

Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes – Parte II



Na primeira parte ([ler aqui](#)), estabeleci as bases da discussão acerca da

pretensão de parcela da doutrina em institucionalizar um sistema de precedentes no Brasil. Demonstrei as bases das teses pelas quais o judiciário se transformará (ou se transformaria) em um sistema em que os tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) se transformariam em cortes de precedentes ou vértice, segundo fez constar, inclusive, o ministro Edson Fachin em voto no RE 655.265. De minha parte, apoio qualquer ideia que dê coerência e integridade ao Direito[1] (afinal, fui o protagonista da emenda que alterou o artigo 926 do CPC). Entretanto, preocupa-me a transformação do STJ e STF em cortes de vértice, conforme explicitarei.

Falei do acórdão do RE 655.265, no qual o STF fez constar que o artigo 926 introduziu uma vinculação ao estilo *stare decisis*; o STF disse também que o CPC estabeleceu um sistema de precedentes vinculantes e que a corte de vértice está vinculada aos próprios precedentes e, ao final, estabelece uma “tese” com pretensão generalizante (ver crítica minha e de Bruno Torrano [aqui](#)). Afinal: qual é a relação de um *stare decisis* com um sistema de precedentes à brasileira e a elaboração de “teses” vinculantes? O precedente é a tese? A tese é o precedente? Insisto em dizer que no *common law* isso não ocorre e não é assim. Mais: no *common law*, precedentes não são construídos para, a partir de teses, vincular julgamentos futuros.[2] Problema: se o Direito é o que o Judiciário, por suas cortes de vértice, disser que é, a quem reclamar? Caberia à doutrina contestar. Só que parcela da doutrina concorda com (ess)a precedentização do Direito e com a mudança do papel de nossos tribunais superiores, o que, se ocorrer, dar-se-á ao arrepio de nosso arranjo constitucional — inclusive porque somente a Constituição pode estabelecer competências para os poderes, bastando lembrar que o famoso caso “Marbury vs. Madison” (1803) versou justamente sobre isso.

E este é um pressuposto ineliminável: a Constituição e o modo como ela estabelece o funcionamento de nossos tribunais. Taruffo, inclusive, em um texto recente, afirma ser uma tarefa de notável dificuldade desenvolver um discurso homogêneo e generalíssimo sobre o papel destas cortes em razão das diferenças de competência, estrutura, de composição e de modalidades de funcionamento que cada um



possui.[3] Por exemplo, se na Suprema Corte o *certiorari* é um “pretexto”, [4] em face da autorização normativa de juízos discricionários de admissibilidade (*Rule 10 das Rules of the Supreme Court*), apesar de que isto não é utilizado para julgar e formar teses por lá, *no Brasil os recursos extraordinários são impugnações para o julgamento de “causas”* (artigos 102 e 105, CR/88) e nunca poderão ser interpretados como uma autorização de formar teses como comandos gerais e abstratos para resolução de casos repetitivos. Nunca é demais lembrar que não há entre nós a figura do “recurso só no interesse da lei”. Ademais, se não bastasse a diversidade de estruturas normativas e institucionais, a história e racionalidade decisória da Suprema Corte é completamente diversa de nossos tribunais superiores. Em seu novo livro sobre a invocação de precedentes estrangeiros pelos juízes nacionais, embora defenda o papel virtuoso da comunicação de entendimentos judiciais, Maurício Ramires faz notar que um dos perigos do entusiasmo desmedido com as experiências estrangeiras é justamente o da sua descontextualização pela falta de familiaridade com os outros sistemas judiciais.[5]

E, por fim, Taruffo afirma que “o precedente não tem uma eficácia formalmente vinculante nem sequer na Inglaterra e muito menos nos Estados Unidos. Com maior razão — e independentemente da eventualidade que se considere a jurisprudência como fonte do direito — *deve excluir-se que o precedente tenha eficácia vinculante nos sistemas de civil law*”. E complementa Taruffo: “Qualquer intenção de atribuir tal eficácia ao precedente está então destituída de fundamento: se poderá falar só de força do precedente entendendo que esta possa ser maior ou menor segundo os casos, de modo que se terá um precedente forte quando possua a capacidade de determinar efetivamente a decisão de casos sucessivos, e um precedente débil quando os juízes sucessivos tendam a não lhe reconhecer um grau relevante de influência sobre suas decisões.”.

