

PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS OU PRECEDENTES À *BRASILEIRA?*

Igor Raatz

Doutorando e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Processo Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Professor da Universidade FEEVALE.

Resumo: O presente ensaio tem o objetivo de oferecer uma reflexão acerca da doutrina dos precedentes obrigatórios, a qual vem sendo aceita, no Brasil, com quase nenhuma resistência. Busca-se, a partir da polêmica iniciada pelo professor José Maria Rosa Tesheiner sobre o tema, traçar alguns pontos cuja meditação parece ser imprescindível antes de se lançar, vertiginosamente, na defesa de tal proposta doutrinária.

Palavras-chave: Precedentes obrigatórios; Common Law; Civil Law

Riassunto: Questo saggio si propone di offrire una riflessione sulla dottrina del precedenti vincolanti, che è stata accettata in Brasile, con quasi nessuna resistenza. L'obiettivo è, partendo dalla polemica iniziata dal professor Jose Maria Rosa Tesheiner sul tema, tracciare alcuni punti la cui meditazione sembra essere essenziale prima di gettarsi, drammaticamente, nella difesa di tale proposta dottrinale.

Parole-chiave: Precedenti vincolanti; Common Law; Civil Law

Sumário: 1.Considerações iniciais; 2.Stare decisis e codificação: pretensões absolutamente distintas?; 3.Qual o problema que a teoria dos precedentes à *brasileira* pretende solucionar? E, afinal, ela tem condições de solucioná-lo? 4.A falácia da superação do precedente obrigatório; Considerações finais; Referências bibliográficas

1. Considerações Iniciais

Um dos temas que mais tem chamado a atenção da doutrina recente do processo civil, no Brasil, é o dos precedentes obrigatórios. Trata-se, basicamente, de proposta no sentido da adoção de um sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, de modo que as decisões dos Tribunais Superiores, em especial do Superior Tribunal de Justiça, tornem-se vinculantes para os Tribunais locais e juízes de primeiro grau, promovendo-se, assim, a segurança jurídica e a igualdade perante o Direito¹.

O discurso em prol dos precedentes obrigatórios é bastante sedutor e, por isso, vem encantando muitos doutrinadores. Afinal, a indeterminação do direito e a falta de previsibilidade a respeito do conteúdo das decisões constituem-se um problema que está na pauta dos debates jurídicos. No entanto, e esta é a questão, o tão propagado sistema de precedentes obrigatórios é capaz de solucionar tal problema?²

Numa voz quase que solitária, o professor José Maria Rosa Tesheiner escreveu um breve artigo intitulado “Contra os Precedentes Obrigatórios”. Com a objetividade que lhe é peculiar, o professor gaúcho traçou uma severa crítica à tese dos precedentes obrigatórios, ideia, segundo ele, “essencialmente autoritária, centralizadora e culturalmente empobrecedora”³. Lançavam-se os alicerces para uma polêmica envolvendo o tema.

O primeiro sintoma da polêmica é a resposta do professor Ticiano Alves e Silva, um entusiasta do sistema dos precedentes, como ele próprio assim se denomina. Para ele, a adoção de um sistema precedentalista, além de prestigiar os direitos fundamentais à igualdade, à razoável duração do processo e à segurança jurídica, não traria empobrecimento à cultura jurídica, pois sempre seria possível, “com a apresentação de

¹ A crítica a respeito da doutrina dos precedentes obrigatórios não significa que as decisões dos Tribunais Superiores possam ser desconsideradas pelos Tribunais locais e juízes de primeiro grau. O cerne da questão, como será esclarecido no correr deste ensaio, diz respeito muito mais à forma como se tem construído um sistema de vinculação, que deixa de levar em conta o conteúdo das decisões (fundamentação) e fecha-se às possibilidades de discussão a respeito de temas já decididos, do que à ideia de que a incontestável importância assumidas pelos precedentes inclusive nos países da *civil law*.

² Deve ficar sempre claro que a crítica no sentido da impossibilidade dos precedentes obrigatórios solucionarem tais questões não significa uma aposta no direito legislado em detrimento do direito construído pela jurisdição. Duvida-se é da capacidade da teoria dos precedentes vinculantes dar conta de resolver aquilo que ela mesma se propõe a solucionar.

³ TESHEINER, José Maria Rosa. Contra os precedentes obrigatórios. *Páginas de direito*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em 11 de Abril de 2012.

argumentos novos, provocar-se a superação total (overruling) ou parcial (overriding) do precedente”⁴.

A fim de contribuir para o debate, e já deixando assente a posição inicial no sentido de uma necessária reflexão sobre a questão, pretende-se, nas linhas que seguem, chamar a atenção para alguns pontos cuja meditação parece ser imprescindível antes de se lançar, vertiginosamente, na defesa da corrente dos precedentes obrigatórios.

2. Stare decisis e codificação: pretensões absolutamente distintas?

A contraposição entre o direito codificado, presente na *civil law*, e a teoria dos precedentes, tão comum na *common law*, remonta a um mesmo período da história, o que, desde já, evidencia a possibilidade de um traço comum no bojo da distinção entre codificação e precedentes. De fato, não é pelo binômio codificação (ou direito legislado) e precedentes que se pode traçar uma linha divisória entre as duas tradições jurídicas⁵. Como já dito em outro lugar, *common law* e *civil law* são frutos da mesma semente cujos galhos alcançaram céus diferentes pela força de fatores históricos decisivos, inerentes ao panorama político da Inglaterra e da Europa continental na passagem dos séculos X, XI e XII⁶. É nesse período que nasce o *common law*: um direito alicerçado em um sistema de *writs*, mecanismo eficiente para lidar com as questões envolvendo a propriedade, e representativo do poder real, identificado na *Curia Regis* e que, se espalhando com a atuação dos juízes itinerantes, gradativamente foi se sobrepondo ao direito das cortes feudais ao mesmo tempo em que incorporava algumas de suas práticas. O panorama descrito, no entanto, não persistia quando se atravessava o canal

⁴ ALVES E SILVA, Ticiano. Carta ao professor Tesheiner: sobre os precedentes obrigatórios. *Páginas de direito*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em 11 de Abril de 2012.

