

**INSTITUTO MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR**

**DIEGO EXPEDITO DE ALMEIDA MARINI**

**OS PROVIMENTOS VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE PELA INTEGRIDADE E  
COERÊNCIA**

**MACHADO – MG  
2017**

**DIEGO EXPEDITO DE ALMEIDA MARINI**

**OS PROVIMENTOS VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE PELA INTEGRIDADE E  
COERÊNCIA**

Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito do  
INSTITUTO MACHADENSE DE ENSINO  
SUPERIOR como parte dos requisitos para  
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. M. Sc. LUCAS VALÉRIO  
CASTILHO

**MACHADO – MG  
2017**

**M292p**

MARINI, Diego Expedito de Almeida

**Os provimentos vinculantes no novo código de processo civil: uma análise pela integridade e coerência.** Diego Expedito de Almeida Marini. Machado: Instituto Machadense de Ensino Superior, 2017.

**24 p.**

TCC – Graduação – Direito

Orientador: Prof. Me. Lucas Valério Castilho

Ficha Catalográfica elaborada pela Bibliotecária  
Carmen Lúcia D'Andréa – CRB-6-1080

**DIEGO EXPEDITO DE ALMEIDA MARINI**

**OS PROVIMENTOS VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE PELA INTEGRIDADE E  
COERÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
à Faculdade de Direito do Instituto  
Machadense de Ensino Superior como parte  
dos requisitos para obtenção do Título de  
Bacharel em Direito.

APROVADO: Machado-MG, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

---

Profa. M. Sc. Lucas Valério de Castilho  
(Orientadora)

---

Prof. \_\_\_\_\_  
(Avaliador)

---

Prof. \_\_\_\_\_  
(Avaliador)

*Dedico à minha família, meus professores e a todos que foram de suma importância para realização deste grande sonho.*

*Primeiramente agradeço a Deus e minha família, meu pai João Luiz, minha mãe Luza e meu irmão Lelei.*

*Agradeço ao meu orientador Lucas, grande Mestre que sempre irei seguir como referência para minha vida profissional.*

*Aos meus companheiros que fizeram parte do estágio, Fernanda Arantes, Ana Roberta e Alexandre, por todo ensinamento jurídico que me proporcionaram, que de grande valia foram para minha caminhada no curso Direito.*

*Enfim, a todos que fizeram parte deste grande e eterno percurso jurídico.*

*Se as coisas são inatingíveis...ora!  
Não é motivo para não querê-las...  
Que triste os caminhos, se não fora  
A presença distante das estrelas.  
(MARIO QUINTANA)*

## OS PROVIMENTOS VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE PELA INTEGRIDADE E COERÊNCIA

Diego Expedito de Almeida Marini\*  
Lucas Valério de Castilho\*\*

INTRODUÇÃO. 1 *CIVIL LAW E COMMOW LAW*: o equívoco da aproximação de um sistema de precedentes. 2 A SUPERANÇA POSITIVISTA DA NORMA PELO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA: a distinção entre texto e a norma. 3 OS NOVOS PROVIMENTOS VINCULATÓRIOS: a discricionariedade judicial e os velhos métodos. 4 INTEGRIDADE E COERÊNCIA: uma verdadeira aposta para construção do direito. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** O presente trabalho possui a pretensão de analisar como os novos provimentos vinculantes, adotados pelo Novo Código de Processo Civil, devem ser aplicados e, por consequência, afastar qualquer hipótese de uma aproximação de precedentes oriundos da tradição *commow law*. Textos não carregam em si sua normatividade, não estão previamente prontos para aplicação e necessitam da atividade interpretativa do julgador. Portanto, é necessária a teoria estruturante de Müller, que trouxe dois institutos, sendo o programa normativo e o âmbito normativo, ambos possuindo fatores determinantes na construção da norma jurídica. Para tanto, qualquer interpretação deve ser preenchida de uma fundamentação racional e adequada, blindada de toda e qualquer possibilidade de discricionariedade judicial, e, por isso, uma proposta que encontre respostas para formulação de provimentos e suas eventuais decisões, pela análise da integridade e coerência do direito.

**Palavras-chaves:** Provimentos Vinculantes. Precedentes. Integridade e Coerência. *Commow Law*.

### INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil instituiu a valorização das decisões judiciais e o seu dever de observação sob o manto da integridade e coerência. Criaram-se provimentos processuais que são dotados de força vinculante aos casos futuros que, mesmo possuindo uma indiferença aos precedentes genuínos,

---

\* diegowalke@live.com. Acadêmico do 10º período da Faculdade de Direito do Instituto Machadense de Ensino Superior (IMES) mantido pela da Fundação Machadense de Ensino Superior e Comunicação (FUMESC)– Machado – MG.

\*\* lucasadvocacia@gmail.com. Professor da Faculdade de Direito do IMES/ FUMESC – Machado – MG

acredita-se ter havido uma introdução de um sistema de precedentes, isto é, uma adoção da tradição *commow law*, a qual possui padrões decisórios baseados em casos judiciais.

Desta forma, será necessário analisar os provimentos vinculantes perante uma crítica hermenêutica adequada e, ao mesmo tempo, uma interpretação que se adeque aos parâmetros constitucionais, sob o risco de repriminção aos antigos métodos positivistas, que acreditavam ser possível abarcar todo Direito em normas previamente definidas, prontas para serem aplicadas e sem a necessária atividade interpretativa do julgador. Portanto, para analisar precedentes ou qualquer provimento vinculante, será preciso um olhar crítico e uma análise aos ganhos interpretativos da norma jurídica produzidos pelo paradigma pós-positivista.

O ordenamento jurídico brasileiro é baseado na tradição romana, tendo a lei como sua principal fonte, isto é, o *civil law*, sistema jurídico do qual a jurisprudência não faz parte das fontes primárias. Pelo Novo Código de Processo Civil, as decisões formadas pelos tribunais ganharam destaque por obrigar um dever de observação, estipulando-se um rol de provimentos vinculantes.

Nos países de origem *commow law*, que possuem padrões jurídicos determinados em juízo, as decisões judiciais não nascem dotadas de força vinculante; será, portanto, em momento posterior, a partir de vários casos análogos, que sua utilização como uma razão de decidir, dotadas de mesmas características fáticas e jurídicas. Por sua vez, o Novo Código adotou uma técnica diferenciada de provimentos vinculantes, isto é, quando da sua formação, este já será predeterminado a ser um “precedente” e, deste modo, servir de parâmetro vinculatório a ser usado para casos futuros que guardem semelhança.

