

PRECEDENTES VINCULANTES E CORTES SUPREMAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Antônio Aurélio de
Souza Viana

Mestre em Direito
Processual pela Pontifícia
Universidade Católica de
Minas Gerais. Belo
Horizonte, Minas Gerais,
Brasil.
aureliosviana@hotmail.com

Recebido: março 6, 2017

Aceito: abril 28, 2017

Binding precedents and supreme courts: a critical analysis

RESUMO

O novo Código de Processo Civil procura instituir um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. Alguns autores da processualística defendem que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal devem atuar como cortes supremas. Para tanto, seria fundamental a definição da *ratio decidendi* por ocasião do julgamento, declarando-se, portanto, qual é o precedente judicial, que passaria a vincular todos os demais órgãos do judiciário. Entretanto, mesmo na hipótese de a *ratio decidendi* ser definida pelo tribunal superior, é possível e inevitável a sua interpretação pelas instâncias inferiores, o que constitui um paradoxo, pois o precedente não pode vincular de modo absoluto.

Palavras-chave: Precedente Judicial, Cortes Supremas, Código de Processo Civil de 2015.

Abstract

The new Code of Civil Procedure seeks to establish a system of mandatory judicial precedents. Some writers claim that the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court must act as supreme courts. For such, it would be fundamental to define the *ratio decidendi* on the occasion of the judgment, thus declaring the judicial precedent that would bind all other organs of the judiciary. However, even if the *ratio decidendi* is defined by the supreme courts, its interpretation by the lower courts is possible and inevitable, which is a paradox, since the precedent cannot bind absolutely.

Keywords: Judicial Precedent, Supreme Courts, Civil Procedure Code of 2015.

O que ganha relevo é exatamente identificar a extensão da obrigatoriedade dos precedentes, pois o sistema pode se tornar perverso se não for assegurada a possibilidade de distinção ou superação daqueles

1. INTRODUÇÃO

Com a aprovação do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) não há mais como ignorar a discussão sobre a vinculatividade do precedente no direito brasileiro, afinal, o artigo 927, do referido Código, apregoa o dever de os juízes e tribunais observarem diversos padrões decisórios, surgindo, assim, uma espécie de sistema normativo de precedentes judiciais.

O que ganha relevo é exatamente identificar a extensão da obrigatoriedade dos precedentes, pois o sistema pode se tornar perverso se não for assegurada a possibilidade de distinção ou superação daqueles. Por ser o Brasil um país de tradição de *civil law*, o momento atual é desafiador e nos estimula a refletir em torno do precedente, o que se torna imprescindível, principalmente se notarmos que parte da processualística vem defendendo a adoção de critérios rígidos de vinculação aos precedentes.

Nesse contexto, alguns autores apostarão na virtuosidade das decisões emanadas pelos tribunais de maior hierarquia, denominando-os de Cortes Supremas, responsáveis, segundo essa visão, pela definição do sentido adequado do texto legal, o que deveria ocorrer, conforme os seus artífices, pela exata definição da *ratio decidendi* do precedente judicial por ocasião do julgamento do caso.

O foco do presente artigo consiste exatamente no exame da referida proposta teórica das Cortes Supremas. Na primeira parte do texto, é feita uma análise dos contornos gerais e histórico das Cortes Supremas, fenômeno institucionalizado em diversos países do mundo. Indica-se, ainda na primeira parte, as ideias centrais contidas na “doutrina” das Cortes Supremas. Na segunda parte do texto, tem-se o exame crítico da mencionada proposta, apontando-se, inclusive, a existência do “paradoxo dos precedentes obrigatórios”. Como veremos, diferentemente do que se apresenta na tese das Cortes Supremas, a *ratio decidendi* – núcleo do precedente judicial – é aberta à interpretação dos sujeitos processuais por ocasião da construção compartilhada da decisão de casos sucessivos, inclusive por parte de juízes e tribunais de hierarquia inferior àqueloutros que formaram o precedente, motivo pelo qual não se pode cogitar da proibição da interpretação do próprio precedente, como se as Cortes Supremas fossem as únicas intérpretes autorizadas do direito.