⁵ A classificação do *common law* e *civil law* como famílias ou tradições jurídicas distintas deve ser recebida com certas reservas, como bem lembrava Ovídio A. Baptista da Silva, “pois o fenômeno jurídico, como se dá com todas as expressões culturais formadoras das ciências do espírito, é um ramo do saber humano que se harmoniza com o conhecimento sistemático, próprio das ciências da natureza. O direito, enquanto ciência hermenêutica, busca o individual, em toda sua riqueza existencial e histórica, e, mesmo admitindo que se o descreva como sistema, como é próprio das ciências *explicativas*, que buscam alcançar o domínio da natureza e a construção de princípios e regras de validade universal, sua vocação natural orienta-o para a *compreensão* do fenômeno humano, que será sempre situado historicamente (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Breve história do direito processual civil. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo*. 6ª ed. ver. e. atual. São Paulo Revista dos Tribunais, 2011, p. 11.

⁶ RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*: reflexões para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de processo*. V. 36. N. 199, Setembro de 2011.

da Mancha. Fora da ilha, no Continente, um renovado direito surgia. Não se tratava, propriamente, de um novo direito, mas, sim, do direito romano justinianeu, recepcionado pela Escola de Bolonha: nascia, assim, a *civil law*, um direito com traços bastante distintos daquele praticado na Inglaterra, nominado *common law*.

O papel desempenhado pela legislação naquele período e durante toda a baixa Idade Média era secundário inclusive na *civil law*, como bem lembra René David, segundo o qual predominava, na Idade Média, a ideia de que o direito existia independente dos comandos da autoridade⁷. A ordem legal do medievo era, na *civil law*, “uma ordem de matriz consuetudinária que notariado e jurisprudência prática por primeiro, doutrina de mestres posteriormente, organizavam, categorizavam, sistematizavam”. Não se tratava, conforme Paolo Grossi, de uma “ordem legal, que cai do alto e que a sociedade sente como estranha ou mesmo hostil, não uma ordem geral e abstrata separada da experiência e submetida ao risco constante de se tornar como uma casca seca”⁸.

Na *common law*, por sua vez, o direito se desenvolvia a partir da jurisprudência elaborada pelos juízes, numa junção com os costumes feudais e usos anglosaxões⁹, de modo que, não obstante as peculiaridades e diferenças já existentes entre as duas tradições, em nenhuma delas havia um direito imposto por uma ordem soberana sobreposta à sociedade. E as leis também se faziam presentes, porém de forma secundária tal qual ocorria na *civil law*¹⁰.

⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 48.

⁸ GROSSI, Paolo. *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età moderna*. Revista sequência, n. 55, p. 9-28, dez. 2007, p. 16.

⁹ LOSANO, Mario G. *I grandi sistemi giuridici*. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei. Roma-Bari: Laterza, 2000, p. 263. No mesmo sentido, Cavanna vai dizer que “o primeiro núcleo do *common law* (se excluirmos o pouco material legislativo de derivação régia que se sustentava de julgados de costumes judiciários) foi um amálgama pouco discernível de usos anglosaxões (aqueles dos lugares visitados pelos juízes centrais) e de costumes feudais normandos, com a inserção sobre esse fundamental substrato germânico de algumas formas trazidas da tradição romano-canônica, da assimilação dos quais falaremos mais adiante. Tudo isso, porém, vem como unificado, misturado e remodelado nas praxes judiciais adotadas pelas três Cortes, isto é, entre esquemas procedimentais a sua volta concebidos segundo a mentalidade centralizadora dos conquistadores normandos” (CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*. v. 1. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 526). Na mesma linha, Antonin Scalia afirma que o *common law* não é o direito consuetudinário ou um reflexo das práticas populares, mas, sim, a jurisprudência elaborada pelos juízes (SCALIA, Antonin. *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*. In: *A matter of interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 4).

¹⁰ Sobre o papel da lei no *common law* em uma perspectiva histórica ver MATTEI, Ugo. *Common law: il diritto anglo-americano*. Ristampa. Torino: UTET, 2001, pp. 249-262. No sentido da ingenuidade da diferenciação entre *civil law* e *common law* pelo manejo de leis e precedentes, ver FRANK, Jerome. *La*

A grande ruptura é dada com um processo que se inicia no século XIV, no plano antropológico, político e social, redundante na emersão do individual e no surgimento de novas forças que sepultarão o medieval e darão sustentação à modernidade, um universo que tem como protagonistas o indivíduo e o Estado¹¹. É na filosofia de Descartes que serão encontrados os alicerces para o devir desse novo mundo, agora moderno, em que figura um novo homem, um sujeito solipsista “que encontra a força (ou assim ao menos presume) de se libertar das antigas prisões; sujeito pre-suntuoso, intencionado a encontrar somente no interior de si mesmo o modelo interpretador da realidade cósmica e social”¹². A modernidade marcará a “insularidade do sujeito”¹³, o qual, com a sua força, erigirá a figura do Estado, também insularizado e autonomizado, numa pretensão de libertar-se das antigas estruturas e assujeitá-las.

Esse é o cenário no qual a *civil law* levará a cabo o projeto de codificação do direito, uma tentativa de sufocar o direito natural com a força do direito positivo¹⁴: uma clara tentativa desse sujeito insularizado controlar a ordem jurídica, ordem esta que deveria ser calcada no poder do próprio Estado. E mesmo as tentativas de codificação não tendo obtido êxito na *common law*, o que se deu, inclusive, por fatores políticos¹⁵, a doutrina do *stare decisis* surge no mesmo afã de controle das estruturas. Se antes a legitimidade orientadora das decisões dos Tribunais tinha esteio na própria prática decisória, agora essa legitimidade era imposta de forma incisiva por um Poder Judiciário que avocava para si a tarefa de controlar a estrutura com a criação da doutrina do *stare decisis*, que, coincidentemente, começou a tomar forma somente no século XVIII¹⁶, sendo bastante associada com o advento do positivismo clássico¹⁷

influencia del derecho europeo continental en el “common law”. Traducción y comentario de José Puig Brutau. Barcelona Bosch, 1957, p. 93.

