

ANEXO: COMPLEMENTO DA QUATROLOGIA SOBRE “PRECEDENTES NO BRASIL”

Por Lenio Luiz Streck Lenio Luiz Streck

Coluna Senso Incomum – Revista Eletrônica Consultor Jurídico

Coluna I: [Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar?](#)

Coluna II: [Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II](#)

Coluna III: [Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III](#)

Coluna IV: Precedentes IV: o final. Porque interpretar não é um ato de vontade.

Como se viu nas quatro colunas, o debate a respeito das teses “precedentalistas” é altamente complexo. Diversas são as questões que, a partir dele, podem ser suscitadas. Pretendo aqui explicitar o complemento da saga. Prosseguirei, a partir de onde parei na coluna IV, ou seja, de minha discordância – e não somente da minha – e a incompatibilidade das teorias contemporâneas do direito com a cisão interpretação-aplicação presente no discurso de diversos “precedentalistas”.

Parece indubitável que teses de perfil realista (direito é o que tribunais superiores dizem que é) tem uma forte dose de consequencialismo, orientado por uma perspectiva claramente utilitarista que, de todo modo, sempre toma o caso como um limite à aplicação ótima das normas e não como parte do processo de concretização da norma. Neste caso, ocorre a confusão entre jurisdição e legislação, isto é, como em Alexy, quer-se exigir que as decisões dos Tribunais (de Vértice) sejam universalizáveis.

E é justamente isso que os autores aqui criticados exigem das cortes supremas: que as decisões das cortes sejam universalizáveis, aplicáveis a todo e qualquer caso tido por antecipação como semelhante, de tal modo, até mesmo, a dispensar os juízes de interpretar! - como se isso fosse humanamente possível. Guardar coerência e integridade está longe de ter decisões como as que propugnam os autores precedentalistas.

A distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação só faz sentido apenas para diferenciar a perspectiva discursiva (o papel, a tarefa ou as exigências normativas próprias), do legislativo (que deve estabelecer, de modo não casuista, padrões normativos que se pretendem válidos, ou seja, "racionalmente" aceitáveis - e, portanto, em princípio aplicáveis - para uma generalidade de casos) e a perspectiva discursiva da jurisdição (que estabelece normas em função dos casos específicos, uma vez considerados, como parte da própria construção da norma-decisão, os elementos relevantes da caracterização própria de uma situação concreta).

Afinal, o que, portanto, significa dizer que a jurisdição deve decidir casos e não teses? Mais do que afirmar que seria papel da doutrina construir teses, isso significa dizer que a jurisdição não pode assumir o lugar do legislativo. Então, o que diferencia, afinal, a perspectiva normativa do legislativo e perspectiva normativa da jurisdição?

Essa é uma questão chave: porque a diferença entre legislativo e jurisdição não é redutível, como em Kelsen, a uma diferença de grau ou de quantidade de discricionariedade, o que significa, em termos normativos, reconhecer essa diferença entre legislativo e jurisdição? Discursos de fundamentação nunca se desenvolvem em um vácuo hermenêutico. Pressupõem a existência de uma história institucional. E isso envolve concretude. Casos. E não meramente “conceitos sem coisas”.

Por antecipação nada pode ser universalizável. Fosse possível, os juízes estariam dispensados de interpretar essas mesmas decisões. O que, ademais, seria ingênuo.

Explico:

A “tese” da transformação do direito (lei e CF) em *teses* (veja-se claramente as posições de Barroso e Fachin no STF) fica bem clara no seguinte exemplo dado por Marinoni *et all*: “saber, por exemplo, se a inviolabilidade domiciliar (‘a casa é o asilo inviolável do indivíduo’, art. 5º, XI, da CF) protege igualmente o escritório profissional privativo de determinada pessoa é uma questão que *depende da outorga de sentido* a um termo equívoco: casa. Apenas *depois* de sabermos qual o significado constitucional apropriado do termo casa para efeitos de proteção da pessoa é que poderemos pensar em resolver o problema ligado à extensão da inviolabilidade domiciliar no direito brasileiro”¹.

Eis aí, claramente, a cisão entre o discurso de fundamentação e o discurso de aplicação forjado no bojo na “teoria dos precedentes à brasileira”. Funciona assim: primeiro (“antes”), a Corte de Precedentes (a que “interpreta”) – encarregada de reduzir a “equivocidade” dos textos normativos – firma a tese (eis o busilis!); “*depois*” os juízes *do andar de baixo somente têm o trabalho de aplicá-las*. Primeiro se extrai – sem o caso - o sentido do texto normativo e o juiz atua quase que numa construção gramatical para dar significado às palavras, como no exemplo mencionado da palavra “casa”, que, depois de pré-interpretada, passa a ser uma espécie de “casa fundamental”, uma *Grundhaus*. Ou uma “casa em geral”. Somente após a “pré-intepretação” é que a norma seria aplicada ao caso.

Alguém dirá: eles têm razão, porque o sentido da palavra “casa” deve ser delineado de antemão... Será? Leiam o acórdão do RE 603.616: de que adianta definir o que é casa se o STF diz que, em caso de crime permanente, esta – a casa – pode ser invadida sem mandado e à noite? *Puro aguilhão semântico*. Então, neste caso, de que adianta uma *pandecta* sobre o que é “casa”? Trata-se da construção de conceitos sem coisas. Pretensão de construir conceitos em geral. Pura metafísica no sentido ontoteológico da palavra. O que existe são “coisas”. E causas. Não existem coisas “em geral” e nem causas “em geral”. Mais. Pensemos em uma “tese” sobre “legítima defesa”, igual a um conceito que rola na dogmática jurídica há anos: legítima defesa não se mede milimetricamente (sic). Perfeito, não? Essa “tese” foi sendo aplicada, tendo o caso que a originou sido esquecido (vejam RT 604/327 e minha [Coluna](#) sobre isso) E o que dizer da súmula das algemas? E da maioria das súmulas? E da súmula 681 do STF? Onde ficou o DNA dos “precedentes”?

Dito isso, prossigo. Note-se que mesmo Friedrich Müller, autor cuja importância na superação do positivismo é indubitosa, embora não seja expressamente um adepto da hermenêutica filosófica e da filosofia hermenêutica, *nunca concebeu que fosse possível cindir interpretação e aplicação*, como querem os defensores da teoria dos precedentes à brasileira. Na verdade, nenhum teórico que esteja inserido nos paradigmas filosóficos crê nessa cisão.

Para Müller a “aplicação” da norma – que, segundo ele, é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel – não pode esgotar-se somente na interpretação de um texto:

¹MARINONI et all, op.cit., p. 412.