2. RECOLOCANDO O PROBLEMA: CONTORNOS GERAIS E HISTÓRICO DAS CORTES SUPREMAS

Sabe-se que, na tradição do *common law*, o grau de vinculatividade ou a força de um dado precedente possui relação com a hierarquia do tribunal do qual foi emanado¹. Nessa ordem de coisas, no Brasil, vem ganhando força uma corrente doutrinária que, aderindo à dinâmica estrangeira, aposta alto nos tribunais de elevada hierarquia, atribuindo-lhes a missão de moldar o ordenamento jurídico, algo irrealizável em instâncias inferiores, pois nestas impera a dispersão decisória.

Claro que não é possível negar a existência de hierarquia entre os Tribunais brasileiros, pois isso representaria uma distorção da própria Constituição. No entanto, pretende-se apenas apontar que há riscos na crença da virtuosidade destas cortes e, nesse sentido, as suas decisões não podem ser consideradas intrinsecamente acertadas.

Atente-se, ainda, que a divisão de funções, com a fixação de maior hierarquia a determinados tribunais ou órgãos de natureza *sui generis* eclode em inúmeros países, independente de pertencerem à tradição de *civil law* ou *common law*². Nessa linha, Daniel Mitidiero enuncia a possibilidade de os tribunais funcionarem como Cortes Superiores ou Cortes Supremas, integrando aquelas o modelo de cortes de vértice³.

Não é difícil de perceber que essa tentativa de definição do papel dos tribunais brasileiros, conforme um dos modelos citados, surge no influxo das mudanças de ordem sistêmica, que pretendem funcionar como coroação do direito jurisprudencialista ou transformá-lo num rígido sistema de precedentes obrigatórios. Isso porque, após um longo percurso no qual a jurisprudência era levada em conta, mas sem que exercesse efetiva vinculação aos demais órgãos e juízes⁴, a plena implementação da sistematização trazida pelo CPC/2015

¹ DUXBURY, 2008, p. 28.

² É preciso advertir que há grande falência na atribuição de critérios rígidos voltados à diferenciação das tradições de *civil law* e *common law*. Michele Taruffo, por exemplo, desconfia que os “icebergs” de *civil law* e *common law* nunca tenham existido. TARUFFO, 2011, p. 667.

³ MITIDIERO, 2014, p. 31-34. O autor menciona também a divisão entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes. Conforme Mitidiero afirma, a divisão é dada por pressupostos conceituais, estruturais, funcionais e eficaciais pertinentes.

⁴ Sobre o uso do direito jurisprudencial no Brasil, há longa data, conferir: DIDIER JR; SOUZA, 2015, p. 99-120.

exigiria um passo a mais, que somente poderia ser alcançado a partir da clara atribuição de papéis a serem desempenhados pelos tribunais de hierarquia superior, sendo exatamente este o núcleo da “tese” das Cortes Supremas, como veremos.

A construção de Daniel Mitidiero é fortemente influenciada pela obra de Michele Taruffo, no entanto, este último parece não concordar com muitas das conclusões que vêm sendo alcançadas no Brasil⁵, quanto ao papel das Cortes Supremas.

Pois bem. Conforme se extrai do esquadrinhamento apresentado por Mitidiero, repita-se, seriam dois os modelos. O primeiro, de Cortes Superiores e, de outro lado, o de Cortes Supremas. No modelo de Corte Superior, pressupõe-se, do ponto de vista da teoria do direito, a identificação entre texto, norma e regra jurídica; adota-se a teoria cognitivista da interpretação e concebe-se a pré-existência da norma jurídica. As suas decisões são reativas, portanto, voltam-se ao passado⁶. Em transcrição exata: “o objetivo da Corte Superior é controlar a aplicação da legislação de modo que se imponha, para todos os casos, a *exata interpretação da lei*, formando-se a partir de reiteradas decisões no mesmo sentido uma *jurisprudência uniforme*”, motivo pelo qual, conclui Mitidiero, as decisões das cortes superiores não funcionam como fonte primária do direito⁷.