A adoção de provimentos vinculantes no novo sistema processual poderá impactar de forma conflituosa as decisões judiciais, pois enunciados jurídicos não possuem força normativa antes da problematização jurídica, ou seja, não dispensam a necessária interpretação para concretização da norma, visando encontrar sua *ratio decidendi*, sendo que esta não deve ser confundida com meras ementas sumulares ou jurisprudência, sendo necessário, portanto, um verdadeiro debate condicionado a toda integridade do direito.

Logo, há possibilidades de, previamente, fixar normas prontas para todas as respostas de casos futuros, sem a devida integridade e coerência adotadas

pelo novo Código? Haverá uma forma de criação dos chamados precedentes, carregando, em si, toda sua força normativa e, portanto, de forma silogística, aplicar sem a necessária atividade interpretativa fundamentada, exigida constitucionalmente?

O presente trabalho foi realizado através de pesquisa bibliográfica, com uma análise em doutrinas, artigos científicos, livros sobre teoria do direito e os novos institutos trazidos pelo novo Código de Processo Civil.

Resta analisar como os novos provimentos, destinados a terem força vinculante, deverão ser analisados perante os casos concretos. Logo, é necessária a devida importância interpretativa pós-positivista que compreenda a relação entre o texto e norma e, portanto, uma aplicação fundamentada, formada pela integridade e coerência do direito.

## **1 CIVIL LAW E COMMON LAW: O EQUÍVOCO DA APROXIMAÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES**

O Direito brasileiro possui um histórico de valorização jurisprudencial como fonte normativa. Cite-se a criação das Súmulas vinculantes, por meio do art. 103-A da Constituição Federal; as técnicas de recursos repetitivos do art. 102, §3º, entre outros dispositivos do revogado Código de Processo Civil como, por exemplo, os artigos 557, e 285-A do CPC/73. Com o Novo Código de Processo Civil não foi diferente; adotou-se um reforço vinculante de decisões produzidas pelos tribunais, aos quais trouxe novos institutos, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidente de Assunção de Competência.

Desde então, a doutrina pátria afirma sobre uma possível introdução de precedentes judiciais e o *stare decisis*, advindos de países como a Inglaterra e os Estados Unidos. Porém, é preciso entender que o estudo do *common law* está inserido dentro de uma origem de um desenvolvimento histórico, pois, para países anglo-saxônicos, o respeito a um precedente não é seguido de uma regra legal vinculante que determine a aplicação de precedentes e todos seus efeitos. (STRECK; ABOUD, 2016c: 1.192).

Pelos estudos de John Henry Merryman, para se considerarem as distinções entre o *common law* e o *civil law*, é necessário um estudo não somente entre sistemas jurídicos, mas, necessariamente, uma perspectiva de tradições

que, deste modo, acaba sendo um fenômeno mais amplo que sistemas jurídicos, pelo fato de ser um conjunto de práticas e costumes construídos historicamente, e não somente o conjunto de regras jurídicas inseridos dentro um ordenamento jurídico. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015: 265).

O *commow law* pode ser definido como um “conjunto de padrões jurídicos determinados em juízo, o que o faz se contrapor ao *statute law*, direito criado por um ato legislativo vindo de fora do Judiciário, normalmente do Parlamento”. (LOPES FILHO, 2016: 112). Nos países de origem *commow law*, o *stare decisis* não é criado por lei, mas, sim, por força dos costumes, algo informal que os juízes seguem por prudência e outras razões. (LOPES FILHO, 2016: 114).

Contudo, não seria correto analisar a tradição *commow law* reduzindo apenas ao direito construído por meio de decisões judiciais. “Em verdade, boa parte das regras de direito que se aplicam todos os dias na Inglaterra e nos Estados Unidos são regras sancionadas pelo Legislativo ou Pelo Executivo”. (STRECK; ABBOUD, 2015: 29). “Aliás, essa questão é inclusive óbvia para eles, haja vista que a lei é o ato normativo que por excelência representa a democracia, somente podendo ser afastada em casos excepcionais, isto é, mediante controle de constitucionalidade”. (ABBOUD, 2014: 373).

De outro lado, na tradição *Civil Law*, a jurisprudência é analisada em sua dependência com a lei, quer dizer, as decisões são produzidas em conformidade com o texto da lei produzida pelo parlamento. Todavia, no *commow law*, a atuação do magistrado para interpretar é mais flexibilizada, pois, mesmo que o caso exija o texto da lei, o precedente será aplicado tendo como base questões que se extraem de um contexto histórico-normativo para solução do caso em análise, ou seja, a lei possui uma atuação de forma mais restrita, não sendo a principal forma de desenvolvimento de decisão. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA 2015: 327).

Portanto, ao decidir, “o Judiciário, no *commow law* não decide o caso concreto a partir da interpretação sem lançar mão da cadeia de precedentes”. (STRECK; ABBOUD, 2015: 39-40). O magistrado inicia sua fundamentação e decisão não apenas da lei. Ou seja, diferente das súmulas ou os novos incidentes de demandas vinculantes adotados no novo Código, os precedentes genuínos não se limitam apenas em pequenos verbetes aplicados ao velho método

positivista exegético<sup>1</sup> são, porém, efetivados e construídos após diversas aplicações, tendo como base toda uma concretude histórica. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015: 331-332).

Por estas razões, autores como Streck e Abboud (2016c: 1196) desqualificam o termo “precedente”, adotado pela grande maioria da doutrina em referência ao rol adotado pelo at. 927 do NCPC, tomando como nomenclatura “provimentos vinculantes”, considerando a impossibilidade de uma criação legislativa de precedentes genuínos e, ao mesmo tempo, uma recepção do *commow law*, pelo fato de ser uma construção de tradição histórica. Logo, não há espaço para afirmar uma aproximação, e nem mesmo um “ sistema de precedentes”; o que foi adotado não passa de uma vinculação jurisprudencial reduzida em meras ementas dotadas de normatividade previamente definida.<sup>2</sup>

Seguindo em análise aos precedentes do *commow law*, estes não nascem prontos para serem aplicados, ou seja, na sua formação, como razão de decidir, o precedente deve carregar todo um DNA histórico, que somente será aplicado por uma construção dialética, sendo considerados diversos aspectos antes de sua aplicação, quais sejam, sua fundamentação, sua viabilidade no caso concreto e as diversas análises históricas de pronunciamentos passados. (LOPES FILHO, 2016: 116).

