixação de uma tese:

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

§ 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

Aqui se tem a aplicação da teoria da redução da complexidade dos *inputs* ao declarar que haverá dois tipos de recursos para análise nos julgamentos repetitivos:

- a) os recursos representativos de controvérsia, que serão aqueles escolhidos pelos presidentes dos tribunais locais em face de sua qualidade e abrangência de matéria para serem enviados ao STF ou ao STJ. Estes recursos terão seu processamento regular e tramitarão para serem julgados diretamente pelo tribunal competente. São os verdadeiros *inputs* do sistema dos recursos repetitivos;
- b) os recursos especiais sobrestados que, a despeito de preencherem os requisitos formais dos recursos (e, até mesmo, de terem qualidade semelhante à dos recursos remetidos ao tribunal competente), foi determinada a sua permanência no tribunal de origem como forma de redução de complexidade para aguardar o resultado final dos recursos representativos de controvérsia. Estes recursos não tramitarão e ficarão na dependência do julgamento especial a ser realizado no STJ. Como não sobem ao tribunal superior, não podem ser considerados *inputs*.

Após essa etapa, o próprio tribunal superior irá realizar uma segunda redução de complexidade quando o relator “identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento” (art. 1.037, I, CPC). Este dispositivo dá ao relator poderes para reduzir ainda mais o alcance do julgamento do recurso repetitivo e, de uma forma bem diversa do CPC/73, o mesmo julgado poderá conter dois acórdãos: um coletivo (processado sob o procedimento do recurso repetitivo) e um individual *inter pars* (art. 1.037, §7º CPC).

Observa-se que o ordenamento brasileiro trabalha com dupla redução de complexidade: uma na escolha dos recursos múltiplos e outra na declaração do que será julgado no rito dos repetitivos.

3.4 – A formação interna do precedente: *ratio decidendi* vs *obter dictum*

Ao se analisar a teoria da argumentação no interior dos precedentes, há que se separar dois grupos de argumentos:

a) os argumentos da *ratio decidendi* (ou *holding*). É onde o magistrado enfrenta o argumento principal. É sobretudo desta parte da decisão que se extrairá as principais razões de decidir daquela causa. Correspondem aos fundamentos definitivos para decidir, fundando a prescrição que pode ser aplicada a casos futuros;

b) os argumentos de *obiter dictum*. Em qualquer decisão judicial, o julgador poderá trazer argumentos que, embora não sejam essenciais para o julgamento e, muitas das vezes, sequer atingem o âmago da questão, servem entretanto, para dar apoio à argumentação principal. São os componentes marginais ao argumento geral.

O Black Law Dictionary traz uma interessante distinção entre os termos (tradução do autor):

Dicta (pl. *Dicta*) uma observação/declaração, ou a observação na opinião judicial que não é necessária para a decisão do caso. A diferença do *Dictum* para a *holding* é que aquela não é vinculativa para os tribunais em casos posteriores. [...] *Holdings* são guias para os casos futuros, enquanto que *dicta* [plural] não são. Considerando que *dictum* é uma expressão usada para referenciar uma discussão de uma questão de direito que, embora seja *dictum*, é, mesmo assim, apenas e tão somente desenvolvida no texto para, posteriormente, ser possivelmente adotada ou incorporada como opinião da corte em casos futuros com autoridade. (GIFIS : 2010, p. 156)³

Na *common law*, há o método de identificação da *ratio decidendi*, obtido mediante a investigação direta a partir dos fatos do caso e não das razões utilizadas para justificar a solução encontrada. Exige-se 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. Após esta fase, aplica-se o direito previsto no precedente (MARINONI. 2010, P. 250).

³ No original em inglês: *Dictum (pl. dicta) a statement remark, or observation in judicial opinion not necessary for the decision of the case. Dictum differs from the holding in that it is not binding on the courts in subsequent cases. [...] Holdings are guides to future conduct, whereas dicta [plural] are not. CONSIDERED DICTUM is a phrase used to refer to a discussion of a point of law that, though it is dictum, is nevertheless so well developed that it is later adopted or incorporated into an opinion of a court as though it were authority.*

3.5 – A formação do precedente vinculante como *output* processual qualificado

Após toda a sistemática de escolha da tese vencedora, esta será produzida pela autoridade competente (no caso *sub oculo*, o STF, o STJ ou o tribunal local) que terá o poder de obrigar a todos os demais tribunais e juízes a preservarem aquele julgamento.