⁵ De acordo com Michele Taruffo: “a) La primera distinción está referida a los modelos que pueden ser empleados para configurar globalmente el rol de la Casación en el sistema global de la administración de justicia. Al respecto es útil tener presente que la Casación es sólo uno de los tipos posibles de corte suprema y que el análisis comparativo ofrece, en cambio, un abanico muy diferenciado de modelos. Por ejemplo, uno es el rol institucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que efectúa al mismo tiempo el control de legitimidad y el de constitucionalidad de las leyes, resolviendo pocos centenares de casos cada año, y otro es el modelo de la *Revisión* alemana, que controla la legitimidad de la aplicación de la ley en el caso concreto resolviendo, también el mérito de la controversia. Luego, cosa diversa es <<el modelo de Casación>>, que implica o admite la existencia de otras cortes supremas dentro del mismo sistema, pero confía a la Casación, al menos tendencialmente, sólo el control de legitimidad separado del pronunciamiento sobre el mérito de la causa.” TARUFFO, 2005, p. 11. Em texto recente, Taruffo reafirma a dificuldade do tema pois não é possível desenvolver um discurso homogêneo sobre as funções das cortes supremas, em razão das diferenças de competência, estrutura, composição e modalidades de funcionamento daquelas. Além disso, diante da diversidade entre os modelos de Cassação (francesa e, nalguma medida, também italiana) ou de revisão (austro-alemão); e ainda da Suprema Corte inglesa e também da Corte Suprema dos Estados Unidos. Estes modelos, por sinal, não esgotam as possibilidades, pois nos diversos ordenamentos jurídicos, afirma Taruffo, existem modelos mistos. Diante da dificuldade, o elemento comum às cortes integrantes dos diversos modelos, para Taruffo, é o fato de consistirem em órgãos de última instância e, por esta razão, contra as suas decisões não são admitidas ulteriores impugnações. TARUFFO, 2016, p. 231-232.

⁶ MITIDIERO, 2014, p. 35.

⁷ MITIDIERO, 2014, p. 35.

Esse modelo, segundo o autor, pressupõe a assunção dos dogmas da estatalidade e de completude do direito⁸, bem como uma teoria de interpretação de feição cognitivista ou formalista, de tal modo que o ato de interpretar corresponda à descoberta do significado do texto normativo, sendo este o modelo influenciador das *Cour de Cassation* francesa e *Corte di Cassazione* italiana. Disso ressaí que o pressuposto básico é a pré-existência de uma norma legislativa para ulterior aplicação judicial⁹. Acrescente-se, a composição da corte superior se dá exclusivamente por integrantes da carreira jurídica e a sua competência tem por base a realização de um controle sobre a decisão recorrida¹⁰.

Talvez o atributo mais significativo, dentre todos os indicados por Mitidiero, seja a função reativa que guia os tribunais ou órgãos integrantes do modelo de cortes superiores. Isto porque, segundo afirma o autor, no modelo de Corte Superior há apenas a reação à uma violação de direito já ocorrida, surgindo dessa premissa a sua função nomofilática¹¹. Diga-se de passagem, esta é praticamente desconhecida entre os estudantes e juristas brasileiros e corresponde, nos dizeres de Mitidiero, à “defesa da legislação diante das decisões judiciais”¹². Em decorrência do modo peculiar de funcionamento das Cortes Superiores, às quais se atribui a função nomofilática, encara-se com naturalidade a existência do dissenso jurisprudencial¹³.

Em síntese, como características das Cortes Superiores, na visão de Mitidiero, podemos citar a função reativa; a preocupação com o passado; o método interpretativo se mostra cognitivista; e nelas se

⁸ MITIDIERO, 2014, p. 36.

