

O solilóquio epistêmico do ministro Barroso sobre precedentes



Recentemente, o ministro Roberto Barroso publicou, em coautoria com

Patrícia Perrone Campos Mello, [artigo](#) intitulado “Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro”. No referido trabalho, há diversas inconsistências teóricas e sincretismos que denunciamos, tanto no nosso livro *O que é isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes*[\[1\]](#) quanto nos *Comentários ao Código de Processo Civil*.[\[2\]](#)

Em síntese, o ministro Barroso e Mello fazem uma apologia aos mecanismos vinculatorios do Direito brasileiro, sem praticamente enfrentar nenhum argumento de quem se opõe ao tema tal qual ele é apresentado no Brasil. Aliás, o artigo não dialoga. Seguindo certo tipo de modelo de doutrina brasileira, ignora a história institucional acerca do fenômeno. Ora, dezenas de juristas têm posição contrária. Mas Barroso e Mello preferem o solilóquio epistêmico. Basicamente, o artigo incorre nos dois chavões tradicionais: 1) o CPC-2015 aproxima o Brasil do *common law*; e 2) os provimentos do artigo 927 são considerados de forma simplificada como “precedente”. Deveriam ter lido o caso *Marbury v. Madison*, de mais de 200 anos atrás. Uma lei ordinária não pode alterar a competência e função dos tribunais prevista originalmente na Constituição. Interessante é que eles afirmam que o CPC nos aproxima do *common law*, mas não querem o compromisso (ônus) do *common law*. Só a parte boa.

Não fosse por outro argumento, este nosso texto poderia ser resumir ao seguinte: se a tese de Barroso e Mello está baseada no conceito de que o sistema brasileiro se aproximou do *common law*, então eles mesmos não poderiam dizer que os provimentos do artigo 927 são precedentes. A contradição é flagrante. Por quê? Porque precedentes do *common law* não admitem, nem de longe, isso que querem estabelecer aqui no Brasil. Por uma razão simples: precedentes do *common law* não-são-feitos-para-resolver-casos-futuros; precedentes não nascem precedentes; sua aplicação posterior é contingencial. Simples assim.

Mas, por amor ao debate, vamos aprofundar as demais contradições do texto de Barroso e Mello. As conclusões, por serem carreadas por ministro do STF, evidenciam a importância dos alertas que



constantemente lançamos em nossos escritos sobre o tema (diversos outros autores têm demonstrado preocupação com essa simplificada transposição que que querem fazer do *common law* para os mecanismos vinculatórios brasileiros, *e.g.* Dierle Nunes, Alexandre Bahia, Marcelo Cattoni, Flávio Quinaud, Nelson Nery Jr., Cassio Scarpinella Bueno, José Miguel Garcia Medina, Maurício Ramires, Júlio Rossi, Marcos Cavalcanti, Eduardo Fonseca, Lucio Delfino, Francisco Borges Motta e tantos outros). *O fetiche pelo precedente é tamanho que toda decisão judicial, para Barroso e Mello, é precedente.* Incrível. Se isso é verdade, como tratar uma súmula vinculante? De todo modo, para os autores, o precedente se dividiria em três: persuasivo, que vincula apenas as partes; com eficácia normativa forte, que deve obrigatoriamente ser observado; e o intermediário, que seria uma categoria residual. Sinceramente, perguntamos: qual a relevância de afirmar que tudo é precedente? Permitimo-nos até a fazer uma ironia respeitosa: De que modo o Direito brasileiro sobreviveu até hoje sem a categoria, por exemplo, do precedente que vincula apenas as partes?

De forma resumida, Barroso e Mello glorificam a nova “era precedentalistas” pretensamente trazida pelo CPC-2015, para, em seguida, passar a tratar todos os provimentos vinculantes do artigo 927 como “precedentes”. Aqui já se inicia o sincretismo: decisões de IRDR, RE/REsp repetitivos são equiparadas a decisões de controle abstrato de constitucionalidade que, por sua vez, são equiparados às súmulas simples e vinculantes. Com a devida vênia, esse equívoco é imperdoável. Ou seja, tudo vira precedente, como se todos esses provimentos – por se tornarem de observância obrigatória por lei – já virariam assim precedentes do *common law* do dia para noite. Aliás, trata-se de retrocesso doutrinário. A própria súmula vinculante, em seu início, era frequentemente equiparada ao precedente. Essa errônea equiparação foi objeto de nossa constante crítica (pelo menos desde 1993), depois de muita confusão, a maior parcela da doutrina, fundamentada principalmente, nos textos de Castanheira Neves sobre assentos começou a efetivar a devida distinção. Agora devemos retroceder? Novamente equiparar precedente a súmula e ao julgamento de questões repetitivas?