Com a inserção deste novo método decisório, o processo brasileiro visou a um encurtamento de cognição judicial, fazendo com que as decisões sejam aplicadas de forma padronizada, remodelando-se ao antigo positivismo, de forma que, na aplicação, possam ser adotados métodos subsuntivos, tendo a interpretação e normatividade já pressuposta; em outras palavras, o direito era a própria lei, ou, no presente caso, os próprios “precedentes”. (NUNES; HORTA, 2016: 305).

Pela tradição *commow law*, é possível analisar que não há uma aplicação mecânica de precedentes, pois nunca haverá algum provimento dotado de todo conteúdo normativo pronto para aplicação de casos futuros. O precedente é fruto

---

<sup>1</sup> Sobre o positivismo exegético “A atividade do magistrado seria, portanto, unicamente lógico-dedutiva, pois sua conclusão (decisão) já estaria implícita em sua premissa (lei). O trabalho do juiz seria mera reconstrução do sentido do discurso do legislador inserido na norma no momento de sua criação”. (LOPES FILHO, 2016: 40).

<sup>2</sup> “Portanto, onde está escrito no CPC jurisprudência não se pode ler precedente. Essa mera equiparação é equivocada do ponto de vista doutrinário pela simples razão de que precedente não é jurisprudência.” (STRECK; ABBODD: 2015: 109).

de uma evolução histórica, um trabalho construído de todo um contexto de integridade, sendo analisado diante do plano pragmático (concreto), e nunca criado de forma abstrata, aplicado pela lógico-dedutiva. “Essas observações são essenciais para não incorrerem no equívoco de lermos o CPC como um sistema de *stare decisis* ou, simplesmente, como “ sistema de precedentes à brasileira. ” (STRECK; ABBOUD, 2016c: 1193).

Em verdade, na tradição de países *commow law*, os tribunais não produzem, de imediato, regras gerais e abstratas, capazes de vincular o sistema para o futuro, pois, diferente do que ocorre no Brasil com as súmulas e os novos provimentos adotados, o precedente não encerra o caso; é, portanto, um ponto de partida, o qual é analisado dentro de um contexto fático/histórico para a discussão das decisões do presente. (THEODORO JÚNIOR et al., 2015: 244).

A doutrina dos precedentes é formada pelo debate e articulação de todos os elementos inseridos em casos análogos, isto é, todo seu passado construído pelos juízes para extrair sua regra jurídica contida nos casos anteriores que, por sua vez, extrair-se-á sua razão de decidir, sendo esta usada para a decisão do caso examinado, devendo os juízes observarem, diante de uma análise concreta ,as possibilidades existentes de superação ou distinção. (STRECK; ABBOUD, 2016b: 177).

Assim, ao contrário do que se pensa, a publicação de súmulas pelos tribunais brasileiros não aproxima a prática jurídica nacional da tradição da *commow law*, porque é uma parte vital daquele sistema que os tribunais não possam exarar regras gerais em abstrato, mas apenas em função dos fatos da disputa que são trazidos a exame. (RAMIRES, 2010: 62).

Outro equívoco ao se comparar os precedentes genuínos pode ser visto acerca da análise sobre a *ratio decidendi*. Esta pode ser compreendida como o núcleo que vincula a parte de decisão judicial extraída que será usada como parâmetro para os casos futuros. Porém, em países de tradição *commow law*, não há poder para que os tribunais antecipem como os futuros casos serão decididos, ou seja, não há como dizer o que será a *ratio* ou, até mesmo, a *dictum*, para que obrigue outros juízes como decidir. (LOPES FILHO, 2016: 166-167).

Já no sistema brasileiro, em exemplo, as súmulas vinculantes são aplicadas desvinculadas dos casos que a originaram, possuindo um texto geral e

abstrato que vincula os casos futuros, bastando, apenas, sua publicação na imprensa oficial para que irradie seus efeitos. (STRECK; ABOUD, 2015: 70). *Contrario sensu*, “O precedente no *commow law* é um ponto de partida, quando de modo recorrente entre nós, é visto como um ponto de chegada”. (THEODORO JUNIOR et al., 2015: 248). Ou seja, aqui se encerra a discussão com ementas dotadas de uma suposta *ratio decidendi*, o que, por sua vez, não é o caso do *commow law*, pois, nestes países, o precedente jamais é encarado como um debate encerrado.

De fato, mesmo a tradição brasileira sempre ter respeitado os julgados dos tribunais para as decisões, tentar uma aproximação de uma tradição de precedentes não é correto. As súmulas construídas perante as reiteradas decisões não são como os precedentes dos países *commow law*, pois lá não há aplicação mecânica, busca-se uma identificação discursiva entre o caso analisado e o precedente, trazendo em análise os aspectos fáticos e jurídicos. (NUNES; BAHIA, 2015).

Na tradição *commow law* uma decisão não pode nascer, desde início, vinculante e ser usada como precedente; serão as análises futuras dos juízes que, diante da casuística, poderão se manifestar sobre a formação do precedente. Contudo, não se ignora que o juiz que formulou a primeira decisão não se olvidou de construir fundamentações que, no futuro, serão usadas por outros magistrados<sup>3</sup>. Mas, o que é necessário compreender é que a noção de um precedente genuíno será sempre uma atividade reconstrutiva do direito, retirada do contexto normativo histórico em que os próximos juízes poderão formular as noções da razão de decidir. (NUNES; HORTA, 2016: 308-310).

O que se extrai diante das análises é que os precedentes genuínos não se inserem na clássica confusão entre o texto e a norma, pois o que terá força vinculante para decisão será a sua fundamentação. Precedentes não são feitos para decidir casos futuros - mesmo que possa incidentalmente acontecer - mas

---

<sup>3</sup> Um grande exemplo retirado dos países de *commow law* em que os tribunais não determinaram previamente um precedente, sobre o famoso caso que deu origem ao controle concreto de constitucionalidade. “ Quando do *Justice Marshall* decidiu *Marbury vs. Madison*, ele não podia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para a realização do controle difuso de constitucionalidade. Aliás, *justice Marshall* não poderia nem ao menos prever que o caso *Marbury vs. Madison* adquiriria a importância que teve, até mesmo porque por quase três décadas após seu julgamento o precedente oriundo do caso *Marbury vs. Madison* manteve-se em estado dormente. (STRECK; ABOUD: 2016a:1197).

casos passados, sendo que, caso aconteça, será apenas uma consequência. (STRECK; ABOUD, 2015: 35).