Ou seja, o próprio Taruffo reconhece o caráter argumentativo da aplicação de precedentes e a impossibilidade de fechamento como se permitiria mediante algumas respeitáveis leituras por aqui.[6] E, para não esquecer: o CPC fala que juízes e tribunais “observarão”. Não há a palavra “vinculação”.

Voltando ao debate que iniciei na última semana, também falei que dois professores (Hermes Zanetti e Carlos Pereira [artigo](#)) defenderam que o judiciário venha a legislar, nos termos do CPC. Quando disse que os ilustres professores Zanetti (autor do importante livro *O valor vinculante dos precedentes*) e Pereira estariam “cobrando” que o Judiciário “legisle”, talvez eu não tenha sido suficientemente claro no sentido da minha crítica. Esclareço, então. Compreendo que os referidos autores estejam preocupados em dizer justamente o contrário, isto é, que as funções do legislador e do judiciário são distintas. Porém, sem que eles percebam, acabam atribuindo ao judiciário um papel de *criar “normas gerais e concretas” com aptidão e conformar situações futuras de maneira vinculante como se lei fossem*. Minha discordância com Zanetti reside justamente na ideia de que decisões vinculantes possam ser catalogadas, indistintamente, como normas gerais para o futuro e como precedentes, fazendo com que a jurisprudência possa, como ele diz, *ser alçada à condição de fonte primária do direito junto à legislação*. Por isso, indago: como podem ser fonte primária se visam, sob a ótica especialmente de Zanetti, justamente reduzir o grau de “equivocidade” [7] ou de “textura aberta” da lei — justamente o ponto de partida para que sejam criados os denominados “precedentes”? Não haveria aí uma contradição? E esses “precedentes” passariam a ocupar o mesmo lugar e patamar da lei no ordenamento jurídico, *mesmo que equivocados*? Como assim? Então, alguém deve dar a última palavra e essa “decisão interpretativa” *acabaria valendo mais que a própria lei*? E, fundamentalmente: *por que é que um texto (um precedente) geraria menos “problemas” interpretativos que outro texto (uma lei)*? Além disso, no



final do artigo, Zaneti e Pereira assumem a posição realista (como também fazem alguns dos seguidores desta proposta).^[8] De todo modo, parabênizo Zanetti e Pereira pelo diálogo e preocupação com este tema.

Aliás, fora do realismo jurídico (moderado ou não), torna-se difícil (ou impossível) sustentar esse tipo de tese. Isso no plano da teoria do direito, é claro. Mas aí é que está o problema. E por que? Porque tudo está a indicar que as teses precedentalistas não constituem teoria do direito e, sim, apenas teoria política. O que os autores fazem é uma tentativa de rearranjo institucional. Preocupam-se com “quem deve decidir” e não com o “como se deve decidir”. Até porque não há qualquer novidade em dizer que o positivismo clássico está superado, que as palavras da lei são plurívocas, que texto jurídico e norma são coisas diferentes, etc. É uma tese normativa de teoria política acerca de quem deve decidir e porque essas decisões valem por sua autoridade e não pelo seu conteúdo. Nesse sentido, há uma aproximação com o convencionalismo, porque, ao que se vê, o precedente integra a convenção. Posto o precedente, ele vale. Está na convenção (é apenas nesse ponto em que aparece um resquício de teoria jurídica na tese precedentalista).