“muito pelo contrário, trata-se da concretização, referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos.”²

É importante ressaltar: a norma é a norma no caso! Ela *não* ganha vida própria depois que o texto é interpretado. Pensar assim é mal compreender a diferença texto-norma. Deixei isso muito claro em um texto antigo, denominado “A Diferença Ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir de *ontological turn*”³ norma não fica à disposição de quem simplesmente irá aplicá-la. No paradigma hermenêutico não há como fazer essa cisão por um simples motivo: a norma é a norma no caso, *de modo que diante dos casos futuros ela também será texto* (este é segredo!) e, portanto, novamente será interpretada. E quando dizemos que será novamente interpretada, isso pressupõe um novo caso, uma nova situação hermenêutica na qual o sentido se dá. Não há como aceitar que, diante dos novos casos, os juízes e Tribunais do andar de baixo simplesmente aplicarão e, apenas *eventualmente*, necessitarão interpretá-los!

É importante insistir: conforme já expliquei para dois juízes que faziam a defesa candente da “fabricação de enunciados” e, para tanto, se sustentavam em Friedrich Müller (ler [aqui](#)), o mestre de Heidelberg de modo algum compactua com a proposta de fixar uma interpretação antes do caso ou “fazer uma tese” com pretensão generalizante (como, aliás, pretendem os precedentalistas). E quem diz isso é o próprio Müller. Por isso vale a pena transcrever novamente parte do que ele disse, na referida discussão que travei com os dois juízes:

Festgelegte, „vorab“ fixierte „Aussagen“ gibt es in der modernen Methodik nicht mehr. Die Rechtsnorm wird ja in casu durch die methodisch reflektierte und offengelegte Arbeit des Konkretisierens erst erzeugt. [Fixar de antemão uma interpretação [enunciado] é incompatível com a moderna metodologia. A norma jurídica só será produzida por intermédio do caso e é o produto dessa concretização metodicamente refletida e comunicada].

De novo: *Festgelegte, „vorab“ fixierte „Aussagen“ gibt es in der modernen Methodik nicht mehr.* Em resumo: Voltamos ao século XIX? Não sabemos, ainda, que interpretar é uma questão ontológica? Interpretar não é uma postura meramente analítica, produto de uma postura deflacionista sobre o conceito de verdade. Ora, exatamente quando Marinoni e seus colegas dizem que “os juízes não existem para interpretar” (sim, sei o que eles querem dizer com “interpretar”), é aí que fica mais claro ainda que estão mais presos, e de forma irrefletida, nos pré-conceitos da tradição em que estão mergulhados. Eis a questão.

Nem mesmo Hart, autor que vem sendo muito lembrado para se fazer referência à possível “textura aberta” dos textos jurídicos (quais textos seriam “fechados”?) acreditaria que, com a criação de um precedente, estaríamos resolvendo problemas que são inerentes à linguagem (como se ele, Hart, não tivesse lançado mão do livro *Investigações Filosóficas*, de Wittgenstein). Ao contrário, ele é peremptório em afirmar que

²MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. RJ, Renovar, 2005, p. 26.

³Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun. 2004.

“a distinção entre as incertezas da comunicação por exemplos dotados de autoridade (precedentes) e as certezas de comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação) *é de longe menos firme do que sugere este contraste ingênuo*”.

E acrescenta:

“situações de facto particulares não esperam por nós já separadas umas das outras, *e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral*, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação. Em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que linguagem pode oferecer”⁴.

Ora, nem Hart acreditaria que uma doutrina dos precedentes transformaria todos os casos futuros em, como ele diria, “casos fáceis” a serem resolvidos com recurso ao “silogismo” (vejam minha crítica ao silogismo e dedutivismo na coluna IV). Nem o legislador e nem as supostas “Cortes de Precedentes” seriam dotados dessa aptidão quase que mística de resolver por antecipação todas as questões antes das perguntas. Como diz Waluchow, “*un intento tal no sólo sería una absoluta locura sino que, para HART, de ninguna manera podría tener éxito*”⁵. Repito o que disse Waluchow: seria uma absoluta loucura um intento desses.

E porque será que parte de nossa doutrina (em especial, a que sustenta um sistema de precedentes) parece estar disposta a nadar contra a corrente? A ignorar décadas de pesquisa e estudo destes pensadores (mais Dworkin, Habermas e tantos outros)? Estaríamos diante de um problema de ausência de conhecimento por parte dos doutrinadores brasileiros, que ignoram, por desconhecerem o que a Teoria do Direito no mundo produziu no último século? Ou há mais no “lado oculto da Lua”?⁶

É verdade que os defensores da teoria dos precedentes à brasileira, partindo da cisão entre interpretação e aplicação por eles propugnada, argumentarão que o texto é “equivocado” (ou eivado de equivocidades) e a norma é vaga (seria mais certo, sob essa ótica, dizer que ela é porosa), no sentido de que eventualmente ainda sobrarão algo para os juízes do andar de baixo, notadamente quando não for tão fácil assim o “encaixe” do “precedente” ao caso.

Então, sob essa lógica, algumas vezes os precedentes tornariam “fáceis” os casos futuros, enquanto que, em outras, os casos futuros continuariam sendo casos “difíceis”. Na primeira hipótese, os juízes e Tribunais somente “aplicariam” o precedente,

⁴HART, L. A. O conceito de direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994, p. 139.

⁵WALUCHOW, Wilfrid J. *Positivismo jurídico incluyente*. Marcial Pons, 2007, p. 209.

⁶O jurista baiano Calmon de Passos costumava dizer que ou podemos estar diante de um déficit epistemológico (ou seja, ausência de conhecimento destes doutrinadores sobre o que se produziu em termos de Teoria do Direito fora do país) ou de uma corrupção ideológica (deturpações intencionais para defender determinados interesses em desserviço ao Estado Democrático e a nossa Constituição). Quer em um caso, quer em outro, a solução somente se alcança mediante estudo por parte da comunidade jurídica.

enquanto que, na segunda hipótese, (e somente nela), também haveria restaria algo a ser interpretado para depois aplicar.

Na verdade, chega a soar estranho tudo isso que os precedentalistas brasileiros escrevem, pois, num primeiro momento, são ferrenhos defensores da superação do positivismo exegético (ou, como eles preferem falar, do *juge inanimé* ou *oracle of the law*) para, com base naquilo que chamam de “dupla indeterminação do direito” (baseados em Guastini) *defenderem a necessidade de uma Corte ter a função de “outorgar sentido aos textos normativos”*.

Aqui eles são pós-exegetistas. Porém, depois que o “sentido foi outorgado ao texto e surgiu a norma, existiria um segundo momento, *de aplicação da norma ao caso* (pelo silogismo, pela indução, abdução e, principalmente, pela analogia – de novo, remeto o leitor à coluna IV). Portanto, antes, são pretensamente pós-exegeticos; depois, voltam à subsunção.⁷ Afinal, como a norma já está pronta pelas Cortes de Vértice, *o juiz já não interpretará* (a frase é da obra de Marinoni *et all* já citada anteriormente); o juiz do andar de baixo tão-somente aplicará a norma.