Assim, “Importante salientar que o precedente, diferentemente de uma súmula (simples ou vinculante), não possui seu conteúdo retratado em um curto texto normativo”. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015: 331). Logo, percebe-se a impossibilidade de se equiparar precedentes ao modo proposto de provimentos vinculantes adotados no Novo Código de Processo Civil e, portanto, tomar qualquer decisão por precedentes já previamente definida por sua *ratio*, inserida por meras ementas.

Portanto, inexistente aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar, por efeito cascata, diversos casos futuros. Pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa, e, após ser localizado, passa-se a verificar se na circunstância do caso concreto que ele virá solucionar, é possível utilizá-lo sem que ocorram graves distorções, por se elas ficarem caracterizadas, o precedente deverá ser afastado. (STRECK; ABOUD, 2015: 50).

Em suma, não há possibilidades de criar uma *ratio decidendi* representada apenas por um texto de nomenclatura de “precedente”; este não é qualquer decisão judicial posta a mão do interprete para ser usada como fundamentação. “Portanto, onde está escrito no CPC jurisprudência não se pode ler precedente. Essa mera equiparação é equivocada do ponto de vista doutrinário pela simples razão de que precedente não é jurisprudência”. (STRECK; ABOUD 2015: 109).

Deste modo, para a finalidade de interpretação de qualquer provimento elencado no rol do art. 927, será necessário compreender a evolução do conceito de norma e seu caráter semântico, até os fundamentos do pós-positivismo, ao qual buscou superar os métodos de normas gerais e abstratas previamente definidas.

## **2 A SUPERAÇÃO POSITIVISTA DA NORMA PELO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA: A DISTINÇÃO ENTRE TEXTO E A NORMA**

O direito brasileiro, conforme analisado, baseia-se na tradição romana, que tem por base as leis criadas pelo parlamento como fonte primária para ordenação

social e aplicação do direito. As leis podem ser definidas como comandos abstratos, textos de caráter geral para aplicação dos casos futuros, formados por um órgão competente, condicionado a um processo constitucional adequado. No entanto, para não haver confusão entre o texto e a norma, será necessária uma breve análise do estudo de sua formação teórica.

A partir do século XX, o conceito de norma jurídica, o que não se deve confundir com a lei, passa a ser relevante para o estudo da teoria do Direito; nessa época, inicia-se a criação das teorias da norma jurídica tendo como um dos principais autores Hans Kelsen e sua obra Teoria Pura do Direito. (OLIVEIRA, 2008: 193).

Para o jurista de Viena, “A norma funciona como um esquema de interpretação” (KELSEN, 1998: 4). “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma”. A norma jurídica é o que determina o sentido objetivo dos atos humanos, conferindo um significado de direito”. (KELSEN, 1998: 216).

A norma, portanto, é produzida por um ato jurídico, recebendo o significado jurídico de outra norma, dentro de uma estrutura dinâmica. (OLIVEIRA, 2008: 193). Mas, o que é importante ser observado acerca do positivismo normativista de Kelsen, para o conceito de norma, será o seu caráter semântico, isto é, significa dizer que a norma já existe de forma abstrata e pré-existente, antes da problematização jurídica. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

Seguindo, outro jurista que construiu o conceito de norma dotada de caráter semântico foi Robert Alexy. Para o jurista alemão, a norma seria estruturada em um gênero que comporta duas espécies: as regras e os princípios. No entanto, há diferenças entre elas. “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”. (ALEXY, 2008: 90).

Por outro lado, “as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. (ALEXY, 2008: 91). Logo, os princípios para Robert Alexy, como mandados de otimização, podem ser satisfeitos em determinados graus, sendo que, em caso de colisão de princípios, será usada a

técnica da ponderação para solução do caso, enquanto as regras são feitas pelo método da subsunção.

Com Ronald Dworkin, as teorias semânticas de norma se distanciam, o direito surge de um processo interpretativo de construção e justificação e, portanto, não é possível existirem normas jurídicas preexistentes, mas, a normatividade surgindo na própria atividade interpretativa, faz o conceito de norma ser colocado num plano pragmático (concreto) e não num plano abstrato, que Alexy e Kelsen propunham. (OLIVEIRA, 2008: 200).

O que se estabelece para Dworkin, contrapondo a teoria semântica de Alexy, é que os princípios são construídos pela integridade do direito, não havendo que se falar em colisão, pois ambos se complementam. “Tanto os princípios como as regras integram o Direito, sendo ambos padrões de julgamento vinculantes a serem interpretados no contexto de um empreendimento que, como um todo, é moralmente coerente”. (MOTTA, 2017: 104-105). Logo, os princípios, para Dworkin, é a sua construção estabelecida historicamente, as quais gera um dever de obediência por todos no seio de uma comunidade política<sup>4</sup>. Nas palavras do Jurista norte-americano.

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (DWORKIN, 2014: 272).

Por conseguinte, para tentar solucionar os equívocos criados pelo positivismo, Friedrich Müller formula sua base teórica do pós-positivismo. De início, vale ressaltar que a teoria estruturante não teve a intenção de criar um antipositivismo, mas algo que viesse a superá-lo, ou seja, sua proposta teve por objetivos construir uma teoria que reformulasse os métodos de caráter semântico e abstrato da norma e sua conseqüente aplicação mecânica; a diferença entre texto e norma, demonstrando que esta deve ser construída dentro de um processo interpretativo. (ABBOUD, 2014: 54-55).

---

<sup>4</sup> “O autor norte-americano sustenta que “as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político” E que, por essa razão, “uma comunidade de princípios aceita a integridade”, já que aceita “a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios”. (MOTTA, 2017:113).

Por este modo, o pós-positivismo preocupa-se com o caráter semântico, ou seja, a possibilidade de prever normas gerais e abstratas aplicadas de forma mecânica, fazendo uma reconstrução de uma teoria que possibilitasse superar tais conceitos, tendo como um dos pontos de discussão as diferenciações entre texto e norma. “A norma pura não possui uma normatividade concreta, já que não possui um conteúdo material e uma determinação material. Ela constitui apenas texto de norma”. (MÜLLER, 2011: 188).

Pela teoria estruturante da norma e seu viés pós-positivista, utilizou-se como foco uma investigação do direito positivo, estabelecendo duas entidades jurídicas, sendo eles, o programa normativo e o âmbito normativo.

O programa normativo é, assim como antes, expresso no texto literal. Em contrapartida, o âmbito normativo igualmente apreendido pela língua, e como um primeiro recuo no sentido da estrutura material dentro do *tópos* linguístico é frequentemente capaz de mostrar, não é mais dado como algo possível no real. (MÜLLER, 2011: 210).