Conforme já demonstramos em nossos comentários ao CPC (op.cit), diferenciar súmula do genuíno precedente e do julgamento de causas repetitivas não se faz para afirmar qual é melhor que o outro. Pelo contrário, essa diferenciação deve ser feita *porque efetivamente são institutos jurídicos diferentes que comportam operacionalização distinta*. Não é porque assim queremos. É porque é assim. Não nos esqueçamos, o próprio Código diferencia os institutos. Simples assim.

Após fazer essa equiparação sincrética dos provimentos, o texto de Barroso e Mello passa a expor a necessidade de compreensão do que é *dicta*, *ratio decidendi* e *holding*. Nesse ponto, são tratadas algumas exposições do Direito alienígena acerca desses institutos. Aqui já fica uma dúvida: se súmula é a mesma coisa que um precedente, o que é *holding* e o que é *dicta* em uma súmula? Eis a questão. Mais: uma “tese” (dessas que o STF e o STJ fazem) é “precedente”?

Voltando à temática, o artigo expõe: “A *ratio decidendi* ou a tese é uma descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão. (...) Nos Estados Unidos, embora as decisões da Suprema Corte contenham um syllabus, a providência de explicitação da tese jurídica do julgamento é menos necessária. Isto porque o modelo de decisão naquele país é deliberativo: os justices se reúnem reservadamente, in conference, e produzem uma decisão unânime ou majoritária” (op.cit, p. 22/23).

Não nos parece adequado simplesmente equiparar *ratio decidendi* a uma tese jurídica repetitiva presente em RE e REsp. E nem equiparar precedente a qualquer tese jurídica que o STF e o STJ façam. Não



sabem que a genuína *ratio decidendi* vai se estabelecendo e aclarando com o devir interpretativo em função dos futuros casos em que o “genuíno” precedente passa a ser replicado? Não sabem que a *ratio decidendi* não é imposta pelo tribunal superior prolator da decisão? Não sabem que ela se estrutura pelo trabalho dos causídicos e das instâncias inferiores? Ou alguém imagina o *justice Marshall* finalizando o voto e escrevendo: *doravante, está criado o controle difuso de constitucionalidade?*

Vamos exemplificar: O parágrafo 11 do artigo 1.035 estabelece, claramente, que deve ser fixada a tese no acórdão, porque estamos diante de julgamento de causas repetitivas. Ou seja, a decisão do STF e STJ nesse caso será o parâmetro normativo redutor de complexidade de uma litigiosidade repetitiva. Não se trata de uma aplicação de precedente no estilo *common law* em que há uma criação de complexidade para se investigar o que efetivamente é *ratio decidendi* para orientar causa futuras. Não nos parece adequado a afirmação de que no *common law*, os tribunais superiores definam o que é a *ratio decidendi* e a compilam em um enunciado abstrato de tese para aplicação das instâncias inferiores. É equivocado dizer isso.

Do mesmo modo, também incorre em sincretismo a afirmação de que teria havido a necessidade de ressurgirmos com a teoria da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões do controle abstrato de constitucionalidade. Trata-se de tese doutrinária iniciada na Alemanha, local em que ela sofre severas críticas e diminuída aplicação.^[3] De todo modo, isso nada tem a ver com o genuíno precedente. E nem com o precedente à brasileira.^[4]

Por fim, denunciaremos novamente o caráter *realista* (no sentido do realismo abrazeirado, tipo “*de-qualquer-modo-o-Direito-é-mesmo-aquilo-que-o-Judiciario-diz-que-é-e-a-maior-parte-da-doutrina-concordará*”) da forma como é apresentada a vinculação brasileira. Em nenhum escrito nosso afirmamos que devem ser ignoradas as formas como decidem os tribunais superiores. Aliás, um dos autores (Streck ^[5]) já há mais de 20 anos diz que as súmulas *jamaiz* foram um mal em si, porque súmulas, como os precedentes, *são sempre textos e textos são interpretáveis*. Todavia, quando o STF/STJ pode emitir decisões de observância obrigatória e *fixar teses em abstrato* (coisa que só acontece por aqui)^[6] – que no entendimento dos autores – seriam a materialização da *ratio decidendi*, em verdade, *não estamos falando de sistema de precedentes para valer*. Na realidade, com isso, camuflamos nosso padrão vinculatorio *sui generis*.