Isto é, a interpretação já se deu quando as Cortes de Vértice firmaram a tese. Eis a cisão metafísica: *interpretação vem antes e é feita pelas Cortes de Vértice; aplicação vem depois, feitas pelos juízes e tribunais não-superiores*. Eis o plano dos precedentalistas. Como decorrência, o juiz e as Cortes de Justiça somente interpretariam quando a Corte Suprema ainda não viesse a fazê-lo. Ficam apenas encarregadas de fazer “restos de sentido”. Como explicar esse paradoxo na tese dos autores? Superam o juiz boca da lei e o substituem pelo juiz boca dos precedentes (ou das teses)?

O sonho de ter as respostas antes das perguntas

Deixemos isso bem claro: A transformação do direito (leis, CF, etc) em teses ou “precedentes à brasileira” é uma tentativa – ingênua - de voltar ao século XIX. Há um sonho de parcela dos juristas (juízes, ministros e doutrinadores): *ter as respostas todas em formas de conceitos, de teses, de...precedentes*, isto é, sonham em ter uma tese ou precedente que abarque todas as futuras hipóteses de aplicação (relembro que Wilfried Walluchow, um positivista inclusivo da cepa, chama a essa pretensão de “loucura”). Eis o germe da coisa. Aqui também é bom deixar claro: as teses precedentalistas são incompatíveis até mesmo com o positivismo inclusivo (refiro isso porque um dos defensores do precedentalismo, ao que consta, aderiu recentemente ao positivismo inclusivo).

Não se percebe, como Dierle Nunes insiste em falar em todos os lados, que trabalhar com julgados e precedentes torna o direito mais sofisticado e induz um ônus argumentativo mais consistente dos intérpretes e dos aplicadores. Não pode representar uma mera simplificação metodológica mediante aplicações mecânicas de argumentos

⁷E esta crítica da construção de uma nova escola da exegese pela via dos precedentes não é só minha. Basta conferir: NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, n. 189, nov. 2010. NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 199, set. 2011.

para esvaziar escaninhos a qualquer custo. Isso é tão-somente lutar contra efetividades quantitativas.

Como bem diz Dierle, o Judiciário não pode ser *Einsatzgruppen* (forças-tarefa de extermínio) dos processos. Tampouco pode-se aceitar como válida a tentativa de construção de uma neo-escola da exegese, que tenta reduzir complexidade em um sistema de enunciados (de duvidosa normatividade) supostamente claros e precisos a ponto de tornar necessária qualquer atividade interpretação, ressuscitando vetusto brocado “*in claris cessat interpretatio*”. É preciso lembrar que todo juiz é um garante de direitos fundamentais.

Livros e textos estão sendo escritos para fundamentar essa volta ao passado. Afinal, nada como substituir a discussão de *casos e causas* por uma cartografia pré-estabelecida, reprimando o objetivismo ingênuo da pré-modernidade, que, aliás, foi fundamental – politicamente (lembremos um texto importante de Regina Ogorek, chamado *Richterkönig oder Subsuntionsautomat? In: Zur Justizlehre im 19. Jahrhundert*) para sustentar o positivismo do século XIX nas suas três versões: o exegetismo, a jurisprudência dos conceitos e a jurisprudência analítica. Isso é fato. Não é mera opinião. E não é implicância minha.

O plano dos precedentalistas parece claro: deslocar todo o poder de atribuição de sentido para os Tribunais Superiores, chamados de Cortes de Vértice (o Min. Edson Fachin até já aderiu a esse nome!). Surge, no horizonte, um novo tipo de juiz (e desembargador): *juiz-desembargador-boca-dos-precedentes-à-brasileira*. Sim, é claro que os precedentalistas (pelo menos, alguns) negarão essa pretensão, até porque soa antipática. Mas, ao fim e ao cabo, é disso que se trata.

**De onde emana o poder das Cortes de Vértice (ou Cortes de Precedentes)?
Resposta: não emana. Saibamos, todos, o que é o legicentrismo (art. 5º.II, da CF).**

Agora entramos em outro problema teórico da “tese” dos “precedentes obrigatórios”. Afinal, de onde emana a autoridade do precedente? Por que somente os “Tribunais Superiores” criam precedentes? E os juízes e Tribunais do baixo escalão não teriam a mesma responsabilidade política de manter a coerência e a integridade do Direito? A obrigatoriedade do precedente decorre do seu *pedigree*?

Começo por dizer que existe ainda uma outra questão a ser considerada, para que o debate seja produtivo: de que modo a distinção entre o *convencionalismo* (uma *forma interpretativa do positivismo*, como observa Stephen Guest, lendo Dworkin) e o Direito como *integridade* opera num país cujas coordenadas constitucionais apontam para o *legicentrismo* (art. 5º, II, da CF)? Este ponto é extremamente relevante e parece que não foi compreendido pelos precedentalistas.

Vou tentar esmiuçar isso. O convencionalismo, grosso modo, propõe que a melhor interpretação da prática jurídica leva a concebê-la como um modo de preservar, respeitar e aplicar convenções jurídicas (leis, precedentes etc.). Com isso se protegeriam e estabilizariam expectativas (este é o seu *valor*). Mas e nos casos difíceis, em que a convenção não contempla uma solução *prima facie*? Aí, os positivistas se dividem. Alguns sugerem que uma instância legislativa se encarregasse da solução; outros, indicam que o juiz deve *legislar*. Avancemos no argumento. E se a *convenção* for, neste caso, tão somente aquela em que se estabelece que os juízes devem, nos casos difíceis,

devem seguir o melhor entendimento possível do material jurídico disponível? Neste caso, o convencionalismo perde a sua identidade e se torna, enfim, *integridade*".⁸

Imaginemos o seguinte exemplo: o STF, em controle difuso, inquina uma lei de inconstitucional. Mas é controle difuso e não tem quórum para uma SV. Vingando a tese aqui combatida, o STF faria uma tese dizendo que o artigo tal da lei tal é inconstitucional. Ora: primeiro, o STF estaria violando o art. 52, X, da CF; segundo, um juiz sempre poderá dizer que essa lei não é inconstitucional. Mas, pela tese dos commonlistas, esse juiz estaria jungido à "tese" ou "ao precedente". Imaginemos algo mais bizarro: o STJ diz, em um "precedente à brasileira" ou em uma "tese", que a lei x é inconstitucional. O andar de baixo está vinculado? Isso é o que se chama direito pré-dado e, ao mesmo tempo, predado.

Por que essa distinção tem de ser enfrentada aqui e agora? Porque, mesmo num sistema como o nosso, *convenções* há em profusão. Temos uma Constituição escrita. Analítica. Extensa. Temos ainda leis em profusão. Códigos. Decretos. Regulamentos. Portarias. E agora ainda alguns *provimentos judiciais com vetor vinculante* (observância obrigatória). Tudo coordenado, insisto, por uma Constituição normativa e por uma legalidade constitucional⁹.