¹¹ GROSSI, Paolo. *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età Moderna*. *Revista sequência*, n. 55, p. 9-28, dez. 2007, pp. 20-22.

¹² GROSSI, Paolo. *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età Moderna*. *Revista sequência*, n. 55, p. 9-28, dez. 2007, pp. 22-23.

¹³ GROSSI, Paolo. *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età Moderna*. *Revista sequência*, n. 55, p. 9-28, dez. 2007, p. 24.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 77.

¹⁵ CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 33-34.

¹⁶ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008, p. 35. CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon press, 1977, p. 8-11. Notadamente a partir de casos como *Beamish v. Beamish* (1861) e *Bradford v. Pickles* (1895).

A codificação e o *stare decisis* não nasceram em mundos distintos. Apesar de separados não só geograficamente, mas por todo um desenvolvimento cultural que já marcava uma incisiva diferença entre as duas tradições, tanto o *stare decisis* quanto a codificação fazem parte do mesmo mundo: o mundo da modernidade e de todos os seus traços sociais, políticos e filosóficos. Justamente por *stare decisis* e codificação estarem alicerçados em pretensões semelhantes, sendo frutos da modernidade, a adoção de uma doutrina ao estilo do *stare decisis* talvez não seja capaz de adaptar-se de forma satisfatória a um outro mundo, um mundo novo que se diz pós-moderno. E isso independe da dicotomia *civil law* e *common law*.

3. Qual o problema que a teoria dos precedentes à brasileira pretende solucionar? E, afinal, ela tem condições de solucioná-lo?

A teoria dos precedentes obrigatórios costuma ser oferecida como a solução para o problema da indeterminação do direito. Costuma-se afirmar que, como o sistema do direito codificado não consegue dar conta de prever o que os juízes e Tribunais irão decidir, a saída seria a adoção de um sistema de precedentes vinculantes, mecanismo considerado capaz de garantir a segurança jurídica e a igualdade de todos perante os Tribunais.

Não é nenhuma novidade a incapacidade da lei e dos códigos anteverem todas as hipóteses de aplicação. O próprio Portalis, no seu famoso discurso preliminar do projeto do Código Civil de Napoleão, duvidava da onipotência do legislador, afirmando que “*si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie*” (se a previdência do legislador é limitada, a natureza é infinita)¹⁸, num claro apego ao direito natural, instância em que se resolveria o caso quando o Código apresentasse lacunas. Após a promulgação do Código, a escola da exegese cria então um sistema jurídico baseado numa suposta completude da lei (a qual deveria contemplar todos os casos possíveis). Porém, as suas pretensões logo soçobraram. Na França surgiram doutrinas arrojadas

¹⁷ A respeito, ver DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008, p. 37.

¹⁸ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*. Préface de Michel Massenet. Titre original: *Motifs et discours prononcés lors de la publication du code civil*. Bordeaux : Éditions Confluences, 2004, 78 pp. collection : *Voix de la Cité*, p. 18.

como o método da livre investigação científica de François Geny¹⁹, enquanto, na Alemanha, os movimentos libertários eram encabeçados por autores como Philip Heck, maior expoente da jurisprudência dos interesses, Bulow, Kantorowicz, Fuchs e Ehrlich, representantes do movimento do direito livre²⁰. O traço comum no pensamento desses autores, que se colocavam em um franco combate ao formalismo jurídico, é o reconhecimento de que “o sentido literal puro supõe declarações não condicionadas pelas circunstâncias e, na vida prática, não há dessas declarações, a não ser nos estudos linguísticos”, já que “as circunstâncias ambientes influem sempre no sentido puramente literal e devem ter-se em conta, mesmo para a determinação dum sentido objectivo”²¹.

Nessa senda, a transição do século XIX para o século XX é marcada pela substituição das leis da lógica, segundo a qual a interpretação resumia-se em operações lógicas de subsunção do caso concreto na norma abstrata, pela vontade. Com isso, “a relação entre o legislador e juiz resultava não apenas alterada, mas invertida: o juiz podia comportar-se como se fosse o julgador”²². Nada muito diferente do que o direito americano, na mesma época, chamava de realismo jurídico, corrente segundo a qual o direito é extraído da análise das sentenças, podendo-se, assim, estabelecer razoavelmente como se comportarão os juízes no futuro. A aproximação entre o realismo jurídico, movimento do direito livre e jurisprudência dos interesses não é, por conseguinte, mera coincidência.

É por tudo isso que, hoje, a impossibilidade dos códigos cobrirem toda a realidade e dos textos normativos carregarem consigo a sua própria norma não deveria causar espanto. O Direito lida com textos, e, portanto, com vagezas, ambiguidades e

¹⁹ GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid: Reus, 1925.

²⁰ O movimento do direito livre, segundo Castanheira Neves, foi caracterizado, antes de mais, pelo seu combate ao positivismo e seus postulados fundamentais: o postulado do legalismo estadista, o postulado da plenitude lógica do sistema jurídico e o postulado do direito como uma entidade racional subsistente em si ou como sistema lógico-racionalmente determinável e lógico-dedutível aplicável (CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 196). Sobre o tema, ver, também, LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. V. 2. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Acerca da posição de Oskar Bulow como um dos precursores do movimento do direito livre e a influência de tal paradigma teórico na sua doutrina, ver LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

²¹ HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947, p. 53.

²² LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. V. 2. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 43.

porosidades²³, o que já evidencia um problema de atribuição de sentido. A norma jurídica, segundo Mengoni, “está sempre em necessidade de interpretação, devendo ser aplicada a um caso concreto, e, portanto, em função de um interesse prático, não simplesmente de um interesse de conhecimento”, residindo aí “a razão da falsidade do brocardo *in claris non fit interpretatio*, formulado como regra hermenêutica”. Afinal, “um texto que no papel ou à luz da experiência aplicativa precedente parece claro, pode obscurecer-se frente à provocação de um novo caso”²⁴. É impossível escapar da interpretação. O homem está condenado à interpretação²⁵.

Chama a atenção, no entanto, o fato de os movimentos libertários, os quais há um século, apostando na vontade, derrubaram o formalismo jurídico próprio do exegetismo francês e de positivismo científico alemão, serem hoje reprimados no Brasil com ares de novidade e com o refinamento conferido pelas cláusulas gerais e por uma pseudo-constitucionalização do direito, que, na maioria das vezes, têm servido como alibi para decisionismos²⁶. Passa-se do objetivismo ao subjetivismo; da razão à vontade.

²³ Conforme João Maurício Adeodato, A vagueza é um problema de denotação, referência, extensão, descrição, ou seja, do alcance da expressão (...) uma palavra será tanto mais vaga quanto mais sejam os objetos, quanto mais extensa seja a classe ou gênero sob sua incidência (...) A ambigüidade refere-se a dúvidas sobre o significado do termo lingüístico, ou seja, é um problema de conotação, intenção, conteúdo, significação (ou “sentido”). Ou seja, é ambígua uma palavra que se associa a objeto que nada têm em comum, não constituem uma classe. A isso se soma a porosidade de um termo, que diz respeito às modificações em seu uso cotidiano, as quais se não no decorrer do tempo, modificando suas próprias ambigüidades e vagueza. É a história da palavra. A porosidade explica a mudança no sentido da palavra “rapariga” no Brasil, passando de mero feminino de ‘rapaz’ a expressão pejorativa. (ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 196-197).

²⁴ MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 83.

²⁵ OUAKNIN, Marc-Alain. *Biblioterapia*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, pp. 185-189. STEIN, Ernildo. Aproximações sobre hermenêutica. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, p. 20. Conforme Palmer, “desde que acordamos de manhã, até que adormecemos, estamos a ‘interpretar’. Ao acordar, olhamos para o despertador e interpretamos o seu significado: lembramos em que dia estamos e ao compreender o significado desse dia estamos-nos já a lembrar do modo como nos situamos no mundo e dos planos de futuro que temos; levantamo-nos e temos que interpretar as palavras e os gestos das pessoas que contactamos na nossa vida diária” (PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 20).

²⁶ Segundo Lenio Streck, “não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta “superação” da literalidade do texto legal. Insisto: literalidade e ambigüidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo a “dobra da linguagem”, vale dizer, o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores, como o da ‘superação’ da literalidade da lei, só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático (STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35).

É paradoxal que a *doutrina dos precedentes à brasileira* vise, justamente, a combater os reflexos do subjetivismo do qual ela mesma é caudatária. Mais paradoxal ainda é pretender fazê-lo com boas doses de objetivismo relativamente à interpretação de tais precedentes.

Por um lado, o sistema de precedentes obrigatórios não leva em conta os fundamentos da decisão como qualificadores do seu grau de vinculação para as decisões futuras: basta que a decisão tenha sido tomada pelo Superior Tribunal de Justiça em respeito a algum procedimento capaz de conferir-lhe tal força, como, por exemplo, aquele previsto no artigo 543-C, do CPC²⁷. Vale dizer, o valor do precedente independe do seu conteúdo²⁸. O aspecto subjetivista impera nesse primeiro momento, pois não importa como se decidiu, mas, sim, que determinada matéria foi decidida. Com isso, o *precedente* ganha, automaticamente, força vinculante relativamente aos casos futuros.

No *common law* uma decisão carente de fundamentação não tem força vinculante²⁹, sendo bastante controversa a definição da *ratio decidendi*, ou seja, do

²⁷ Nesse sentido, por exemplo, Marinoni enxerga no *distinguishing* a única possibilidade para os Tribunais locais deixarem de seguir os “precedentes” firmados em julgamentos tomados pelo procedimento do art. 543-C do atual CPC: “O tribunal de origem apenas pode deixar de se retratar quando pode demonstrar que o precedente firmado não se aplica ao caso que deu origem ao acórdão recorrido. Portanto, o tribunal de origem não pode manter a sua posição após o Superior Tribunal de Justiça ter fixado entendimento diverso, pois os seus precedentes são obrigatórios em relação aos tribunais de justiça e regionais federais, cabendo apenas à Corte incumbida da uniformização da interpretação da lei federal o poder de revogá-los. Ou seja, a única possibilidade de o tribunal de origem não se retratar é mediante o *distinguishing* do caso. Ele obviamente não pode afirmar que não está de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça para manter o acórdão e, após, dar seguimento ao recurso especial” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 499).

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106. Embora tal afirmação apareça de forma dispersa na obra de Luis Guilherme Marinoni, é possível entrever, em seu texto, notadamente quanto à vinculação das decisões do STJ em relação aos demais Tribunais e juízes de primeiro, um apego muito grande ao Tribunal incumbido de decidir em detrimento da própria decisão, mormente quando afirma que “não há como deixar de ver as decisões do Superior Tribunal de Justiça como precedentes obrigatórios” ou que “após a decisão da Corte afirmando a interpretação cabível, todos os tribunais inferiores estão a ela vinculados”, sem tematizar a fundamentação de tais decisões (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 492-493).

²⁹ FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos tribunais*. Ano 89. V. 782. Dezembro de 200. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 96. A esse propósito, significativa a contribuição de Ronald Dworkin, o qual, segundo Stephen Guest, oferece um relato aprimorado da *ratio decidendi* de uma decisão (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 61). Para Dworkin, o juiz deve “limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”. São os princípios que dão força gravitacional aos precedentes, razão pela qual se a decisão anterior estiver totalmente justificada por algum argumento de política, ela não terá força gravitacional alguma (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 177). E, ainda em razão da coerência, será necessário descobrir “os princípios que se ajustam não apenas ao precedente específico para o qual algum litigante dirige sua

elemento que confere força gravitacional a uma decisão, tornando-a um precedente. Além disso, os precedentes não costumam ser pensados para resolverem casos futuros, de modo que sua força vinculante será aquilatada somente no confronto com um novo caso³⁰.