Nesse particular, um dado importante há de ser ressaltado na teoria do posicionamento do precedente vinculante à luz do sancionamento possível. Como se sabe, praticamente todas as normas possuem sua sanção prevista em lei. Se alguém não paga uma dívida em tempo, local e forma ajustados, essa pessoa é passível de uma sanção prevista no ordenamento (juros moratórios, cláusula penal, dentre outras). Entretanto, o particular não possui condições de ingressar no patrimônio do devedor para obrigá-lo a pagar o débito ajustado, posto que a sanção civil (sanção pré-processual) carece de coercibilidade. Apenas e tão somente a sanção pós-processual, ou seja, aquela dotada da força do Poder Judiciário, é que outorga os poderes do Estado-juiz para ingressar a pedido no patrimônio do devedor, executar os bens e lhe entregar o produto final perseguido.

Assim, há uma distinção base nas sanções pré e pós-processuais no que tange à coercibilidade. E qual seria o sancionamento de um eventual descumprimento de um precedente vinculante? Como este *output* se comporta na teoria da hierarquia das normas, em especial em face às normas que lhe deu origem?

Conforme se observou no item 3.1, o CPC dá um tratamento diferenciado ao precedente vinculante. Ele é (ou são) a(s) norma(s) interpretada(s), quer seja um precedente declaratório de norma existente, quer seja um precedente criador de uma nova norma a par das já existentes. De toda sorte, o precedente vinculante ocupa uma posição hierarquicamente superior às suas normas originárias, pois ele conta com a sanção pós-processual *erga omnes*. O precedente vinculante transcende às suas normas fundantes. Sua eventual violação ocupa um sancionamento muito superior à eventual infração de suas normas criadoras.

4 - Conclusões

A formação de um precedente vinculante, cuja decisão terá efeito expansivo subjetivo e *erga omnes*, é muito símile à estrutura da análise política em David Easton. Seus elementos principais estão presentes em ambos, atuando de forma similar tanto na área política quanto na área jurídica:

- a) na estrutura dos *inputs*, as demandas políticas geral entradas nos sistemas decisórios através de uma redução de complexidade; seu paralelo processual são os recursos repetitivos, que geram a demanda de uma decisão vinculante, produzida através de uma dupla redução de complexidade;
- b) na ciência política, o momento decisório é feito através das figuradas das autoridades legalmente instituídas (no caso, os políticos); no sistema jurídico, as autoridades são os membros do Poder Judiciário;
- c) ao final, o produto da demanda política é considerado *output*, que retorna ao meio ambiente que o criou como uma resposta institucional; no sistema jurídico, o produto final (*output*) da demanda múltipla no Poder Judiciário aqui analisado é o precedente vinculante, que sai como *output* transcendente e superior às normas que o originaram, retornando ao meio ambiente (jurídico) e trazendo novas influências.

5 – Referências bibliográficas

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

EASTON, David. Uma teoria de análise política. Tradução de Gilberto Velho. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1968.

EASTON, David. Modalidades de análise política. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1970.

FACÓ, Juliane Dias. Recursos de revista repetitivos. Consolidação do precedente judicial obrigatório no ordenamento trabalhista. São Paulo : LTr, 2016.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12ª edição. Petrópolis : Vozes, 2012.

GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. Sixth edition. New York : Barron's guides, 2010.

LEMOS, Vinicius Silva. Os precedentes judiciais e seus princípios no Novo Código de Processo Civil. *In Revista Dialética de Direito Processual*. Vol. 153, dezembro – 2015.

MENA, Antonio Ortiz. El concepto de sistema politico em la obra de David Easton. *Revista del Departamento de Sociologia*, vol 1, n. 2, outono de 1986.

MITCHEL, William C. *Enciclopedia Internacional de las ciencias sociales*. España, Editorial Aguilar, 1979.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In Direito jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadora). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.

VIANA, Ulisses Scharz. *Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Nicklas Luhmann*. 2ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2011.