Ou seja, o que fica claro — e parece ser um ponto central das teses precedentalistas — é que as cortes de vértice elaboram o material normativo básico e dentro dessa moldura (por assim dizer) escolhe a norma mais justa dentre os sentidos permitidos pelos precedentes. Ou seja, ao que se pode entender, o conceito de interpretação fica restrito, como forma de criação e atribuição de sentido, às cortes de vértice. Parece haver uma intencionalidade, com propósitos distintos do agente político que ocupa o vértice em relação àqueles que estão abaixo: um cria material normativo novo, fixando uma dentre as possíveis interpretações possíveis do material jurídico básico; os demais (do andar de baixo) adotam o precedente (o ponto final de alguma controvérsia interpretativa) como já integrante desse material normativo básico, explorando seus novos sentidos possíveis, com uma dupla missão: manter a unidade do direito e fazer “justiça”, dentro das balizas normativas. Presente, aí, a tese da convencionalidade.

Como explicamos Torrano e eu no artigo já referido retro, com isso corremos sério risco de arruinar o Estado do Direito pela institucionalização jurisprudencial de um realismo jurídico “à brasileira”, *dedicado a proclamar a verdade de proposições jurídicas pela mera referência ao fato de terem sido proferidas por órgãos do Poder Judiciário* (“O direito é aquilo que os Tribunais dizem que o direito é”), e não à luz de normas jurídicas previamente elaboradas pelo Poder Legislativo.

Por isso, penso ser arriscado defender um papel tão amplo — e poderoso — para as cortes superiores sem antes se ocupar de uma teoria da decisão jurídica, dos mecanismos de controle, públicos, intersubjetivos e da qualidade dessas decisões. Se a corte vai “normar”, parece-me ser sempre útil invocar, para demarcar as diferenças entre juiz e legislador, a distinção entre os *argumentos de principio* (obrigatórios para os primeiros) e *argumentos de politica* (no caso da tese dos precedentalistas, permitidos aos segundos). Nesse sentido, se for assim, *que pelo menos esta norma (precedente) seja gerada por principio* e não por um ato de vontade (Kelsen é quem diz que o juiz faz um ato de vontade — e não quero crer que alguém queira dar razão à Kelsen nesta quadra do tempo).

Agora, chegamos na sequência. De pronto, quero dizer que não estou tratando de precedentes como decisões que já nascem com aptidão de vincular para o futuro e que sejam espécies de “normas gerais” ou “razões generalizantes”. Sei que nem todos os autores equiparam “precedentes” às súmulas e IRDR. Marinoni, Mitidiero e Arenhart, por exemplo, dizem que não são iguais. Porém, buscam definir o que é



um precedente... e acabam chegando em algo muito parecido ao que dizem que não é precedente. De todo modo, o debate também serve para esclarecer estas dúvidas.

Daí minha cautela no ponto, para reconhecer, por óbvio, que Marinoni, Mitidiero e Arenhart sempre falaram que os precedentes são diferentes da SV e do IRDR. A meu favor, afirmo que não afirmei isso. Tenho que claro — e isso parece também estar pacífico para os autores — que precedentes são diferentes da SV e teses de IRDR.

Satisfeito, vejo que minha coluna gerou polêmica. Alguns afirmaram que eu não teria compreendido o ponto. Ou os pontos. Sendo assim, proponho aos defensores de um sistema de precedentes a partir de Cortes de Vértice e coisas do gênero, uma despoluição semântica do que estamos falando para clarear a discussão. Eis as premissas nas quais estou baseado:

- 1) O que temos no CPC não é uma “commonlização”; nem de longe se pode afirmar isso;
- 2) Os provimentos elencados no artigo 927 não são todos precedentes (e, lógico, precedentes não no sentido genuíno do *common law*). Nesse sentido, súmula não é precedente (nem no Brasil, nem seria no *common law*), julgamento de questões repetitivas, igualmente;
- 3) Todo precedente e provimento que deve ser observado (veja-se a palavra “observado”) são interpretáveis, ou seja, nunca são a norma decisória do caso concreto e nem podem ser vistos como o “ponto de chegada”,^[9] sendo um *principium* argumentativo; precedente também é um texto, provimento é um texto, súmula é um texto;
- 4) Precedente não tem hierarquia em relação à lei;
- 5) Julgar precedente não é sinônimo de julgamento de tese; há que ficar clara a diferença entre precedente e tese; não podem ser a mesma coisa;
- 6) MacCormick só fala de precedente genuíno do *common law* (por óbvio, lá não tem sumula e não tem IRDR); também temos que estar de acordo que Schauer não trata de súmulas, não imagina IRDR e fala de precedentes no sentido do *common law*; também temos que estar de acordo que Taruffo também fala de precedentes e as citações acima esclarecem a extrema cautela com que esse autor fala desse tema;
- 7) Por último, uma questão teórica fundamental: penso que hoje em dia — com o avanço da teoria do direito — já podemos estar de acordo que o positivismo clássico (o que Mitidiero, por exemplo, chama de formalismo de matriz cognitivista^[10]) está superado. E que não necessitamos fazer esforços e gastar preciosas energias para superar algo que Kelsen já havia suplantado. Sim, pode parecer estranho, mas Kelsen é um positivista pós-exegético. Portanto, creio que podemos estar de acordo, a partir de Hart — este pelo lado do positivismo (inclusivo) — e por Müller — este pelo lado do pós-positivismo — que *já não há qualquer novidade em falar da e na superação do formalismo (ou exegetismo) ou equiparação texto-norma* (nem preciso falar dos demais autores pós-hartianos, vivos e mortos). Se nos colocarmos de acordo com isso, ficará mais fácil falarmos em precedentes, teses, texto, norma, teoria da interpretação e conceitos afins (ou de uma teoria normativa de teoria política). Por fim, o cerne desta questão é: o que fazer neste ambiente de indeterminação gerado pelo pós-exegetismo? Tentando dar conta deste estado de coisas estão argumentativistas, interpretativistas, hermeneutas, positivistas de vários matizes, analíticos,



dentre outros. A pergunta que surge é: seriam os precedentes suficientes para contornar esta realidade ou seria mesmo um retorno — ou a concessão fatalista — a um positivismo fático (jurisprudencialista)?

Preocupo-me com isso desde a década de 90. Georges Abboud, mais jovem, escreveu comigo o livro *O que é isto — o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* (Livraria do Advogado, 3ª. Ed), já nos últimos 4 anos. É disso que estou falando. Portanto, por amor ao debate, quem estiver de acordo com estas premissas pode se aliar e passar a debater para encontrarmos, juntos, soluções. Mas, por outro lado, se não estivermos de acordo, deixemos claro que não estamos falando da mesma coisa. Embora isso não impeça que debatamos. Todos apreenderemos.

Digo isto porque há muita poluição semântica nesse tema. Por exemplo, tenho lido na vasta doutrina a disposição no país, coisas como: súmula é a *ratio* do precedente; Súmula é precedente; os provimentos enumerados no artigo 927 são todos precedentes — dando-se a entender que não haveria distinção conceitual entre eles. Temos de clarear isso. Parcela considerável dos meus críticos diz que estamos em face de um sistema de precedentes (conceito até agora que figura como performático [veja [aqui](#) artigo meu com Georges Abboud]). Já li também que a lei é sempre indeterminada e que, quando se estabelece o precedente (ou uma tese, como consta no RE 655.265), eliminar-se-ia (á) a discricionariedade. Só que essa posição não explica como se estabelece o precedente. *Também não está explicado porque o precedente é/seria melhor do que a lei.* Afinal, o que muda da lei para o precedente? Precedente não é texto? Ou precedente é um texto pré-interpretado? Ele já contém previamente as hipóteses de aplicação? Eis aí um ponto que tratarei com paciência e amiúde na sequência. Conclamo aos que concordam e aos que não concordam comigo para um *tour de force* e que possamos esclarecer esses conceitos. A doutrina é que sairá vencedora. Superando agulhões semânticos.

Tenho que encerrar esta coluna. Espaço findou. Continua na semana que vem.