Por outro lado, uma vez “criado” o precedente, este assume um papel semelhante ao da lei no exegetismo. Aqui impera o objetivismo. É como se o precedente não fosse também um texto e, portanto, não fosse passível de interpretação³¹. Coincidentemente, tem-se uma repetição daquilo que foi o mote das teorias jurídicas positivistas do século XIX, porém, se antes o direito era identificado na lei, agora ele passa a ser identificado nos enunciados das decisões dos Tribunais Superiores. Como o paradigma teórico é o mesmo, mantém-se o método subsuntivo, aquele “que despe o ‘fato’ de tudo aquilo que o caracteriza como uma *individualidade*, para acomodar seu esqueleto na norma, tornando-o um exemplar de vários ‘fatos’ supostamente idênticos, embora circunstancialmente diferentes”³².

A mixagem subjetivista e objetivista no bojo da teoria dos precedentes obrigatórios³³ é uma forte evidência da sua incapacidade de lidar com a indeterminação do direito. Primeiro, que não há nenhum controle quanto ao conteúdo da decisão que

atenção, mas para todas as outras decisões no âmbito de sua jurisdição geral e, na verdade, também às leis, na medida em que estas devem ser vistas como geradas a partir de princípios e não a partir de uma determinada política” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 181).

³⁰ COLE, Charles D. Precedente judicial – A experiência americana. *Revista de processo*. Ano 23. v. 92. Outubro - Dezembro de 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 80. THOMPSON, Donald. Il precedente giudiziario nel diritto costituzionale inglese. In: *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della corte costituzionale*. A cura di Giuseppino Treves. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1971, p. 187.

³¹ A noção de que precedentes e súmulas teriam um grau de objetividade capaz de fazer com que não fossem passíveis de interpretação pode ser vista na discussão a respeito da súmula vinculante nº. 14, nas palavras da então Ministra Ellen Gracie: “A súmula vinculante é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102548>>. Acesso em 02 de março de 2010).

³² SILVA, Ovídio A. Baptista da. Normativismo e jurisdição declaratória. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 85. O conceitualismo e da presença do método subsuntivo são, conforme Ovídio A. Baptista da Silva, a “razão pela qual nossos magistrados imaginam que estejam fundamentando sentenças quando arrolam inúmeros precedentes julgados por nossos tribunais” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Normativismo e jurisdição declaratória. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 86).

³³ Essa mixagem envolvendo a metafísica clássica e moderna é há apontada por Lenio Streck relativamente às súmulas no direito brasileiro. A respeito, ver STRECK, Lenio. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. *Boletim da faculdade de direito [da] Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 82, p. 213-217, jan. 2006. STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambigüidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 2. N° 5. Out./Dez. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2008.

assumirá o papel de precedente, o que somente alastra o problema. Segundo, que o precedente, caso aplicado de forma subsuntiva, representará um retorno ao exegetismo, porém não mais com um juiz “boca da lei”, mas como uma nova figura: o juiz “boca de precedente”. Ainda, não serão poucas as hipóteses em que o juiz alargará a abrangência do precedente a ser aplicado para conseguir subsumi-lo no caso decidendo³⁴. Terceiro, que rapidamente os precedentes não darão conta de resolver todas as hipóteses de aplicação (lembre-se que os precedentes obrigatórios são pensados para resolver casos futuros), o que acabará gerando imprevisibilidade quando se trate de aplicá-los.

Cabe lançar um último argumento no sentido da impossibilidade de adoção de um sistema de precedentes obrigatórios resolver o problema da indeterminação do direito. Basta lembrar que a grande discussão do século XX a respeito da interpretação do Direito, ou seja, o debate entre Ronald Dworkin e Herbert Hart, foi travado no âmbito do *common law*., o que, mostra a impossibilidade de um sistema de precedentes, por si só, dar conta dos problemas relativos à interpretação jurídica.

4. A falácia da superação do precedente obrigatório

³⁴ Essa perspectiva é bem representada pela doutrina de José Carlos Barbosa Moreira: "Em nosso país, quem examinar os acórdãos proferidos, inclusive pelos tribunais superiores, verificará que, na grande maioria, a fundamentação dá singular realce à existência de decisões anteriores que hajam resolvido as questões de direito atinentes à espécie *sub iudice*. Não raro, a motivação *reduz-se* à enumeração de precedentes: o tribunal dispensa-se de analisar as regras legais e os princípios jurídicos pertinentes - operação que estaria obrigado, a bem da verdade, nos termos do art. 458, n° II, do Código de Processo Civil, aplicável aos acórdãos nos termos do art. 158 - e substitui o seu próprio raciocínio pela mera invocação de julgados anteriores" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Súmulas, jurisprudência, precedente: Uma escalada e seus riscos. Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 300). A esse respeito, interessante a crítica de Eduardo Oteiza sobre a adoção de um sistema de “precedentes” no Brasil: “Mesmo que México e Brasil tenham adotado mecanismos formais para uniformizar a jurisprudência, eles não valorizaram o precedente, entendido como uma decisão modelo, desenvolvida tendo em conta, fundamentalmente, os fatos debatidos no processo. Pelo contrário, nos dois casos, a resposta foi reduzida a elaborar fórmulas de interpretação, acórdãos entre os juízes dos superiores tribunais. As teses e as *súmulas* são concebidas como novos conceitos, que, por sua estrutura e generalidade, tendem mais a identificar-se com a norma escrita (jurisprudência, segundo a tradição do *civil law*), que com uma decisão sobre um conflito, de particularidades próprias, que pode repetir-se em sentenças futuras (precedente, de acordo com a tradição do *common law*). Além disso, as teses e as *súmulas* têm sido incorporadas para *uniformizar o entendimento do texto legal* e reduzir a carga de trabalho dos tribunais, mais que para robustecer a função do Poder Judicial e seu âmbito de decisão” (OTEIZA, Eduardo. *A função das cortes supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. Direito constitucional: teoria geral da constituição (coleção doutrinas essenciais; v. 1)* / Clèmerson Merlin Clève, Luis Roberto Barroso organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1195).