Em complemento, “uma vez que a norma não pode ser reduzida ao seu texto, ela abrange um “âmbito (campo) normativo”, ou seja, um “pedaço de realidade social” que o programa normativo contempla apenas parcialmente”. (FERNANDES, 2015: 192). Portanto, caso seja retirado o âmbito normativo, não haverá normatividade, sendo reduzido apenas ao texto linguístico, isto é, seu programa normativo. (MÜLLER, 2011: 210).

A norma jurídica, portanto, surge no momento da solução de um determinado caso jurídico. “É nessa perspectiva que o conceito pós-positivista de norma jurídica não pode mais possuir acepção semântica, porque norma não pode ser confundida com o texto normativo”. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015: 374).

Deste modo, pela teoria pós-positivista, os textos legais como as súmulas, as ementas jurisprudenciais, a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais, são apenas o programa normativo. “Do ponto de vista da teoria da norma, programa normativo e âmbito normativo são apenas elementos integrantes da norma, constituindo, portanto, cada um por si, elemento da norma, entre outros”. (MÜLLER, 2011: 210). Pela análise, não é a literalidade do texto que irá regular o caso concreto, mas a decisão que implementa o caso, concretizando a norma

jurídica e, por conseguinte, a norma-decisão, ou seja, o resultado final do processo que concretizado que decide o caso. (FERNANDES, 2015: 192).

Sendo assim, não existe aplicação de textos sem a atividade interpretativa. Pelo paradigma pós-positivista, que não abre espaços para a confusão entre o texto e norma, a norma não está pré-estabelecida na lei, o que, portanto, demonstra claramente a impossibilidade de decisões mecânicas aplicadas pelo ato de subsunção, ou seja, a quando premissa maior é aplicada a uma premissa menor, o que torna uma violação de uma fundamentação adequada exigida pelo art. 93, IX da Constituição, e reforçado pelo art. 489, §1.º do CPC.<sup>5</sup>

O que se pretende, portanto, pelo paradigma pós-positivista, não é um ato de descobrir uma norma, tendo intuito de buscar uma vontade na lei ou no legislador; é a possibilidade de dar a correta compreensão do texto conforme seu contexto. “A interpretação jurídica é diretamente influenciada pela historicidade, ou seja, a interpretação de todo texto legal altera-se frequentemente em virtude do momento histórico em que é realizada”.<sup>6</sup> (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015: 374-376). “Destarte, a interpretação do direito está diretamente relacionada à realidade que lhe é subjacente; por consequência, ela está condicionada pelo momento histórico”. (ABBOUD; 2014: 77).

Retomando a discussão, conforme analisado no sistema *commow law* não há normas pré-existentes prontas para serem aplicadas, não há como antecipar respostas, pois estas são dadas apenas para responder às suas próprias perguntas. (RAMIRES, 2010: 70). Ora, para aplicação de provimentos vinculantes, não há razões para uma blindagem que afaste os métodos interpretativos que o paradigma pós-positivista buscou superar, pois correria o risco de cair nas mesmas armadilhas semânticas positivistas, isto é, a confusão entre texto e norma.

Como acentua Streck (2015: 80), em referência aos verbetes sumulares, “São respostas a priori, “oferecidas” antes das perguntas (que somente ocorrem nos casos concretos)”. Portanto, qualquer texto de súmulas, da formação IRDR,

---

<sup>5</sup> Sobre a inovação legislativa do novo código. “Aqui fica nítida a opção hermenêutica do legislador, na medida em que impede que verbetes, enunciados ou condesações estandardizadas produzidas por compêndios ou resumos de baixa intensidade teórica possam vir a ser citadas sem o necessário contexto (DNA da decisão)”. (STRECK, 2016:684).

<sup>6</sup> Sobre os métodos de interpretação clássicos (sistemático, teleológico, axiológico, etc.), aos quais buscavam a vontade da lei e do legislador, o presente trabalho possui como referencial teórico uma crítica aos velhos métodos interpretativos, a saber: “A atividade interpretativa é sempre histórica, porque o texto somente é abordável a partir da historicidade do interprete.” (ABBOUD,2014:77).

do incidente de assunção de competência, entre outros, como visto pelas entidades jurídicas da norma, serão definidos apenas como o programa normativo, devendo, portanto, considerar a necessidade da atividade interpretativa, junto com o recorte social (âmbito normativo), para a concretização da norma jurídica.

A lei e os textos normativos, em geral, não devem ser compreendidos isoladamente e em abstrato, ou seja, eles não possuem um sentido íntimo que as normas a serem aplicadas, os textos somente adquirem sentido quando confrontados com a realidade social para se alcançar a solução do caso a ser decidido, isto é, a norma não é um ente metafísico e misterioso a ser acessado pelos juristas, a norma é um construir perante o caso concreto a ser decidido. (ABBOUD, 2014: 78).

Por tais razões, o Novo Código não deve cometer os equívocos silogísticos criados pelo positivismo, que acreditavam na possibilidade de concluir todo direito na lei, pois, dentro de um parâmetro constitucional, é inadmissível aceitar textos vinculantes dotados de toda normatividade e de fundamentação antecipada. Pois assim, de forma infeliz, “O antigo juiz boca-fria-da-lei é substituído por um juiz-boca-fria-da-súmula, ou ainda, juiz boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores”. (ABBOUD, 2016: 403).

Destarte, aceitar tais premissas é ir pela contramão de um Estado Democrático de Direito, que garante a fundamentação de todas as decisões. O que resta, porém, além dos métodos interpretativos pós-positivista, será a necessidade de considerar os provimentos vinculantes dentro de uma análise acerca da fundamentação judicial e sua consequente discricionariedade.

### **3 OS NOVOS PROVIMENTOS VINCULATÓRIOS: A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E OS VELHOS MÉTODOS**

O Novo Código de Processo Civil, visando dar maior celeridade às decisões judiciais e possibilitar decisões não conflitantes em prol da segurança jurídica, instituiu dois novos institutos, sendo eles, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidente de Assunção de Competência, ambos fazendo parte do rol de provimentos a serem observados pelos juízes e tribunais, conforme expressa em seu art. 927.

Curioso destacar, de antemão, que o Novo Código não trouxe uma confusão entre o que venha a ser o precedente e súmula, dizendo que, para criação destes, os tribunais devem verificar as circunstâncias fáticas dos casos passados que possibilitaram a motivação da sua criação<sup>7</sup>; algo que deve ser frisado, pois, conforme analisado, para criação das súmulas ou qualquer provimento contido no rol de do art. 927, não há que se confundir com os precedentes genuínos advindos dos países *commow law*.