1 A integridade é entendida a luz de Ronald Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, *que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido.* A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessa *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética a qualquer forma de voluntarismo, ativismo e discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, *não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”,* como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso — a morte do personagem — *não fosse condição para a construção do capítulo seguinte.* Portanto, ao contrário do que dizem alguns precedentalistas, Dworkin não autoriza uma correção moral do direito (aliás, nesse sentido tem isso em comum com Joseph Raz). Mas isto nem de longe possibilita o enquadramento de Dworkin como um “cognitivista” (formalista) como, equivocadamente, afirma Guastini. Cf. GUASTINI, Riccardo. *Intepretare e argomentare.* Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 2011. p. 409. Na verdade, Dworkin é, sim, um cognitivista, mas jamais no sentido que Guastini (para falar só dele) entende. O cognitivismo de Dworkin é no sentido da meta-ética. Ou seja, antitético ao conceito descritivista (ato de conhecimento) referido por Guastini. Veja-se como a



teoria do direito faz a diferença, clareando os conceitos.

2 Importante: Lá, precedentes são “principium” e, não, “telos” da discussão. Cf. RE, Edward D. Stare Decisis. *Revista dos Tribunais*, a. 83, v. 702, p. 7-13, abr. 1994; CASTANHEIRA NEVES, A. O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 62. Não esqueçamos que Castanheira Neves travou uma batalha similar a esta que travamos por aqui: ele derrotou o instituto dos assentos, espécie de súmulas portuguesas.

3 TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In. TARUFFO, M. et al. *La mision de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 231.

4 Cit. p. 238-239.

5 Ramires, Maurício. *Diálogo Judicial Internacional – O Uso da Jurisprudência Estrangeira pela Justiça Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 253.

6 Na mesma obra, Mitidiero afirma, em perspectiva realista (p. 99), que atuação da “Corte Suprema” se dirige ao futuro(p. 95) sendo uma “corte de interpretação do direito e não uma corte de controle das decisões”(p. 107) que “se autogoverna”(?!)(p. 111). Pondera ainda que “tendo a interpretação da corte suprema *valor em si mesma* (?!?), sendo o móvel que legitima sua existência e outorga sua função (?!?) um eventual dissenso em sua observância por seus membros e por outros órgãos jurisdicionais é encarado como um fato grave, uma falta de respeito e como um ato de rebeldia ante sua autoridade, que deve ser evitado e, sendo o caso, prontamente eliminado pelo sistema jurídico e pela sua própria atuação.” – destacamos. Ainda no referido texto afirma que: “A cultura jurídica subjacente a este modelo encara com naturalidade o fato que a última palavra acerca do significado do direito seja confiada à corte suprema.” Mitidiero, D. Dos modelos de cortes de vertice- cortes superiores y cortes supremas. In. TARUFFO, M. et al. *La mision de los tribunales supremos*. p. 108 e 103.

7 Mesma tese de Mitidiero, D. cit. p. 98 e 113.

8 MITIDIERO, D. cit. p. 99.

9 MITIDIERO, D. cit. p. 108.

10 Demonstrarei em coluna próxima que, nesse caso, ao menos no plano do que diz Mitidiero no livro *Dos modelos de cortes de vértice op.cit.*, sua percepção sobre a relação positivismo (formalismo)-cognitivismo difere daquela trabalhada contemporaneamente a partir da meta-ética. Ademais, o conceito de cognitivismo combatido por Mitidiero se aproxima do ato de conhecimento, puramente epistêmico, que já estava em Kelsen, na sua TPD. Kelsen justamente critica a jurisprudência dos conceitos por esta



limitar o raciocínio judicial a um ato meramente intelectual. Diferentemente, para Kelsen o juiz faz um ato de vontade, o que denota um não-cognitivismo. Neste caso, resta a pergunta: o papel do juiz em Kelsen seria o mesmo que Mitidiero prega para o papel do juiz hoje?

Date Created

29/09/2016