Um argumento normalmente utilizado em favor da doutrina dos precedentes obrigatórios é possibilidade de superá-los com argumentos novos, no que consistiria o chamado *overruling*³⁵. Porém, como aconteceria o tal *overruling*, se os juízes e os Tribunais devem obrigatoriamente seguir os precedentes do Superior Tribunal de Justiça? Como as partes poderiam exercer o contraditório, influenciando na formação das decisões³⁶ com argumentos novos, superadores do precedente do Tribunal Superior, se há um forte controle hierárquico sobre as decisões das instâncias inferiores³⁷, a exemplo do que acontecia no modelo liberal³⁸ do processo?

³⁵ ALVES E SILVA, Ticiano. Carta ao professor Tesheiner: sobre os precedentes obrigatórios. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em 11 de Abril de 2012. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*.

³⁶ Na sua configuração atual, conforme defende ampla doutrina, o contraditório deixa de ser apenas bilateralidade de audiência e passa a ser visto como direito de influência (participação) e proibição de decisões surpresa, de modo que a teoria dos precedentes obrigatórios, nos moldes em que vem sendo proposta para o sistema recursal brasileiro, representa uma possível afronta a referida visão do princípio do contraditório. Acerca dessa dimensão do contraditório, ver, dentre outros, COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto processo civile in Italia e in Europa. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.116, ago. 2004. p. 132; TARZIA, Giuseppe. Il Contraddittorio nel Processo Esecutivo. In: *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Milano: Cedam, 1994. p. 60; NUNES, Dierle Jose Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 231; CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di diritto processuale*. v. 60. Padova, CEDAM, apr.-giugno 2005, p. 458; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo, v.34, n.168, p. 107-141, fev. 2009. GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità dela sentenza dela “terza via”. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (Seconda Serie) N. 4. Luglio-Agosto 2010. Padova: CEDAM, 2010, pp. 826-848. BUONCRISTIANI, Dino. *Il nuovo art. 101, comma 2º, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (Seconda Serie) – N. 2. Marzo- Aprile 2010. Padova: CEDAM, 2010. FERRI, Conrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Ano 42. Vol. 3-4. 1988. DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*. Volume XXIII. Padova: CEDAM, 1968. MOTULSKY, Henri. *Écrits: études et notes de procédure civile*. Paris: Dalloz, 1973. VICENT, Jean. *Précis de procédure civile*. Paires: Libraire Dalloz, 1973. NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretense controverse. *Rivista di diritto processuale*. V. 43. Parte II, 1988. Padova: CEDAM, 1988. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3ª ed. ampl. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

³⁷ Sobre as relações entre a forma de organização hierárquica de poder e o processo, ver DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and state authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. Para uma análise dessa perspectiva no âmbito dos recursos, consultar RAATZ, Igor, NASCIMENTO E SILVA, Frederico Leonel. Crítica à tese do julgamento de ofício das “questões de ordem pública” em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 202, p.69-92, dez. 2011.

³⁸ A respeito do modelo liberal de processo, ver RAATZ, Igor. A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011. Para uma análise ampla do tema na doutrina italiana, TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

O sistema recursal brasileiro, à medida que vem implementando um gradual sistema de valorização dos precedentes, também tem imposto uma filtragem maior para o acesso às Instâncias Superiores. O sistema se limita tornando quase impossível que as partes consigam levar novamente à discussão pelo STJ uma questão já decidida pela mesma Corte, sendo uma falácia o discurso no sentido da possibilidade do *overruling*³⁹.

Tome-se, como exemplo, os mecanismos vinculantes gradativamente inseridos no ordenamento jurídico brasileiro. Por sinal, é digna de nota a aguda percepção de Barbosa Moreira, que, há mais de dez anos, já criticava a inserção de instrumentos voltados à vinculação decisória, uma vez que *“a vinculação, para fins práticos em boa medida vai-se insinuando, pé ante pé, sorrateiramente, como quem não quer nada, e não apenas em benefício de teses sumuladas, senão até das simples bafejadas pela preferência da maioria dos acórdão”*. Para ele, a discussão sobre o então projeto de emenda constitucional – que redundou na EC 45/2005 – era até desnecessária, pois já se ia muito além, e ao custo – muito mais baixo – de meras leis ordinárias. Afirmava que *“o mingau estava sendo comido pelas beiradas, sendo até duvidoso que a projetada emenda constitucional viesse a encontrar no prato o bastante para satisfazer seu apetite”*⁴⁰.

Dentre os mecanismos vinculantes presentes no atual sistema processual brasileiro, pode-se mencionar possibilidade de o relator, nos juízos colegiados, monocraticamente negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, *caput*, do CPC), ou, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, dar provimento ao respectivo recurso (art. 557, §1º-A, do CPC), a possibilidade de o juiz não receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do

³⁹ Quando Luiz Guilherme Marinoni trata do recurso diante da decisão que não admite a apelação por estar em confronto com precedente de tribunal superior, afirma que *“o autor, no recurso de apelação, poderá argumentar que os eu caso não se amolda ao precedente ou que esse está a merecer revogação, seja por ter perdido congruência social ou consistência sistêmica (ter sido desgastado pela jurisprudência, ou ainda por não estar em consonância com a nova concepção geral do direito)”* (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 517), deixa de considerar que os próprios Tribunais que formam a jurisprudência capaz de “desgastar” o precedente, encontrar-se-iam sob um grau tão intenso de vinculação que tornaria praticamente impossível a produção de uma jurisprudência diversa do entendimento adotado nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Algumas inovações da lei nº 9.756 em matéria de recursos civis. Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 85-86.