Todo o juiz é um guardião dessa arquitetura. É um *romancista na cadeia*, é um *coautor* de uma *obra coletiva*, o Direito, cujo *propósito* maior é o de fazer com que o uso da força coletiva esteja justificado em princípios. Portanto, já o disse, *todo o juiz, no Brasil ao menos, é um juiz constitucional*. Seu dia a dia é a *jurisdição constitucional*. Não importa se ele ocupa o *vértice* ou o *piso* de uma pirâmide. Há, é claro, divisão de trabalho, de competências, de funcionalidades. Mas o dever judicial, a *responsabilidade política* de cada juiz é, no frígido dos ovos, uma só. Indelegável. Convenções (sejam estes precedentes da *Corte de Vértice*, sejam súmulas vinculantes, sejam dispositivos constitucionais) não resolvem o problema. Não desoneram o juiz do dever – e, *fundamentalmente, do direito* - de interpretar.

Essas questões rementem, por assim dizer, à filosofia política desta postura. O Brasil adotou um modelo radical de controle de constitucionalidade. Não é um exagero dizer que toda a jurisdição no Brasil é, antes e sobretudo, jurisdição constitucional. Não há uma "diferença de raiz" (com a licença pelo uso largo desta expressão) *entre o que faz o Juiz de Tucunduva e os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando diante de um caso em que se questiona, incidentalmente, a constitucionalidade de alguma lei ou ato normativo*. E mais: antes disso, há um "sentido" de Constituição pré-compreendido em toda a atividade jurídica.

Parece que falta, na análise feita pelos autores em tela, uma dose de *wirkungsgeschichtliches Bewußtsein* (consciência da história efetual). Sendo mais claro: *trata-se de não desprezar ou deflacionar a responsabilidade histórica que é reconhecer que "existir é interpretar"*. Do contrário, corremos o risco de reproduzir o

⁸ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 192-197.

⁹ Antes que me entendam errado, quando falei em "legicentrismo" foi no sentido de que antes a lei, depois os precedentes, e não que, primeiro a lei, depois a Constituição. Até porque, há décadas, combato o problema da "baixa" constitucionalidade no Brasil e não seria agora, em tempos nos quais a Constituição vem sendo descumprida pelo próprio STF (vide o caso da ADC 43 e 44) que trilharia um caminho diferente. Se quiserem, podemos usar "constitucentrismo".

que há de pior nas tradições que ainda constituem internamente a sociedade. Daí a diferença entre pré-compreensões autênticas, enquanto condições de possibilidade de avanço na construção histórica de sentido, e meros pré-conceitos arraigados, inautênticos, que obstaculizam, não apenas o conhecer, mas o pensar, obstruindo o aprendizado histórico de construção do sentido da verdade, mas também do justo, do correto e mesmo do belo em sociedade.

Não problematizar ou se apropriar reflexivamente de nossas próprias pré-compreensões a respeito de que seja o papel do Judiciário pode levar à reprodução, *contra legem*, de preconceitos arraigados e inautênticos à luz das novas e exigências legais. Direito é história. *Não é uma “superfície semântica” à disposição de juristas ou Cortes de Vértice (sic), construindo sentidos para serem impostos ao andar de baixo do judiciário. De jeito nenhum.*

Aqui a proposta da teoria dos precedentes brasileiros é ainda mais assustadora! Mitidiero, por exemplo, chega a dizer que

“a autoridade do precedente, ao contrário do acerto da experiência, é o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir precedentes”¹⁰.

Ou seja, juízes e Tribunais devem respeitar os precedentes do STJ simplesmente porque é função do STJ criar precedentes. O que importa, portanto, não é o conteúdo do precedente¹¹ para que ele seja “obrigatório”, mas, unicamente, a figura de autoridade que põe o precedente.

Eis o lema dos *precedentalistas*: *Auctoritas non veritas facit precedent*. (só que, para eles, *auctoritas* é *potestas*).

Antes de avançarmos no ponto, devemos lembrar a passagem antes referida do próprio Marinoni, segundo o qual

“a decisão interpretativa, por ser elaborada a partir das avaliações e da vontade do intérprete, é algo mais em face da regra editada pelo legislador, tendo, assim, um caráter de criatividade a partir da lei”¹².

Isso quer dizer que, para a Corte de Precedentes, na interpretação do texto o que vale é a *vontade do intérprete*, no bom sentido kelseniano de interpretação como *ato de vontade*. Depois, porém, o que vale é a autoridade do órgão dotado de autoridade. Permito-me repetir, parafraseando Hobbes: *auctoritas non veritas facit precedent*.

Atenção: aqui há uma sutiliza em Hobbes, quando ele dizia que *Auctoritas non veritas facit jus*. Ele está falando de *Auctoritas* e não de *Potestas*. Pois em Hobbes a autoridade somente é autoridade porque foi autorizada pelo pacto fundamental que a autoriza por delegação (as traduções por vezes estão erradas!) a exercer a autoridade. A verdade da tradição tornou-se algo muito relativo e a disputa pela verdade levou a Inglaterra à guerra civil! Em Hobbes autoridade é autoridade autorizada. E autoridade autorizada com uma finalidade que sabemos qual é: a de garantia da segurança jurídica e política. Hobbes é antes um defensor do governo representativo (Maurizio Fioravanti trata disso

10[□]MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 121-122.

11[□]Trata-se de uma ideia que está direta e indiretamente presente nos textos dos principais defensores da teoria dos precedentes, como é o caso de Marinoni: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

12[□]MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156.

belissimamente) do que meramente um teórico da soberania (embora entenda que, contra a tradição da constituição mista, seja necessário definir quem a exercerá, qual ou quais homens).

Ou seja: no caso, nem isso ocorre. A *auctoritas* da tese dos precedentistas virou “potestas”. Essa pode ser a divisão de águas na tese de quem defende que a autoridade dos precedentes supera o seu conteúdo. De novo, uma questão de teoria do direito.

Ora, se somente os juízes do andar de cima fazem precedentes, os juízes do andar de baixo estão sujeitos à interpretação dos textos que já ocorreram antes dos casos. *Estão sujeitos, pois, às normas criadas pela figura de autoridade (potestas) a Corte de Precedentes!* O mais grave disso tudo é que, como os precedentes são, sob a ótica da doutrina brasileira do precedente, “razões generalizáveis extraídas da justificação de decisões” (que se transformam em “teses” lançadas nos sites dos Tribunais Superiores), os critérios de fundamentação dos precedentes são escamoteados a partir de um processo de depuração/generalização, sendo vedado colocá-los em xeque.

