

Em revista, a questão dos precedentes qualificados e persuasivos

Recebi a *Revista de Precedentes*, editada pela diretoria científica do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) — Volume 1, número I (acessar [aqui](#)). Cumprimentos pela iniciativa. Revistas jurídicas sempre são muito bem-bem-vindas. Assim, desde já indago se, para os próximos números, é



os.

Sigo. Chama a atenção que a parte primeira trate do sistema de

precedentes qualificados. O capítulo é de autoria de Juan Pablo Couto de Carvalho, membro da AGU e professor, e Maria Fernanda Wirth, mestre em direito e assessora de ministra do STJ.

Enfim, pensei, vou entender, finalmente, o que são os precedentes qualificados e por que são assim chamados.

Vejamos o que diz o tópico que pretende explicar esses precedentes. Depois de reproduzir o dispositivo e os incisos, dizem os autores:

"Aqui cabe esclarecer que o art. 927 indica decisões ou enunciados que possuem efeito vinculante, de observância obrigatória na jurisdição. Isso não significa, contudo, que os demais precedentes e a jurisprudência cujos substratos (decisões, acórdãos etc.) não constam nesse enunciado não mereçam ser observados. Ao contrário, todo precedente vincula os Tribunais de alguma maneira, funcionando como forte ferramenta de persuasão, o que justifica o estudo da pesquisa de jurisprudência".



Guardados os devidos contextos, até aqui a afirmação está correta, no sentido de que todo precedente, atendidos certos requisitos, vincula. Sempre falei que, em uma democracia, **qualquer decisão de Tribunal Superior deve ser aplicada a partir da coerência e integridade** — artigo 926 do CPC, dispositivo, aliás, produto de sugestão minha ao relator Paulo Teixeira. Mas uma decisão deve vincular pelo fato de ser precedente e **não por ser uma norma geral e abstrata** construída para o futuro. Que é o que se tem verificado. E mais: um precedente deve "vincular" **desde que entendido qual é o sentido da vinculação**. O que "vincula", afinal, não é "a decisão". O que vincula é a lei à qual o precedente se refere. Precedente não tem vida autônoma.

Mas vejamos a sequência.

"O Código não estabelece uma dicotomia entre precedentes vinculantes (que estariam no rol do art. 927) e precedentes persuasivos ou não vinculantes (que não constam no arrolamento do referido artigo). Todo precedente deve, necessariamente, ser observado e considerado dentro de seus limites hermenêuticos e relevância para o caso posterior."

Ora, os que os autores não falam — e poucos na doutrina se insurgem contra isso — é que, **se o código não estabelece**, por qual razão o tribunal ou os Tribunais Superiores podem alterar o CPC dizendo o que ele não diz?

Essa é uma questão antiga. Quais os limites da jurisdição? Pode o Tribunal legislar? Pode produzir teses e normas gerais para o futuro?

E veja-se a consequência drástica dessa dicotomia na aplicação dos artigos 489 do CPC e 315 do CPP. Não é necessário dizer, aqui, a consequência dessa dicotomia na aplicação dos aludidos dispositivos. O STJ, aliás, aplica a dicotomia para redefinir o conteúdo do inciso VI do artigo 489, parágrafo 1º do CPC, problemática que tratei [em artigo nesta ConJur](#).

Os próprios articulistas reconhecem o que é lei e seu valor. Eis:

"Esse novo modelo de precedentes foi criado de maneira expressa pelo legislador, objetivando uma maior previsibilidade no ordenamento jurídico".

Sim, se o modelo foi criado pelo legislador, *por qual razão essa criação pode ser alterada, sem controle de constitucionalidade*, por quem não tem poderes de legislador? Aliás, o próprio STJ possui um precedente (seria qualificado ou persuasivo?), da relatoria do então ministro Teori, pelo qual, na Recl. 2.645, diz: **não se admite que seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo "sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade"** (e aqui me permito acrescentar [as seis hipóteses de não aplicação de leis constantes na CHD](#)).

Ou seja, podemos verificar aqui uma contradição no texto dos articulistas: "Foi criado de maneira expressa pelo legislador". Mas e se o próprio texto dos articulistas fala — corretamente — **que o código não distingue precedentes "vinculantes" de precedentes "persuasivos"**?



Em síntese, depois de dizer que o artigo 927 **não trouxe dicotomia**, a *Revista* acentua:

"Esses precedentes, enunciados no art. 927 do CPC, têm três eficácias distintas: EFICÁCIA PERSUASIVA – sua finalidade é persuadir o magistrado, funcionando como uma diretriz para a decisão, tendo poder para influenciar a solução do caso concreto. EFICÁCIA VINCULANTE – a eficácia vinculante ocorre se houve similitude fática e jurídica ente o caso apresentado e o acórdão paradigma. EFICÁCIA OBSTATIVA – impede a interposição de novos recursos para discutir teses já pacificadas nos precedentes listados no art. 927 do CPC".

De novo: se o legislador não estabeleceu dicotomia, por qual razão a jurisdição pode fazê-lo?

Isso é o que Dworkin chama de grave defeito do positivismo: o criterialismo. Nossa prática e nossa dogmática são criterialistas. Criam seus próprios critérios *ad hoc*, num jogo de linguagem próprio, fora dos quais não se pode fazer sentido de uma discussão. Só que os critérios são arbitrários.

Resta saber, ao fim e ao cabo, se a decisão (ou as decisões do STJ) que estabeleceram a dicotomia que o CPC não estabeleceu é, ela mesma, um precedente qualificado. Para que o próprio argumento não perca a coerência. Aliás, se há precedentes qualificados, persuasivos (o quanto são persuasivos?) e obstativos, não seria o caso de, a cada citação, colocar ao lado o que cada precedente é? E o precedente for persuasivo, por qual razão se escolheu esse e não outro? Não deveria haver uma justificativa? Por exemplo, o que dizer do precedente da Recl. 2.645?

Dizer que precedentes qualificados são os que estão no CPC não resolve. Até porque, se o Código *não fala que são precedentes qualificados*, o mínimo que se espera é uma construção dogmática mais robusta sobre o significado *dos precedentes qualificados*.

Criam-se os critérios, mas não se os explica. Trata-se — e a crítica aqui é acadêmica e lhana, como é de meu feitio — de um criterialismo (falo no sentido de Dworkin).

Eis minha contribuição desta semana sobre o recorrente tema dos precedentes [\[1\]](#).

Numa palavra — e recorro uma vez mais a Donald Davidson e seu "princípio da caridade epistêmica" —, essa é uma discussão que os tribunais deveriam fazer com toda a comunidade jurídica. Mas não é o que se tem visto.

[\[1\]](#) Além de dois livros, já muito escrevi sobre isso na **ConJur**: *Precisamos falar sobre os precedentes à brasileira* ([acesse aqui](#)), *Ainda e sempre o ponto fulcral do direito hoje: o que é um precedente?* ([acesse aqui](#)), *A jurisdição constitucional e a "cultura de precedentes"* ([acesse aqui](#)), *A pergunta: o que é necessário para existir um precedente?* ([acesse aqui](#)).

Date Created

27/07/2023