Supremo Tribunal Federal (art. 518, §1º., do CPC), o julgamento liminar de improcedência em processos com casos idênticos, desde que no juízo já se tenha decidido a mesma controvérsia observando-se a forma ordinária (art. 285-A, do CPC); a repercussão geral no recurso extraordinário (art. 543-A, do CPC) e o instituto criado pela Lei 11.672/2008, conhecida como Lei dos Recursos Repetitivos, que visa a filtrar os recursos especiais em matérias repetitivas (art. 543-C, do CPC). Isso sem contar as súmulas vinculantes e o forte papel desempenhado pelas súmulas não vinculantes do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Supremo Tribunal Federal.

Não que tais mecanismos, por si só, sejam problemáticos. Inclusive, não é escopo deste breve ensaio analisar de forma crítica e pormenorizada os mecanismos vinculantes inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, muitos deles – senão todos – pensados a partir de um discurso em prol da efetividade da tutela jurisdicional, e não propriamente em favor da segurança jurídica, fundamento central da tese dos precedentes obrigatórios. Porém, verifica-se que tais mecanismos somente tem densificado, no imaginário jurídico brasileiro, a ideia de que os Tribunais Superiores criam verdades absolutas, que deverão ser seguidas, indiscutivelmente, pelos juízos “inferiores”.

Dito de outro modo, criado o precedente, ele passa a carregar uma presunção de verdade e correção quase que absoluta, de modo que somente o seu próprio criador poderia contestá-lo. Os julgadores hierarquicamente inferiores limitar-se-iam à declarar a “vontade” do precedente. É a onipotência do Tribunal Superior. Como o precedente não pode estar errado – e mesmo que estivesse não caberia ao juiz inferior dizê-lo – a sua “aplicação”, quando o caso é semelhante, nunca estará errada. O juiz lava as mãos⁴¹.

⁴¹ A irresponsabilidade do juiz para com as partes é um produto do jusnaturalismo moderno. Seu germe está na subordinação do juiz ao soberano a partir do século XVI. Nesse sentido Picardi e Giuliani afirmam que “a doutrina da responsabilidade do juiz pressupõe a fratura entre a patologia da conduta e a patologia da decisão, entre o momento ético e o momento lógico no raciocínio judicial. A sua configuração - como aplicação mecânica, técnica, rigorosa das regras pré-constituídas - não deixa espaço nem para o poder decisional, nem para a responsabilidade do juiz: o erro é reparado pelo sistema através dos meios de impugnação. (...) O juiz é vinculado a um rigoroso dever de obediência e de lealdade nos confrontos com o soberano (...) Mas a soberania é incompatível com a responsabilidade; o juiz funcionário não é responsável frente às partes, mas somente frente ao soberano (PICARDI, Nicola. GIULIANI, Alessandro. *La responsabilità del giudice*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1995. pp. 14-15). Com o advento do Estado Liberal modifica-se apenas o elemento subordinante, que será a lei. O juiz permanece subordinado e sem responsabilidade. No panorama atual, o elemento subordinante é o “precedente judicial emanado de um Tribunal Superior”, não mais o soberano ou a lei. A condição de subordinado, no entanto, permanece e, com isso, o regime de irresponsabilidade.

Não é mais a boca da lei, mas, sim, uma figura mais refinda e totalmente autonomizada do legislador. Sua função resume-se a declarar a “vontade” do precedente

É o caso do art. 285-A do CPC, dispositivo, cuja aplicação, na linha firmada pelo STJ no julgamento do REsp 1.109.389-MS, em 16/06/2011, supõe que a sentença de improcedência *prima facie* esteja alinhada ao entendimento cristalizado nas instâncias superiores, especialmente no STJ e no STF. Na ocasião, o STJ entendeu que o mecanismo estaria voltado para a celeridade e racionalidade das decisões processuais, o que não seria alcançado caso fossem permitidas decisões contrárias aos posicionamentos já consolidados nas Cortes Superiores.

Com efeito, torna-se praticamente impossível exercer o contraditório e voltar-se contra o entendimento já sedimentado pelo STJ sobre determinada matéria – ainda que tal entendimento seja, por exemplo, inconstitucional – na medida em que a parte esbarrará, de pronto, na previsão do art. 285-A do CPC, que também limita, nesse sentido, o próprio juiz de primeiro grau, já que o dispositivo não pressupõe o entendimento daquele juízo ou do Tribunal local em que está inserido, mas, sim, o posicionamento do próprio STJ.

Por sinal, caminha na mesma linha a previsão do artigo 888, IV e V, do Projeto do Novo Código de Processo Civil, que autoriza o julgamento monocrático sempre que o recurso ou a decisão recorrida, conforme for caso de provimento ou desprovimento, contrariarem (a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, (b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos (c) ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. A escolha empregada pelo Projeto do novo Código, no sentido de modificar os requisitos para o julgamento monocrático pelo relator não é sem propósito. Na verdade, caminha na direção de uma centralização da produção jurídica nos Tribunais Superiores, tendência do sistema recursal brasileiro.

Em suma, a ideia de superação dos precedentes chamados obrigatórios, na forma como o sistema recursal vem se(ndo) construído é uma verdadeira falácia, na medida em que se vincula diretamente à vontade do órgão julgador que criou o próprio precedente.

Considerações finais

O sistema de precedentes obrigatórios teorizado por significativa parcela da doutrina não parece adequado para lidar com os principais problemas da prática jurídica. Além de ser dotado das mesmas pretensões que outrora alicerçaram a codificação, ou seja, a criação de um sistema altamente previsível, capaz de antever todas as hipóteses de aplicação, é incapaz de dar conta do problema da indeterminação do direito. Repetindo os defeitos que busca combater, aposta em um subjetivismo do intérprete quando da criação dos precedentes, os quais, independentemente do seu conteúdo (fundamentação), assumem força vinculante. Após, há um retorno ao objetivismo, ao estilo da escola da exegese, como se não existisse mais interpretação. A suposta abertura do sistema acaba sendo uma grande falácia, pois o mesmo sistema é repleto de barreiras que impedem o acesso ao Tribunal Superior encarregado da criação e revisão dos precedentes.