Ou seja, o novo código aposta em mecanismos processuais que trazem a promessa de possibilitar uma melhor prestação jurisdicional, prezando pela diminuição de litígios e, conseqüentemente, uma jurisprudência mais uniforme e um maior tratamento isonômico para os litigantes, adotando, todavia, uma espécie de fundamentação antecipada. Mas, para tanto, almejar uma “aproximação” entre tradições com novos instrumentos, aos quais sequer possuem similitudes com os precedentes do *commow law*, não será o único caminho a ser percorrido a fim de possibilitar a solução das inúmeras demandas judiciais.

Conforme se sabe, é de praxe forense a aplicação mecânica de ementas jurisprudenciais e verbetes sumulares, apoiando-se aos velhos moldes positivistas, algo que, diferentemente do sistema anglo-americano, nestes países, ocorre uma discussão dos aspectos entre o caso analisado e o precedente, isto é, não há uma repriminção dos métodos exegéticos com normas prontas e acabadas encerrando a discussão. (NUNES; BAHIA, 2015).

Ao se tentar buscar a antevisão mediante a vinculação a julgados pretéritos, se terá como resultado, quando muito, uma previsibilidade artificialmente determinada pelos tribunais superiores, que serão a palavra autorizada a ser repetida pelas demais instâncias judiciais, sob pena de cassação e punição. Será, pois, algo decorrente de um prestígio ao ato da autoridade não de alguma característica ínsita dos precedentes. (LOPES FILHO, 2016: 120).

Não causa estranheza a forma como foi tratado o IRDR no art. 985, dizendo que, ao julgar o incidente, este será aplicado a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. Ou seja, há novamente uma aposta de antever as respostas antes das perguntas, algo que o positivismo

---

<sup>7</sup> Estabelece o Art. 926, § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

clássico falhou ao colocar o direito na lei. O texto precisa da interpretação diante da problematização jurídica (âmbito normativo e programa normativo); por razão, o Novo Código não deve cometer os mesmos equívocos apostando em mecanismos de litigiosidades repetitivas que possibilite abarcar as possíveis soluções jurídicas.

Por conseguinte, conforme dito, o precedente genuíno não é utilizado para resolver casos futuros, e estes não encerram, mas, antes de tudo, iniciam um debate para compreender o texto, algo que somente será possível se for feito a partir da situação concreta em que foi produzido. Nos países de tradição *commow law* para aplicação de um precedente, é necessária e imprescindível a associação do caso passado ao caso presente, isto é, não há possibilidades de descolar o texto da situação concreta que lhe deu origem. (RAMIRES, 2010: 71).

De fato, conclui-se que, nos países anglo-saxões, existe a nítida diferença entre texto e norma, conforme a teoria proposta por MÜLLER, mesmo que de forma inconsciente, pois sabem que um precedente não é aplicado previamente contido em verbetes, sendo necessária a comparação entre os casos pretéritos e a devida interpretação para concretização da norma. (THEODORO JÚNIOR et al., 2015: 248). “Enfim, o precedente não tem nenhuma característica para assegurar uma absoluta antevisão de resultado, se tomado como simplesmente um padrão normativo definido com a abstrativização”. (LOPES FILHO, 2016: 121).

O que resta saber é que o modo como as súmulas e os verbetes jurisprudenciais vêm sendo aplicados no direito brasileiro é algo que conforme analisado anteriormente, gera novamente confusão entre texto e norma, ou seja, a aplicação dos provimentos não deve blindar a teoria proposta estruturante, rompendo o âmbito normativo (recorte social), deixando apenas o programa normativo (texto) a ser aplicado; a norma jurídica só é produzida a partir da aplicação interpretativa de ambos. Ou seja, não deve e nem há possibilidades de se aplicar textos descolados dos fatos.

A interpretação, portanto, deve levar em consideração as variações históricas das condições jurídicas, culturais, políticas, sociais, econômicas etc. Na estruturação da norma jurídica, o intérprete precisa considerar o contexto histórico do momento da atividade interpretativa. A interpretação, portanto, não é um ato mecânico, automático, no qual se revela o sentido de alguma coisa preexistente. A atividade interpretativa e,

consequentemente, a aplicação do direito se alteram a partir de cada realidade histórica também alterada. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

Logo, de nada resolverá produzir enunciados de demandas repetitivas ou qualquer provimento vinculante que incorra em ofensa à isonomia e segurança jurídica, se não houver um critério rígido que impeça a produção de normas previamente definidas e prontas para serem aplicadas com intuito de resolver qualquer caso análogo, no futuro. Toda decisão judicial deve ser obrigatoriamente fundamentada, e isso não se pode dar antes de qualquer problematização concreta com intuito de antever as inúmeras possibilidades fáticas e jurídicas.

Se, em termos da teoria da norma, o âmbito normativo é parte integrante da norma, então a norma não pode ser colocada no mesmo patamar do texto normativo. Essa conclusão decorre do enfoque feito até aqui e deve ser ainda ser discutida. Somente o positivismo científico-jurídico rigoroso pode fiar-se em “aplicar” a lei, na medida em que tratou o texto literal desta como premissa maior e “subsumiu” as circunstâncias reais a serem avaliadas, aparentemente de forma lógica, ao caminho do silogismo, na verdade, vinculado ao conceito e, assim, vinculado à língua. (MÜLLER, 2011: 188).

Por estas razões, o novo Código estabeleceu em seu art. 489, §1º, V, VI, que não se considera fundamentada a decisão que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; 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

O novo Código, buscando uma racionalidade estabelecida no art. 93, IX, da Constituição, para uma análise de aplicação dos instrumentos vinculatórios, exigiu que essa fundamentação não deve ser feita diante das convicções pessoais do julgador, isto é, afirmou uma garantia que barre a discricionariedade e o arbítrio do magistrado. (NUNES; HORTA, 2016: 326). Tendo tal fator que pode ser uma das grandes problemáticas que podem corromper tanto o *common law* quanto o *civil law*.

Em verdade, são os diversos fatores que determinam o grau de segurança jurídica de um ordenamento, principalmente a qualidade externada na motivação das decisões judiciais. Ou seja, quanto mais institucional e constitucional for a decisão, menor será a influência dos critérios morais, pessoais e dos valores individuais do julgador que permearão a decisão e, por consequência, mais íntegra e coerente será a jurisprudência desenvolvida. (ABBOUD, 2014: 362).