Há muito a dogmática jurídica se vale dessa mixagem entre metafísica moderna (aqui, com a criação do precedente pela vontade da Corte de Precedentes) e metafísica clássica (com juízes e Tribunais que “não existem para interpretar” sendo assujeitados pelo precedente). Trata-se de algo que desde 1999, com a 1ª edição do livro *Hermenêutica Jurídica (e) m Crise* (hoje na 11ª.) vem sendo apontado e que, mesmo assim, teima em se fazer presente no imaginário dos juristas. E ainda que se diga que o precedente poderá ser superado, a pergunta que fica é: *como e por quem?*

Uma pergunta simples: Será que depois de assentada a “autoridade” do precedente será possível fazer chegar até à Corte de Precedentes? Não podemos esquecer que, ao lado da doutrina das teses e precedentes, vem junto um rígido sistema de filtros recursais, *a impedir que as Cortes de Precedentes sejam sujeitas ao constrangimento epistemológico de corrigirem os seus próprios erros.*

Sim, porque também não podemos esquecer, elas erram e isso não pode ser uma fatalidade... Devemos apostar que são possíveis respostas corretas no Direito. Do contrário, não haveria nenhum sentido o Novo Código de Processo Civil ter estabelecido no seu artigo 926 que juízes e Tribunais tem o dever de manter a jurisprudência íntegra e coerente. Esse, por sinal, é um ponto ao qual volto logo a seguir.

Não é preciso recorrer à hermenêutica ou qualquer outra teoria para demonstrar o que está evidente: O que impressiona é que a todo tempo os autores – assim como o Min. Fachin – homenageiam o *common law*...só que andam a milhares de quilômetros do alvo. Por sinal, também devemos advertir e repetir:

no *common law* o precedente não é criado para resolver casos futuros. Lá, não se julga para vincular no futuro; a vinculação se dá de forma contingencial.

Não há, no *common law*, essa pretensão de criar precedentes para resolver casos futuros. Duxbury, por exemplo, apesar de perceber que os juízes podem decidir com o futuro em mente adverte que os mesmos não devem fazê-lo, assim como preocupações sobre o futuro podem – mas não necessariamente devem – influenciar na decisão do caso presente¹³.

13 DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 5.

Desafio a que demonstrem que alguém no common law diga que os precedentes são formados “enquanto teses generalizantes” para vincular os juízes no futuro. De novo: *os precedentes do common law não são respostas antes das perguntas*. E nem sequer tornam-se teses depois que o caso é resolvido! Tanto é assim que, no *common law*, quando se invoca um precedente se faz menção a um caso, e não a uma tese. Simples assim.

De todo modo, vou explicar isso melhor. Um bom exemplo de como um precedente não é uma tese é o caso *Fischer v. Bell*, mencionado por Waluchow¹⁴. A lei sobre restrição de armas de ataque inglesa havia convertido em delito “colocar à venda” navalhas, o Tribunal teve que decidir se um comerciante que havia colocado “navajas de muelle” na vitrine de sua loja havia violado essa lei. Pelo significado óbvio de “colocar à venda”, a lei teria sido violada, porém o Tribunal, diante do caso, entendeu que somente haveria um “convite para negociar”, um convite para realizar uma oferta de compra, e não uma oferta de venda. Poderíamos extrair do caso uma tese no sentido de que “expor armas na vitrine não constitui oferta de venda”? Como esse enunciado vincularia em casos futuros? Ora, a resposta é bastante óbvia: somente diante de novos casos é que será possível estabelecer, contingencialmente, *em que medida*, o caso passado será um precedente e, portanto, vinculará. Vinculará – além de que é o novo caso que dirá o que do caso anterior é só “obiter dictum” e o que é “ratio decidendi” e, inclusive, o que este último significa para a solução atual do caso. Não é possível dar a resposta antes das perguntas! O histórico do common law depõe contra a qualquer pretensão “abrasileirada” do instituto.

No específico, espero que os juízes, desembargadores, advogados e doutrinadores se unam a esta minha cruzada contra a Cortes de Precedentes (Cortes de Vértice – sic) ou aos “precedentes à brasileira”. Penso que os juízes, com todas as críticas que lhes tenho feito em face do excesso de subjetividade que beira ao solipsismo, podem muito mais do que lhes reservam a tese das Cortes de Vértice. A tese dos precedentes abrasileirados e das Cortes de Vértice fazem pouco caso da capacidade dos juízes e desembargadores e, na verdade, de toda a comunidade aberta de intérpretes. Isso tem de ser dito. Convenhamos: o que restará para a doutrina, se o direito é o que os Tribunais de Vértice dirão, por intermédio de teses e precedentes? A doutrina, definitivamente, vingando a tese dos precedentistas, ficará confinada a um simples papel de comentarista de teses e precedentes à brasileira.

De minha parte, posso dizer que a minha teoria nunca sustentou que os juízes deveriam ficar reféns de teses ou súmulas (aliás, desde 1994 – faz um bom tempo, hein - sustento que súmula não é precedente, que súmula é texto e, como tal, pode e deve ser interpretada) ou de precedentes. Minha tese sempre apostou na qualidade interpretativa dos juízes. Eu disse: qualidade interpretativa. *Sempre disse que juiz não é escravo da lei (ou precedente); mas também não é dono da lei*. Sempre propugnei por um caminho do meio, entre o subjetivismo e o objetivismo – *locus* da hermenêutica.

Jamais cheguei a propor que juízes e membros dos tribunais “abaixo” do STJ e STF não mais pudessem interpretar e que ficassem como os juízes do século XIX. Todos meus escritos me absolvem. Mal interpretado, por vezes, fui chamado de originalista ou positivista (exegético? Exclusivo? Inclusivo?) porque defendia (e defendo) limites

14 WALUCHOW, Wilfrid J. *Positivismo jurídico incluyente*. Traducción de Marcela S. Gil y Romina Tesone. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2007, pp. 281-282.

semânticos (no sentido hermenêutico). Hoje, diante desse novo quadro, todos podem ver que “a coisa não era bem assim”. Eu não era adversário. Era – e sou - aliado.

O ovo da serpente estava em outro lugar. Enquanto os juízes brigavam indevidamente comigo, lá longe estavam estabelecendo esse assim chamado “sistema de precedentes à brasileira” e Cortes de Vértice.

Uma questão relevante:

De que modo os defensores do neosistema de precedentes à brasileira pensam que as cortes superiores constroem seus entendimentos? Supostamente "descolando-as" da própria história institucional e doutrinária? Isso não é, afinal, romper com a exigência normativa de integridade no Direito? Como se os entendimentos construídos por essas cortes invariavelmente não fossem também construídos a partir da construção de sentido que vem das instâncias "inferiores", mesmo que por uma contraposição a essa construção? Esqueceram que as Cortes Superiores assim são na medida em que funcionam como instâncias, sobretudo, recursais?