Conforme nossos comentários ao artigo 926 do CPC, a integridade impõe um compromisso de todo julgador com a cadeia decisória em que ele está inserto. O que estamos dizendo claramente é que existe campo para se teorizar e argumentar de forma similar ao precedente do *common law*, todavia, afirmar que inauguramos uma nova era precedentalista ou que todos os dispositivos do artigo 927 são precedentes “porque sim”, no mínimo isso é sincretismo teórico. Daí a importância de se garantir uma interpretação conforme a Constituição do artigo 927 sustentada minimamente em duas premissas que não abandonamos: **1)** todo provimento vinculante do artigo 927 comporta interpretação e não se aplica por mero silogismo; **2)** precedente genuíno não se equipara a julgamento de litigiosidade repetitiva, e os tribunais superiores não podem fixar teses equiparando-se a legisladores, sendo que a fixação da tese é consequência direta dos casos concretos devidamente julgados em amplo contraditório e com a fiel observância do inciso IX do artigo 93 da CF e do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC.

Assim, consideramos que a leitura do CPC feita por Barroso e Mello não é adequada, porque desrespeita a Constituição. Isto porque lei ordinária não pode alterar o exercício da jurisdição (em relação à própria



lei, por exemplo). Sim, pois se o CPC-2015 tiver alterado a relação entre lei e jurisdição, criando precedentes vinculantes, o novo CPC não seria inconstitucional? Estamos convictos que, valendo as regras do jogo democrático-constitucional, não é possível que uma lei ordinária introduza um sistema de precedentes vinculantes sem violar o modelo constitucional do processo adotado pela Constituição.

Em termos teóricos, repetimos que não há dúvida de que, por trás da tese de que o CPC teria adotado um sistema de precedentes vinculantes está o realismo jurídico (modulado ao Brasil). Nesse sentido, chamamos à colação um positivista como Frederick Schauer, que, apesar de analítico, está muito mais próximo de nossas afirmações que das de Barroso e os demais defensores da tese aqui criticada. Seleccionamos duas partes que julgamos fundamentais: o que é semelhante para fins de aplicação de precedente é algo controvertido e que o precedente tem pedigree histórico.

"Initially, the principle that *like cases should be decided alike* would seem to make an unassailable argument for precedent. But the difficulty of denying that like cases should be decided alike is precisely the problem. *The statement is so broad as to be almost meaningless.* The hard question is what we mean by 'alike.'" [\[7\]](#)

Schauer está dizendo que é uma obviedade em favor dos precedentes argumentar que um caso semelhante deve ser julgado igual o outro. E que isso é praticamente irrelevante na defesa do precedente. *O que efetivamente interessa é definir o que são casos semelhantes.* O conceito de o que é efetivamente semelhante é algo altamente controvertido. Ou seja, *há uma dimensão interpretativa na aplicação do precedente que não pode ser ignorada.* Não basta afirmarmos que casos iguais devem ser decididos de forma igual. Isso é meramente performático. *A lei também é igual para todos e deve ser aplicada de forma igual para casos semelhantes.* Ainda para ficarmos na expressão do Schauer, o precedente tem um pedigree histórico (*historical pedigree*,) que não pode ser ignorado em sua aplicação. [\[8\]](#)

Portanto, de qualquer lado que se olhe, da hermenêutica ou do positivismo jurídico (normativo), a tese sustentada por Barroso e Mello não se sustenta. Isto não quer dizer que não precisemos, urgentemente, definir o que queremos no Brasil. Afinal, temos que responder a seguinte pergunta:

Queremos que o STJ e STF façam teses abstratas e coloquem o rótulo de “precedente” ou queremos que, de fato, tenhamos um sistema que respeite a coerência e a integridade do direito, em que a palavra “precedente” seja diferenciada de súmula e de tese oriunda de recurso repetitivo e assunção de competência?

Claro que, para que tenhamos coerência e respeitemos a integridade, cada caso deve influenciar e dele temos de retirar um princípio que ilumine e seja seguido pelos demais tribunais e juízes. Isso é elementar. Cada instituto com suas peculiaridades: uma súmula tem seu DNA; ela não é precedente; uma tese de IRRD e AC tem sua *holding* vinculatória; um caso julgado gera um precedente para casos análogos. Mas o que não se pode admitir é que os tribunais passem a legislar, fazendo um rearranjo institucional. O que não podemos admitir é que os tribunais “façam” precedentes com o fito de antecipar as respostas dos casos futuros. Não é disso que trata o CPC-2015.