A valorização dos precedentes judiciais não constitui um mal em si. Na verdade, pode contribuir para que o Direito brasileiro apresente um maior grau de integridade e coerência do direito⁴², na medida em que se passa a exigir dos juízes e Tribunais, no momento de decidir, que levem em consideração o todo da prática jurídica pretérita e presente, gerando um alto grau de constrangimento capaz de impedir decisões eivadas de subjetividade⁴³. Todavia, não é isso que tem sido proposto. O chamado sistema de precedentes *à brasileira* aposta em uma alta concentração de poder no Superior Tribunal de Justiça, com um conseqüente amesquinamento do papel dos juízes e Tribunais verticalmente inferiores.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 390.

⁴³ A superação do objetivismo característico do modelo subsuntivo não pode significar uma aposta no subjetivismo, pois, conforme Marc-Alain Ouaknin, “a leitura como o diálogo também implica que o texto tenha algo a dizer que lhe é próprio e que resiste à pura subjetividade do leitor. Pois, se o texto não tivesse essa força, ele seria apenas um espelho permitindo a projeção do leitor. Todos os textos, então, poderiam ser trocados uns pelos outros, isto é, no fim das contas haveria a sua inexistência. A estrutura dialógica da leitura oferece ao leitor uma posição intermediária entre a auto-supressão do intérprete, postulada pelo positivismo, e o perspectivismo generalizado de Nietzsche, por exemplo”. (OUAKNIN, Marc-Alain. *Biblioterapia*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 189).

Referências bibliográficas

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALVES E SILVA, Ticiano. Carta ao professor Tesheiner: sobre os precedentes obrigatórios. *Páginas de direito*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em 11 de Abril de 2012.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmulas, jurisprudência, precedente: Uma escalada e seus riscos. *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BUONCRISTIANI, Dino. *Il nuovo art. 101, comma 2º, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*. Rivista di diritto processuale. Anno LXV (Seconda Serie) – N. 2. Marzo- Aprile 2010. Padova: CEDAM, 2010.
- CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di diritto processuale*. v. 60. Padova, CEDAM, apr.-giugno 2005.
- CAENEGEM, R. C. van. *Juizes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*. v. 1. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.
- COLE, Charles D. Precedente judicial – A experiência americana. *Revista de processo*. Ano 23. v. 92. Outubro - Dezembro de 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto processo civile in Italia e in Europa. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.116, ago. 2004.
- CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon press, 1977.
- DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and state authority*. Trad. Andrea

Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*. Volume XXIII. Padova: CEDAM, 1968.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008, p. 35.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRI, Conrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Ano 42. Vol. 3-4. 1988.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos tribunais*. Ano 89. V. 782. Dezembro de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 96.

FRANK, Jerome. *La influencia del derecho europeo continental en el "common law"*. Traducción y comentario de José Puig Brutau. Barcelona Bosch, 1957.

GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid: Reus, 1925.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via". *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (Seconda Serie) N. 4. Luglio-Agosto 2010. Padova: CEDAM, 2010,

GROSSI, Paolo. *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra Medioevo ed Età Moderna*. *Revista sequência*, n. 55, p. 9-28, dez. 2007.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. V. 2. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *I grandi sistemi giuridici*. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei. Roma-Bari: Laterza, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 9. ed., 2.tir. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011.

MATTEI, Ugo. *Common law: il diritto anglo-americano*. Ristampa. Torino: UTET, 2001.

MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*. Milano: Giuffrè, 1996.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOTULSKY, Henri. *Écrits: études et notes de procédure civile*. Paris: Dalloz, 1973.

VICENT, Jean. *Précis de procédure civile*. Paires: Libraire Dalloz, 1973.

NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse. *Rivista di diritto processuale*. V. 43. Parte II, 1988. Padova: CEDAM, 1988.

NUNES, Dierle Jose Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009.

OTEIZA, Eduardo. A função das cortes supremas na américa latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Direito constitucional: teoria geral da constituição* (coleção doutrinas essenciais; v. 1) / Clèmerson Merlin Clève, Luis Roberto Barroso organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OUAKNIN, Marc-Alain. *Biblioterapia*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3ª ed. ampl. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*. Préface de Michel Massenet. Titre original : Motifs et discours prononcés lors de

la publication du code civil. Bordeaux : Éditions Confluences, 2004, 78 pp. collection : Voix de la Cité.

RAATZ, Igor. A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte , v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011.

RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*: reflexões para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de processo*. V. 36. N. 199, Setembro de 2011.

_____. NASCIMENTO E SILVA, Frederico Leonel. Crítica à tese do julgamento de ofício das "questões de ordem pública" em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 202, p.69-92, dez. 2011.

SCALIA, Antonin. Commonl-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws. In: *A matter of interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Breve história do direito processual civil. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo*. 6ª ed. ver. e. atual. São Paulo Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Normativismo e jurisdição declaratória. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

STEIN, Ernildo. Aproximações sobre hermenêutica. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. rev..., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Súmulas, vaguezas e ambigüidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 2. N ° 5. Out./Dez. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2008.

_____. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. *Boletim da faculdade de direito [da] Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 82, p. 213-217, jan. 2006.

TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

TARZIA, Giuseppe. Il Contraddittorio nel Processo Esecutivo. In: *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Milano: Cedam, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo, v.34, n.168, p. 107-141, fev. 2009.

THOMPSON, Donald. Il precedente giudiziario nel diritto costituzionale inglese. In: *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della corte costituzionale*. A cura di Giuseppino Treves. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1971.

TESHEINER, José Maria Rosa. Contra os precedentes obrigatórios. *Páginas de direito*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em 11 de Abril de 2012.