Esqueceram que súmulas são súmulas de jurisprudência cujas questões se originam "em outras instâncias" (claro, quando os processos são de competência originária só haveria de se falar em "superioridade" em função do efeito vinculante e da eficácia erga omnes. E mesmo assim por referência a construções de sentido que não "brotam" simplesmente dessas cortes, pois, desde sempre, o são por referência, ainda que divergente, à outras instâncias)?.

Será que, vingando a tese dos ilustres juristas aqui referidos (Marinoni, Mitidiero e Arenhardt), vinculando os juízes (e desembargadores) às Cortes de Vértice, teremos que começar, mais de 100 anos depois, um novo movimento do direito livre? Lembro que, na Alemanha e na França, a palavra *livre* devia ser lida como “livre das amarras do positivismo duro que equiparava lei e direito” (por que será que o positivismo teve três vertentes no século XIX?). Aqui, se a tese dos autores for vencedora, teremos que fazer um movimento para nos livrarmos das amarras das teses e precedentes pelos quais “a lei e o direito foram capturados por precedentes”. Juízes e desembargadores que não estão nas Cortes de Vértice: contem comigo nesta luta. Estamos juntos.

Algumas questões ainda carentes de resposta nas teses precedentistas

Quero, portanto, deixar, para reflexão, algumas questões, as quais normalmente as teses precedentistas não conseguem explicar e que, por certo, pretendem deixar debaixo de uma camada semântica. Por exemplo:

- a) se há base dos precedentes é o *common law*, sabemos bem como ele funciona?
- b) se não é o *common law*, então por qual motivo buscam os precedentistas importar componentes desse sistema?
- c) mesmo que se diga que “isso não é seguir o *common law*”, ainda assim se trata de um “sistema” – logo, terá que ser para todos os ramos do direito (trabalho, administrativo, penal, etc)?
- d) se sustentamos a primazia dos precedentes, por que não explicamos à comunidade jurídica que no *common law* não se constroem precedentes para servirem de “teses” ou “leis” para o futuro?
- e) mais: se a base não é o *common law*, mas um sistema “brasileiro de precedentes”, como explicar que o judiciário se substitui ao legislador?
- f) como explicar que o genuíno precedente não se estabelece como solução para enfrentamento de litigiosidade repetitiva ou para fixação de teses em abstrato;

- g) se, como diz, por exemplo, Mitidiero, que a linguagem é indeterminada e por isso os textos jurídicos são indeterminados, por qual razão os precedentes seriam formados com outra coisa? Com sinais? Ora, os precedentes também são formados com linguagem. Assim, a indeterminação também recairá sobre eles. Logo, os precedentes não são interpretáveis assim como as leis, porque, afinal, leis e precedentes (ou teses) também não são textos?
- h) nem no *common law* e nem no *civil law* o legislativo perde a força. Aliás, do ponto de vista histórico é difícil imaginar um Legislativo mais forte que o Inglês, pois não?
- i) ainda: de que modo querem justificar a tese de que, no plano da teoria, é possível dizer que o texto é um equívoco (ou possui equivocidade) e o judiciário é que dará o sentido correto a partir de uma pré-interpretação, que depois será vinculante para o sistema?
- j) como explicar, em uma democracia, que uma lei não vincula... mas uma tese vincula?
- k) qual será a diferença entre uma tese feita em um RE ou HC e uma Súmula Vinculante – que não é precedente (lembremos: uma SV não é considerada precedente nem pelo NCPC; ela é vinculante porque é aprovada por 8 ministros do STF e pode ser revogada e, não fosse por nada, tem guarida no texto da CF)?
- l) ademais: se, conforme dizem alguns processualistas, a tese já conterà os sentidos (pré-interpretação), por que outros processualistas dizem que as teses serão gerais e abstratas?
- m) em que medida falar que “o precedente tem uma dimensão objetiva” e que a sua *ratio decidendi* é a *universalização das razões necessárias e suficientes da justificação judicial*, no contexto jurídico brasileiro, é diferente de equipará-lo a uma tese?
- n) enfim, é possível dizer que o precedente “é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”¹⁵ sem cair num paradigma objetivista? Em suma: Precedentes são teses gerais e abstratas? Enfim, são todas estas questões que ainda carecem de resposta.

Um pouco de ortodoxia.

Por tudo isso, um pouco de ortodoxia faz bem. Examinemos algo que está fora de moda: o valor da lei. A autoridade da lei. Algumas lições do positivismo normativo, nesse ponto, podem ser interessantes. Seguindo a linha de pensamento de Jeremy Waldron¹⁶ e ensinamentos da teoria da autoridade de Joseph Raz¹⁷, Bruno Torrano¹⁸ bem enfatiza que a existência de grandes assembleias político-deliberativas não constitui uma mera obra do acaso, e sim a essência mesma de uma desejável configuração jurídico-democrática

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 165.

¹⁶ Cf. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999; WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁷ RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

¹⁸ TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre positivismo e pós-positivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

comprometida com a “internalização institucional” do infindável pluralismo de ideias existente no seio da comunidade. Eventuais deficiências do Legislativo devem ser pensadas e estrategicamente atacadas, *mas não autorizam, de nenhuma forma, o deslocamento automático do eixo das escolhas públicas do Parlamento para cúpulas extremamente centralizadas de magistrados não-eleitos, com a preguiçosa aposta em coisas como ativismo judicial, realismo jurídico ou reverência cega a teses gerais fixadas em precedentes*. Corretíssimo, Bruno.

Nessa linha, tive a pachorra de recorrer todo o CPC para ver se encontrava guarida dogmática para as teses dos defensores do sistema de precedentes e/ou defensores de Cortes de Precedentes e/ou defensores de que as Cortes de Vértice emitam teses gerais e abstratas (ou com os casos pré-interpretados). Examinei a Lei, a CF e a teoria do direito lato sensu. Não é difícil demonstrar que essas teses não somente não encontram guarida na teoria do direito como na própria dogmática.

Em primeiro lugar, o CPC não instituiu um sistema de precedentes. Por que? Por que, para o CPC, os provimentos que devem ser *observados* estão elencados no artigo 927, *verbis*: Os juízes e tribunais observarão (viram? – a palavra é “observarão”; não vi a palavra “vinculação”, alguém viu?):

- I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II – os enunciados de súmula vinculante;
- III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (,,).

Peço que os leitores me ajudem, porque não encontrei menção a “precedentes vinculantes” (vi, sim, SV). E nem menção à jurisprudência pacificada. Também não encontrei menção à que “teses” – a não ser as resultantes de IRDR, de julgamento de “recursos repetitivos” e de assunção de competência – sejam vinculantes. Mais ainda: precedentes conformam uma súmula. Compreendem? Consequentemente, onde está o sistema de precedentes, se súmula não é precedente?