⁹ MITIDIERO, 2014, p. 37-41. O referido modelo pressupõe, portanto, do ponto de vista da teoria do direito, a identificação entre texto, norma e regra jurídica.

¹⁰ MITIDIERO, 2014, p. 42-44.

¹¹ MITIDIERO, 2014, p. 45-46.

¹² MITIDIERO, 2014, p. 46.

¹³ MITIDIERO, 2014, p. 48. Michele Taruffo vai apontar, de fato, a possibilidade de a Cassação Civil atuar com foco no futuro – em decorrência da necessidade de respeito ao precedente então formado – ou, no passado, atuando com vistas a identificar e corrigir erros eventualmente cometidos por outros juízes na aplicação de normas aos casos concretos. Emerge, então, a função nomofilática (nomofilaquia) da Cassação. TARUFFO, 2005, p. 13-15. Nada obstante, Taruffo alerta para a possibilidade de a nomofilaquia assumir diferentes concepções, sendo concebida, por um lado, como a função da corte voltada à formulação do significado da norma em termos gerais ou, noutra concepção, como verificação da adequada aplicação da norma ao caso concreto. TARUFFO, 2005, p. 15-16. A função nomofilática é vista como privada e emerge a partir do momento em que a Corte de Cassação francesa se coloca no vértice da legislação ordinária. A função é reativa e dirige-se à verificação de ter sido ou não aplicada adequadamente a lei material ou processual. TARUFFO, 2016, p. 235.

forma jurisprudência e não precedentes e, em decorrência de todos estes caracteres, a dispersão ou dissenso jurisprudenciais são vistos como positivos ou pelo menos como algo natural.

De modo oposto, o modelo de Cortes Supremas – composto seja por corte de vértice na estrutura judicial ou por corte constitucional e, portanto, excluída da estrutura do judiciário – tem como características básicas o fato de as Cortes serem integradas por juristas de variadas origens e a função principal de “orientar a aplicação do Direito mediante a justa interpretação da ordem jurídica, sendo o *caso concreto apenas um pretexto* para que essa possa formar precedentes”¹⁴. No modelo de Corte Suprema o direito é tido como prática argumentativa e não se restringe à tutela do direito pela definição do resultado da interpretação, mas também, implementa-se a tutela pela atenção à adequação do processo de interpretar¹⁵, promovendo-se, desse modo, a unidade do direito pela adequada interpretação¹⁶. A abordagem das características do modelo de Corte Suprema encontra seu ponto alto pela indicação do critério funcional, já que, para Mitidiero, no modelo de Cortes Supremas sobressai a função de criação de precedentes vinculantes¹⁷.

Foi mencionada a existência de possíveis conclusões distintas entre Michele Taruffo e alguns dos seus leitores-autores brasileiros. É verdade que também no pensamento de Taruffo a função nomofilática – correção da lei – é deslocada prioritariamente aos órgãos da jurisdição ordinária¹⁸, enquanto que, às Cortes Supremas, seria preferencialmente atribuída a função de tutela dos direitos fundamentais¹⁹. No entanto, a “tese das Cortes Supremas” destoa do pensamento de Michele Taruffo ao estipular uma vinculação demasiadamente rígida ao precedente e, por isso mesmo, acaba-se por cancelar o uso de uma metodologia dedutiva.

Como o tema exige especial atenção, faz-se uma breve digressão. Por certo, Taruffo não poderia negar o caráter vinculante do precedente

¹⁴ MITIDIERO, 2014, p. 55. Conferir: MITIDIERO, 2016, p. 96.

¹⁵ MITIDIERO, 2014, p. 64.

¹⁶ MITIDIERO, 2014, p. 69.

¹⁷ MITIDIERO, 2014, p. 74-76.

¹⁸ Para se evitar qualquer mal-entendido, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni que se valem do pensamento de Michele Taruffo, não o contrário.

¹⁹ TARUFFO, 2016, p. 240-242.