Conforme visto, a norma é resultado da interpretação do texto, pois este não está pronto e acabado. O que ocorre, entretanto, é que este ato de interpretar não deve ser visto como algo dotado de subjetividade do julgador, algo que acabaria possibilitando com que juízes pudessem agir como legisladores. Com isso, andou bem o novo Código, que retirou o livre convencimento e introduziu o respeito à integridade e coerência do direito<sup>8</sup>. (STRECK, 2015: 102-103).

O julgador, ao interpretar, não extrai significados inseridos no texto, isto é, não busca sua essência, mas produz um sentido diante da problematização. (STRECK; ABBUD, 2015: 53). Com isso, afirma Streck (2016b: 683), demonstrando a superação dos paradigmas subjetivistas, que o juiz deve barrar suas convicções pessoais, sendo que estas devem ser irrelevantes para a decisão judicial, que, portanto, serão filtrados através de uma linguagem pública, quais sejam, doutrina, jurisprudência e Constituição Federal.

Qualquer aplicação de provimentos que retorne aos velhos métodos deverá ser nula, devendo ser encarados com a rigidez necessária que dispõe o art. 489, §1º, CPC. (NUNES; HORTA, 2016: 331). “É assim, portanto, que é preciso compreender a obrigação de motivação da decisão judicial como garantia política e democrática”. (RAMIRES, 2010: 40).

Por estas razões, o art. 926 do novo Código estabeleceu uma das grandes possibilidades de fundamentações judiciais para romper com os métodos discricionários e todo e qualquer tipo de ativismo, dizendo que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Portanto, qualquer decisão e formação de jurisprudência vinculante deverá ser baseada por tais preceitos.

---

<sup>8</sup> Sobre a retirada do livre consentimento. “O que o legislador do CPC quer é que as decisões judiciais sejam ditadas segundo o direito e não conforme o pensar individual dos julgadores. E que é “direito”? Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicado, mesmo que seja o STF”. (STRECK, 2016a: 554).

#### **4 INTEGRIDADE E COERÊNCIA: UMA VERDADEIRA APOSTA PARA CONSTRUÇÃO DO DIREITO**

Uma das maiores inovações propostas pelo novo Código está prevista no art. 926 ao qual determina o dever dos tribunais de uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. De início, a redação constava apenas a estabilidade, mas, por críticas feitas por Streck, ocorreu a adição do dever de integridade e coerência. Desta maneira, por uma postura que poderia tornar-se algo padronizado, houve a emenda da integridade e coerência, que, entretanto, não deve ser vista como um simples reforço de palavras. (LOPES FILHO, 2016: 284-285).

Para analisar o que a inovação propôs, será em Dworkin que se deve buscar uma explicação do que venha a ser a integridade e coerência, isto é, será necessário entender primeiramente que, conforme proposto pelo jurista americano, que não é adepto a qualquer tipo de discricionariedade judicial, não há possibilidades de inovar por meio da decisão jurídica, algo que acabaria acarretando um exercício arbitrário de poder. (OLIVEIRA, 2008: 216).

Para definir um conceito de integridade, Dworkin (2014: 275-276) propõe uma teoria que o juiz (aqui denominado por ele como Hércules), ao interpretar, deve analisar o direito como um romance em cadeia. Por conseguinte, assim como na literatura, os juízes, como romancistas, escrevem em série e continuam a interpretar sem rupturas para construção do próximo capítulo com o respeito pela coerência dos casos passados, isto é, as construções judiciais passadas serão um ponto de ligação para permitir a construção das futuras decisões.

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentam, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. (DWORKIN, 2014: 291).

Conclui ABOUD (2014: 464): “Neste Sentido, o direito como integridade trata de reconstruir a história jurídica de uma determinada comunidade”. Por outro lado, “Coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si”. (STRECK, 2016b: 1186). A coerência

possibilita que casos idênticos sejam tratados pelos mesmos princípios que foram feitos das decisões anteriores, em último caso, assegura a igualdade dos litigantes pelo poder judiciário. É, por fim, o limite que dá ao julgador meios de não decidir de forma incoerente com as decisões pretéritas, de impedir decidir conforme seu livre convencimento. (STRECK; ABBOUD, 2015: 117).

Isto é demonstrado por Dworkin, analisando o judiciário inglês, que os juízes estavam decidindo que algumas profissões eram responsáveis por danos causados por negligência, sendo que, todavia, os advogados não estariam sendo responsabilizados pelos danos que causavam a seus clientes. Portanto, pela coerência, os advogados acabariam ficando imunes, pois seguiria o que já havia sido decidido, mas pela integridade do direito, não há razão para que os advogados sejam tratados de forma desigual e, portanto, se eximirem do dever de indenizar civilmente. E foi o que ocorreu, os tribunais mudaram seu entendimento no dever de integridade, o que possibilitou aos causídicos o dever de indenizar. (LOPES FILHO, 2016: 290).

Percebe-se que o juiz não está preso ao passado, pelo contrário, sua obrigação com os casos pretéritos é o compromisso de analisar tudo o que já foi feito pelos seus antecessores e dar continuidade, na melhor forma possível, para a construção da integridade. Dworkin demonstrou que decisões judiciais não devem ser discricionárias, isto é, não são dotadas de um ato de vontade do julgador, e que integridade, portanto, é um filtro de legitimidade para que as decisões sejam tomadas por juízes que fazem parte de uma comunidade de princípios, descartando suas convicções pessoais e respeitando o direito como construção de toda sociedade. (FERNANDES, 2015, 197-198).

Nessa perspectiva, o jurista norte-americano propõe o que ele chama da formulação na decisão judicial de uma resposta correta. Mas, antes de tudo, é preciso ver que a resposta correta não é algo a ser buscado metafisicamente, é algo que só pode ser dado no caso concreto, jamais alcançado de forma abstrata. Não é uma exigência de uma verdade imutável, mas de uma resposta que negue qualquer tipo de relativismo e de qualquer discricionariedade para questões jurídicas (ABBOD, 2014: 465).

Trazer uma exigência de resposta correta para o julgador é a obrigação de demonstrar os fundamentos obtidos pela solução alcançada; é o motivo de ter que adequar a decisão construída, tendo como parâmetro a doutrina, a

Constituição, jurisprudência. De outro modo, é analisar a construção do direito na perspectiva da integridade e coerência, fazendo as perguntas corretas para que seja dada a melhor resposta dentro da perspectiva do Direito, conforme propõe Dworkin.