Quanto à palavra “tese”, ela consta duas dezenas de vezes, englobando tese de súmula vinculante, tese de IRDR, de recursos repetitivos e assunção de competência. Logo, em que lugar está escrito que o judiciário pode fazer teses, a não ser quando trata de súmula vinculante e os referidos institutos retro? Mais: em que lugar está escrito que essa tese se despreza do caso ou dos casos concretos? (aqui remeto o leitor para os comentários aos incidentes e à reclamação no CPC, no livro *Comentários ao CPC*, de Streck, Nunes, Cunha e Freire, ed. Saraiva – citando Dierle et all, mostro os perigos de que uma tese de incidente de recursos repetitivos venha a se desprender dos casos e se transforme em uma regra geral).

Para deixar essa questão das “teses” mais clara, invoco Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud Pedron¹⁹:

o incidente tem como produto uma *ratio decidendi*. Esta tem um caráter normativo. Mas não exige o intérprete de nele selecionar os fatos relevantes a serem extraídos para comporem a norma que servirá de ponto de partida para casos futuros. O enunciado universal não está pronto e acabado no precedente, aguardando que alguém o aplique sem maiores dificuldades em um caso análogo. Não se trata o IRDR [e isso vale para a assunção de competência e súmulas], de um mecanismo de submissão hierárquica dentro do judiciário, mas, sim, de implementação dialógica do direito jurisprudencial”. Bingo para os autores.

No mais, quando o CPC utiliza a expressão "tese" faz remissão ou aos "casos repetitivos" (REsp e RExt repetitivo e incidente de resolução de demandas repetitivas) ou ao incidente de assunção de competência... Também fala em teses nas súmulas vinculantes. É verdade que a maioria dos "precedentalistas" afirma que os precedentes não se confundem com as súmulas e IRDR, porém, *na medida em que teorizam precedentes como "razões generalizantes extraídas da justificação" e vêm a pensá-los para o futuro, caem em uma aporia.*

Em que medida os tais "precedentes" seriam diferentes dos mecanismos vinculantes adotados pelo Código? Ok, dir-se-á que, ao aplicar precedentes, deve-se olhar para os fatos presentes no precedente, mas isso também não é uma exigência para aplicação das súmulas, mormente quando o próprio §2 do 926 diz que para editar enunciados deve-se ater às circunstâncias fáticas dos "precedentes" que motivaram a sua criação? Bingo. Ainda, se as súmulas são enunciados generalizantes extraídos dos "precedentes" poderíamos dizer que elas são enunciados generalizantes extraídos de razões generalizantes extraídas de decisões? Mas, então, qual a utilidade das súmulas?

Insistindo: O CPC utiliza a expressão "precedente" em quatro oportunidades apenas, sem deixar muito claro no que consistiriam... No entanto, no §2 do 926 deixa claro que súmula e precedente são coisas distintas. De qualquer forma, em momento algum o Código associa precedente à decisão de Tribunal Superior, *de modo que seria forçar demais dizer que somente as "Cortes Supremas" criariam precedentes.* Nem o CPC, com todos seus problemas de redação, confunde isso. Mas os defensores da introdução do “sistema de precedentes” fazem essa confusão.

Então, para resumir: quem fala de “tese geral e abstrata” não deve estar falando do CPC brasileiro. Com certeza, não. Para deixar bem claro: tese só consta no CPC quando se refere a súmula, julgamento repetitivo e assunção. Consequentemente, súmula não é precedente. Tese também não. Como uma tese pode ser universalizante ou universalizada ou equiparada a precedente?

19 [□] *Novo CPC: fundamentos e sistematização.* Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2015, p. 392.

Por último, quem fala em precedentes com grau de generalidade também não deve estar falando do CPC do Brasil. Portanto, antes da teoria do direito que impede a consolidação das teses dos precedentalistas, existe o próprio ordenamento pátrio que impede a implementação de tais teses. Não ajudei a colocar a coerência e integridade no 926 para instalar o *stare decisis* ou engessar o sistema, criando Tribunais de Precedentes. Foi justamente por razões contrárias. Foi para que não tivéssemos “donos de sentidos” ou “adjudicadores de sentidos”. Minha pretensão sempre foi: evitar qualquer espécie de positivismo jurisprudencialista. E os precedentalistas – assentados em um realismo jurídico - estão fazendo é ir na contramão do art. 926.

O CPC não contém, pois, um sistema de precedentes e nem comporta teses gerais e abstratas com pretensões que os precedentalistas têm em mente. Teses só nas súmulas vinculantes, com a ressalva do CPC de que, na aplicação, devem ser vistos os casos – sim, os casos – que a conformaram, no julgamento de “recursos repetitivos” e no incidente de resolução de demandas repetitivas e no incidente de assunção de competência, que, obviamente, só terão sentido – as teses – se tiverem relação com os casos incluídos no âmbito da repetição. Simples assim.

Aliás, até mesmo Michele Taruffo, autor que vem servindo para sustentar a tese brasileira dos precedentes e grande defensor da transformação dos Tribunais Superiores em Cortes de Precedentes, sustenta que

“é, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, – por assim dizer – ‘cria’ o precedente”.

Apesar de discordar de vários pontos da teoria do referido autor – que também sustenta uma transformação dos Tribunais Superiores em Cortes de Precedentes – é importante referir que ele, ao contrário do que vem fazendo parte da doutrina brasileira, não chega a sustentar uma espécie de “competência exclusiva” desses Tribunais para criar precedentes e, muito menos, uma eficácia “obrigatória” do precedente. Nesse sentido, refere que:

(...) não é apropriado dizer que o precedente da *common law* é vinculante, no sentido de que derive uma verdadeira e própria obrigação do segundo juiz de acompanhar o precedente. É notório que, mesmo no sistema inglês, que parece ser aquele em que o precedente é dotado de maior eficácia, os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas entre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, a fim de não se considerarem vinculados ao precedente que não pretendem seguir. Permanece, portanto, verdadeiro que naquele ordenamento o precedente é dotado de uma força considerável, vez que se espera que, em linha de princípio, o juiz sucessivo o siga – como de fato geralmente acontece –, mas esta força é sempre reversível, revogável, anulável, *defeasible*, porque o segundo juiz pode desatender o precedente, quando considerar oportuno fazê-lo, a fim de formular uma solução mais justa para o caso que deve decidir. No sistema americano, então, a força do precedente existe, mas em um menor grau: os juízes americanos aplicam os precedentes com grande discricionariedade, isto é – por assim dizer – quando não encontram razões suficientes para não o fazer. O *stare decisis* continua a existir, portanto, e então os juízes geralmente explicam porque não pretendem seguir o precedente: parece claro, no entanto, que o precedente

tem eficácia apenas quando o segundo juiz o compartilha. Caso contrário, o precedente vem *overruled*²⁰.

Sigo. Fico pensando: o que os juízes pensam disso? Estou esperando a reação de juízes e desembargadores.

Finalizando...