Bem compreendidas as coisas, a fixação de dado precedente acaba sendo o produto de uma estratégia estatal e um dos propósitos que guiam essa prática é o gerenciamento da carga de trabalho dos tribunais de maior hierarquia.

judicial, exatamente porque, se assim o fizesse, estaria rejeitando a própria realidade, assim como descrita por tantos autores que reportam o modo de funcionamento do *common law*. Recorde-se, ainda, que a força vinculativa do precedente judicial constitui exatamente o pano de fundo da reforma legislativa, pois o CPC/2015 é rico em passagens que estimulam o uso do direito jurisprudencial. Como afirma o próprio Taruffo, fatores institucionais interferem na atribuição de efeito vinculante ao precedente e, desta forma, o uso em si do precedente judicial possui relação umbilical com a estrutura do judiciário. Surge daí a vinculação vertical aos precedentes dos tribunais superiores, dada, sem dúvida, em razão da hierarquia do dito tribunal²⁰. Por certo, esse fator institucional não constitui novidade, já que, desde o início do *common law*, buscou-se a centralização do poder, algo certamente inalcançável se fosse admitida a dispersão jurisprudencial.

Para colocar a questão de modo mais rigoroso, nos países de *common law*, o precedente não representa apenas um critério segundo o qual estipula-se a vinculação de juízes e tribunais inferiores em relação às decisões tomadas pelos Tribunais de maior hierarquia, mas, para além disso, o próprio Tribunal como vinculado às suas decisões anteriores. Tal dinâmica de funcionamento é bem ilustrada pelo precedente no direito inglês pois, mesmo após o ano de 1966 (em que a *House of Lords* se declarou não estar absolutamente vinculada aos próprios precedentes), mantem-se coerência em relação ao passado²¹.

Bem compreendidas as coisas, a fixação de dado precedente acaba sendo o produto de uma estratégia estatal e um dos propósitos que guiam essa prática é o gerenciamento da carga de trabalho dos tribunais de maior hierarquia. Isso faz com que o exame da admissibilidade se dê a partir de finalidades estratégicas, pois os tribunais passam a escolher as matérias e casos que consideram, do ponto de vista institucional, efetivamente importantes²².

Por certo, há diferenças consideráveis no uso do precedente judicial nas tradições do *civil law* e *common law*. Naquela tradição, cujo país modelar é a França, o estilo é legalista, dedutivo e de *phrase unique*, notadamente na *Cour de Cassation*²³; enquanto que, na última

²⁰ TARUFFO, 1997, p. 437-438.

²¹ TARUFFO, 1997, p. 439.

²² TARUFFO, 1997, p. 446.

²³ TARUFFO, 1997, p. 448-449. Conferir: BUSTAMANTE, 2012, p. 16-19.

tradição – a do *common law* – adota-se um estilo judicial substantivo, discursivo e personalizado²⁴.

Sem prejuízo das considerações lançadas no parágrafo anterior, afirma Taruffo, mesmo na França, os precedentes assumem papel importante na interpretação jurídica, muito embora nem mesmo sejam citados²⁵.

Partindo-se de tais premissas, bem como do prestígio de que gozam os direitos inglês e norte-americano, torna-se fácil promover a defesa do papel do precedente obrigatório no direito brasileiro, na medida em que se acredita nas vantagens de importar um “modelo” vitorioso.

Sem embargo, o próprio Taruffo não se mostra tão otimista quando o assunto é a vinculatividade do precedente judicial, assim como pretendida por alguns autores brasileiros:

O precedente não tem uma eficácia formalmente vinculante nem mesmo na Inglaterra e muito menos nos Estados Unidos. Com maior razão – e independentemente da eventualidade de se considerar a jurisprudência como fonte de direito – deve excluir-se que o precedente tenha eficácia vinculante nos sistemas de *civil law*. Qualquer tentativa de atribuir tal eficácia ao precedente é então destituída de fundamento: se poderia falar só em força do precedente, entendendo-se que ela pode ser maior ou menor dependendo do caso²⁶.

²⁴ TARUFFO, 1997, p. 450.