Uma resposta adequada é quando se evita a discricionariedade judicial e, conseqüentemente, aposta na autonomia do Direito, demonstrando uma devida fundamentação (STRECK, 2017: 257), conforme propõe o art. 489, §1º. De outro modo, “Resposta correta, finalmente quer dizer que esta – a resposta - nunca advirá antes das perguntas serem feitas. Perguntas implicam estabelecimento de critérios para encontrar respostas adequadas”. (STRECK, 2017: 258).

Assim, a “resposta correta”, como metáfora, diz respeito a uma tarefa prática de se fazer perguntas ao caso e ao direito e de responde-las da melhor maneira possível: a maneira mais adequada à Constituição e à totalidade da prática jurídica (o direito como integridade). Isso justifica que o ponto de partida deste estudo tenha sido a obrigatoriedade de fundamentação dos julgados: uma decisão não está fundamentada só porque haja boas razões para sustentá-la; dizer que uma decisão está fundamentada é dizer que, consideradas todas as razões, a decisão representa a *melhor* resolução das razões apresentadas. (RAMIRES, 2010: 121).

Enfim, não havendo uma discussão séria acerca da discricionariedade judicial, de nada valerão novos mecanismos de forma a coibir a jurisprudência lotérica ou qualquer outro instrumento que vise a diminuir decisões conflitantes. Pois, mesmo com os novos provimentos, os juízes não devem continuar escolhendo, de forma aleatória e por suas convicções, o que e como deve ser solucionado o caso. Nada disso acrescentará, em termos democráticos, essa aposta das decisões judiciais a partir da consciência discricionária do julgador. Todo direito deve ser decidido pela construção de uma comunidade coerente de princípios.

## **CONCLUSÃO**

Mesmo adotando novos institutos, o novo Código de Processo Civil não trouxe o precedente genuíno da tradição *commow law*. Primeiramente, porque não existem precedentes definidos em breves textos dotados de toda

normatividade. Em segundo lugar, é que a construção do precedente é analisada perante a individualização de cada caso; não são regras gerais e abstratas, e jamais terminam a discussão, sendo sempre um ponto de partida. Ou seja, a aplicação de precedentes não é mecânica, isto é, aplicada por métodos subsuntivos, tendo uma premissa maior aplicada na premissa menor.

Este é o ponto chave a ser analisado perante os novos provimentos que o Novo Código Processual buscou implantar. Há que se perceber que texto e norma não são as mesmas coisas; textos precisam de interpretação, e os novos mecanismos não foram blindados pelo paradigma pós-positivista, que buscou superar o antigo modelo de aplicação mecânica de normas que, suspostamente, solucionariam os diversos casos futuros.

Qualquer método que vise a adotar precedentes carregados de fundamentação antecipada será falho. Toda decisão judicial deve ser obrigatoriamente fundamentada, e esta não se dá antevendo todas as futuras hipóteses, cada caso possui suas diversas particularidades dotadas pelo âmbito normativo, o qual deve ser unido ao seu programa normativo para construção da norma e, portanto, sua aplicação.

Portanto, analisar provimentos de força vinculante para decisões análogas não será uma tarefa fácil. Possibilitar acabar com decisões conflitantes e a chamada jurisprudência lotérica é algo que depende de construção de decisões que possibilitem um efetivo contraditório e um devido processo legal. E, para isso, o problema central é barrar qualquer possibilidade da discricionariedade judicial, a fim de possibilitar que toda decisão judicial não seja feita pela livre convicção do julgador, transformando-o em legislador, mas decisões que respeitem a integridade e coerência do direito, de outro modo, sua verdadeira autonomia.

### **THE BIDDING PROVISIONS IN THE NEW CIVIL PROCESS CODE: AN ANALYSIS FOR THE INTEGRITY AND COHERENCE**

**ABSTRACT:** The present work intends to analyze how the new binding procedures, adopted by the New Code of Civil Procedure, should be applied and, consequently, to remove any hypothesis of an approximation of precedents coming from the *commow law* tradition. Texts do not carry their normativity in themselves, are not previously ready for application and require the interpretive

activity of the judge. Therefore, Müller's structuring theory is necessary, which brought two institutes, being the normative program and the normative scope, both having determining factors in the construction of the legal norm. To that end, any interpretation must be filled with a rational and adequate foundation, shielded from any possibility of judicial discretion, and therefore a proposal that finds answers to the formulation of provisions and their possible decisions, by the analysis of the integrity and coherence of the law

**Keywords:** Biding Provisions. Precedents. Integrity and Coherence. *Common Law*.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). **Precedentes**: 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. cap. 18, p. 399-405. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

\_\_\_\_\_; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e Aplicação dos Provimentos Vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do Paradigma do Pós-Positivismo. **Brv**, 2015. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Interpretacao-e-Aplicacao-dos-Provimentos-Vinculantes-do-Novo-Codigo-de-Processo-Civil-a-Partir-do-Paradigma-do-Pos-Positivismo.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

DWORKIN, Donald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodvim, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES FILHO, Juraci Morão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodvim, 2016.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodvim, 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. 3. ed. rev. e ampl. Trad. Peter Naumann Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2009.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. **Tjmg**, 2015. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/data/files/4E/17/09/12/FD17D410B7C917D40D4E08A8/Dierle\\_e\\_Bahia\\_Precedentes\\_no\\_CPC\\_2.pdf](http://www.tjmg.jus.br/data/files/4E/17/09/12/FD17D410B7C917D40D4E08A8/Dierle_e_Bahia_Precedentes_no_CPC_2.pdf)>. Acesso em: 11.mar.2017.

\_\_\_\_\_; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução In: DIDIER JR., Fredie et al. **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. Cap. 14, p. 301-333. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que É isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Rev. Atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

\_\_\_\_\_; ABOUD, Georges. Art. 927. In: \_\_\_\_\_. NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016a.p.1191-1208.

\_\_\_\_\_. Art. 371. In: \_\_\_\_\_; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.).  
**Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016a. p. 551-554.

\_\_\_\_\_. Art. 489. In: \_\_\_\_\_; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.).  
**Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016b. p.681-692.

\_\_\_\_\_. Art. 926. In: \_\_\_\_\_; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.).  
**Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016c. p.1186-1191.

\_\_\_\_\_; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). **Precedentes:** 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016b. cap. 7, p. 175-181. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

\_\_\_\_\_; ABOUD, Georges. **O que É isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Rev. Atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de hermenêutica jurídica:** quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.