Há coisas muito simples. Um precedente – ou seja o nome que se dê a um enunciado com pretensão generalizante – não nasce para vincular. Ele obriga contingencialmente (dimensão da integridade).

Por isso repito que Marinoni, Mitidiero e Arenhart traçam uma curiosa distinção entre o papel a ser desempenhado pelas chamadas "Cortes de Vértice" e o trabalho dos demais juízes e tribunais. Segundo entendi,

os tribunais superiores devem agir como "Cortes Supremas", definidoras de grandes linhas jurisprudenciais a respeito de pontos controvertidos ou polêmicos, projetando, assim, soluções para o futuro.

Neste sentido, seriam "Cortes de Precedentes", encarregadas da formulação de teses ou proposições com vetor normativo vinculante, responsáveis pela orientação do trabalho das "Cortes de Justiça". Ou seja, segundo os autores, estas "Cortes" "adjudicariam" o Direito a casos concretos, visando a solucioná-los com "justiça", de forma harmônica, o quanto possível, com a unidade do Direito.

O andar de baixo deve simplesmente adotar o que as Cortes de Vértice disseram sobre a lei e a CF. Seu trabalho é apenas o de fazer juízos de facticidade. Enfim, fazer subsunções. Isto fica claro no dizer de um dos autores (Mitidiero):

*“a autoridade do precedente, ao contrário do acerto da experiência, é o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir precedentes”.*²¹

Se entendi bem, isto quer dizer que um precedente vale porque tem autoridade e não porque tem determinado conteúdo.

²⁰TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**.

Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-jurisprudencia/>>. Acesso em 19/09/2016.

²¹A melhor crítica ao livro *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, SP: RT, 2013, de Mitidiero, são feitas por Georges Abboud, verbis:

“É louvável a iniciativa do autor em dedicar a obra exclusivamente para explorar a função das Cortes Superiores. Ocorre que, com a devida vênia, a obra contém equívocos de nomenclatura, filosóficos e hermenêuticos que nos impedem de concordar com as conclusões apresentadas pelo autor. Basicamente, o autor incorre nos dois principais equívocos que têm sustentado as recentes reformas legislativas: (i) a obra está pautada num resgate de um *realismo jurídico primitivo*, como se o direito pudesse ser restrito aquilo que decidem os Tribunais Superiores, no caso do Brasil, STF e o STJ ; (ii) o foco do problema do Judiciário é todo deslocado para as Cortes Superiores e sua padronização decisória, sem se preocupar com uma teoria da decisão judicial que anteceda o recrudescimento dos poderes dos Tribunais Superiores. A tese foca-se em apenas um dos vértices o superior, ignora a questão do ativismo e da discricionariedade, questões cujo desenlace é fundamental para se trabalhar com reformas legislativas ou propostas doutrinárias que contribuam para aumentar o poder dos Tribunais Superiores”. (Processo Constitucional Brasileiro, SP: RT, 2016, n. 5.4., p. 537]

Qual é a diferença dessa tese de Mitidiero daquilo que está no positivismo de Austin, que disse algo parecido no século XIX? Para lembrar: o direito é o resultado da vontade estatal (no caso de Marinoni *et all*, resultado da adjudicação de sentido feita pelas Cortes de Vértice), seja qual seja o seu conteúdo dado por essas Cortes (aqui valeria um olhar sobre Albert Dicey com seu *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Mas, veja-se o imbróglio disso. Se de um lado a tese de Mitidiero se próxima disso que Austin dizia “a existência de uma lei é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra” (basta, no caso, substituir “lei” por precedente ou “tese”), sabemos que o realismo jurídico *inverteu* isso. Um giro de 180% graus. No realismo (que é o positivismo fático ou jurisprudencialista), o sentido não está na lei (texto) e, sim, na decisão judicial. Christopher Langdell foi um dos baluartes do realismo. Eis o empirismo.

Parece, pois, que os autores, ao deslocarem o sentido para a decisão das Cortes de Vértice, adotam a matriz realista. Mas, de novo, temos um problema: O realismo é também conhecido como empirismo jurídico. Ele precisa do caso. Sempre. Mas, no caso dos precedentistas brasileiros, o caso é desnecessário, porque as Cortes de Vértice tecerão a tese ou o precedente para balizar tudo o que vier no futuro. Para Mitidiero, seguindo Taruffo e sua tese que lhes induziu estas confusões, o caso é um reles **pretexto**.²² Como sair dessas contradições?

Numa palavra final: Quando insisti junto ao Parlamento para que fosse incluído no artigo 926 – e minha tese foi vencedora - minha intenção era de que déssemos uma racionalidade às decisões. O combate era ao voluntarismo e à discricionariedade judicial e não uma proibição de interpretar. Integridade no cumprimento da lei e coerência na sua aplicação. Não inclui as palavras “íntegra e coerente” para que disso se extraísse a tese de que isso significava adotarmos o *stare decisis*. Pela simples razão de que

- a) a CF ainda diz que são poderes da república o legislativo, o executivo e o judiciário e não o contrário;
- b) a CF ainda diz que todo poder emana do povo e não das cortes de vértice e nem dos enunciados do CNJ, STJ, ENFAM ou qualquer outro órgão, oficial ou oficioso.

Esta quatrologia é uma defesa do Estado Democrático de Direito.

É uma defesa da jurisdição constitucional.

É uma defesa das prerrogativas de juízes e tribunais da República (falo, na especificidade, de todos os tribunais que deverão, segundo as teses precedentistas, se curvar aos precedentes e teses abstratas e gerais).

É uma defesa das carreiras jurídicas, que ficarão reféns de teses (abstratas e gerais ou o nome que tenham) para os quais não contribuíram e nem puderam influenciar.

É uma defesa da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e do Direito.

²² MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 31.

É uma defesa dos cursos jurídicos que não se curvam à estandardização e que deverão se unir à minha luta pela preservação do caráter democrático do direito.

É uma defesa da doutrina jurídica. Porque é um brado a favor da tese de que “a doutrina deve voltar a doutrinar”, frase que, há alguns anos, disse em seminário em Portugal, apontando para o perigo de que a doutrina brasileira estava se transformando em uma glosa de decisões fragmentárias e fragmentadas dos tribunais.

Esta quatrologia tem, pois, um caráter contramajoritário. Talvez porque, como constitucionalista, acredite que a Constituição, seja, mesmo, um remédio contra maiorias. Quando um certo realismo jurídico (direito é o que o judiciário – em especial, Tribunais do Andar de Cima da pirâmide judiciária – diz que é) começa a tomar forma, permito-me invocar o artigo (*A Senda do Direito de Homes desemboca no Brasil*) que o catedrático e magistrado de Málaga, Calvo Gonzales, escreveu [aqui](#) no Conjur, no qual sou homenageado: *luto todos os dias contra a profecia de Holmes*.