Ou seja, não pode(re)mos aceitar que tudo o que está, basicamente, nos artigos 926 e 927 seja colocado no mesmo saco e se diga: eis aqui o “sistema de precedentes”, quando, por exemplo, uma súmula tem uma cadeia de precedentes que a formam. Logo, se súmula não é precedente, é porque nem tudo é



precedente. E muito menos se pode admitir que o STF e o STJ *façam “teses” batizando-as com o nome de “precedentes”*. Precedente não é ementa, não é súmula e nem mesmo mero enunciado em abstrato. E ainda por cima se diga que “isso é assim porque no *common law* é feito desse modo”. A boa doutrina não há de permitir isso.

Tudo isso para dizer que, respeitando a posição do ministro Barroso e de quem assim pense, queremos apenas que sejam respeitadas as opiniões em contrário. E que haja diálogo e não imposição. Não é o fato de o autor deter a autoridade – em um país em que a doutrina tem receio de contrariar as autoridades – que possamos dizer, como que a imitar o velho adágio do positivismo moderno de que *auctoritas non veritas facit legis* (é a autoridade e não a verdade que faz a lei) que agora temos *Auctoritate Summi Court est – non veritas – quod dicatur quod “precedent”* (é a autoridade da suprema corte que faz o precedente e não a sua verdade). Resta saber se o texto de Barroso, porque escrito por um ministro da Suprema Corte, foi feito para dialogar ou é *magister dixit*.

De nossa parte, insistimos na tese de que não existe esse “sistema de precedentes” do qual falamos. E, sim, estamos dispostos ao diálogo. Não cremos que a doutrina brasileira, em um país de um milhão de advogados e milhares de pessoas escrevendo livros, possa se quedar submissa às imposições contrárias à própria lei. Desafiamos a que seja demonstrado em que lugar do CPC está posto o tal sistema de precedentes vinculantes. E em que lugar está legitimado que os tribunais superiores possam elaborar teses em abstrato, com efeito vinculatório. O que queremos dizer, também, é que a doutrina não pode se tornar caudatária de teses ou conceitos que levem o apelido de “precedente”. Isso seria de uma violência simbólica ímpar. Isso seria enterrar a tradição de que quem faz a lei é o parlamento. E seria institucionalizar um nefasto realismo jurídico à brasileira.

Numa palavra final: não queremos fazer um solilóquio sobre esse importantíssimo assunto que pode mudar a história do direito no Brasil. Por isso, propomos aos autores (e aos demais doutrinadores), o contrário: *um colóquio*. Na verdade, um diálogo. Em que não haja respostas antes das perguntas.

Veritas, non auctoritas!

[1] Livraria do Advogado, 3ª. Ed.

[2] Saraiva, 2016.

[3] Cf. Georges Abboud. *Processo Constitucional Brasileiro*, cit., n. 3.20.5, p. 249 *et seq.*

[4] Ver as quatro colunas *Senso Incomum* sobre o assunto: [um](#), [dois](#), [três](#) e [quatro](#).

[5] Como se diria em Portugal, “desculpa lá”, mas calha registrar que Lenio Streck nunca foi contra



precedente em si. Streck é o maior defensor da ideia de integridade e não é contra precedente, desde que devidamente aplicado. Aliás, no Brasil poucos juristas tem a coragem de dizer que juízes não tem discricionariedade para decidir. E quem capitaneou a retirada da palavra “livre” do art. 371 e foi o responsável foi introduzir o art. 926 foi Streck.

Do mesmo modo, Georges Abboud em seus livros trata da importância de se respeitar a cadeia decisória, por exemplo, um dos sete requisitos mínimos para construção da resposta correta é a identificação dos provimentos judiciais que tratam da questão jurídica a ser dirimida. Cf. *Discricionariedade Administrativa e Judicial*, SP: RT, 2014, p. 473. A questão é mais desenvolvida no *Processo Constitucional Brasileiro*, op. cit., p. 756 et seq.

[6] Aqui, uma notícia: as teses “em abstrato” feitas pelo STF e STJ são similares às diretivas normativas dos Tribunais da antiga União Soviética, da corte de cassação cubana e da Suprema Corte da Rússia. “Nossas” teses, a par dessa similitude, não encontram similares (a não ser nas diretivas normativas da URSS, etc). Esse assunto, aliás, será pauta de outro Senso Incomum. Temos de desmi(s)tificar essas teses equivocadas que parecem já fazer “ninhos epistêmicos” em *terrae brasilis*.

[7] SCHAUER, Precedent. **Stanford Law Review**, vol. 39, n. 3, fev. 1987. p. 596.

[8] Cf. SCHAUER, op.cit., p. 571.

Date Created

03/11/2016