²⁵ TARUFFO, 1997, p. 456.

²⁶ Tradução livre, no original: “El precedente no tiene una eficacia formalmente vinculante ni siquiera en Inglaterra, y mucho menos en los Estados Unidos. Con mayor razón – e independentemente de la eventualidad de que se considere a la jurisprudencia como fuente de derecho – debe excluirse que el precedente tenga eficacia vinculante en los sistemas de *civil law*. Cualquier intento de atribuir tal eficacia al precedente estás entonces destituido de fundamento: se podrá hablar solo de *fuerza* del precedente entendiendo que ella puede ser mayor o menor según los casos”. TARUFFO, 2016, p. 244. Em outro texto, Taruffo deixa claro que não se pode almejar a uniformização do direito a qualquer custo: “En todo caso, pese a que se admita que la uniformidad de la jurisprudencia es, en línea general, un valor positivo, diversas opciones son todavía posibles en cuanto a sus modalidades de actuación. Puesto que una uniformidad total y absoluta no es realizable, y no es ni siquiera ausplicable porque reduciría a cero la independencia del juicio y la discrecionalidad de la interpretación de la ley, se presenta el problema de qué uniformidad, en qué grado y en qué modo concretada es la racionalmente posible en un sistema que también debe asegurar la necesaria evolución de la jurisprudencia. La relación uniformidad-diversidad o estabilidad variación, aparece por lo tanto como una relación esencialmente ambigua y, se podría decir, insolublemente ambigua: en efecto, parece imposible una opción radical por uno o por otro término, dado que la diversidad y la evolución no pueden significar el abandono de criterios generales en la interpretación de las normas, mientras que la uniformidad y la estabilidad no pueden convertir-se en jaulas vinculantes para el intérprete”. TARUFFO, 2005 p. 22.

Essas considerações colaboram para o alcance de uma diagnose mais completa dos referidos sistemas, cuja análise acaba se revelando perfeitamente aproveitável no direito jurisprudencial brasileiro, pois há indícios claríssimos que apontam para a possível importação de um sistema de precedentes híbrido, já que a sua aplicação no Brasil tende a se dar conforme o estilo de *phrase unique*, portanto, de modo nada discursivo.

Em outro texto, Taruffo, referindo-se à busca por uniformidade jurisprudencial, chega a usar a expressão “mito das cortes supremas”, pois, por estarem situadas no ponto mais alto (ápice) da estrutura judiciária, acredita-se que nelas se concentra a administração da justiça. Lembra Taruffo, ainda, que os diversos ordenamentos jurídicos adotam técnicas variadas visando a realização da função uniformizadora. De acordo com o autor, a referência ao precedente se tornou uma espécie de mantra, repetido à exaustão e, portanto, passa a influenciar as reformas processuais²⁷.

O perigoso sentido da proposta apresentada por Mitidiero, muito embora decorrente de envolvente argumentação, torna-se manifesto pelo enquadramento que o autor dá ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas, pois aqueles seriam responsáveis pela definição do sentido da Constituição e da legislação infraconstitucional²⁸.

Classificamos como perigosa a proposta porque, ao final, corresponde inclusive ao alargamento do rol dos precedentes obrigatórios. Isso fica muito claro no seguinte trecho:

²⁷ TARUFFO, Michele. 2014, p. 929. “É, todavia, interessante observar que os diversos ordenamentos empregam várias técnicas para disciplinar a maneira pela qual deve ser implementada a função de “uniformização” das respectivas cortes supremas. A mais comum destas técnicas é, certamente, constituída pelo *stare decisis*, ou seja, da atribuição a uma decisão anterior e, essencialmente, à *ratio decidendi* que justifica juridicamente o seu êxito, da capacidade de influenciar na decisão de um caso sucessivo idêntico ou análogo. Nascida principalmente nas cortes inglesas e norte-americanas, a prática do precedente foi difundida em muitos ordenamentos também de *civil law*. Em alguns casos, de fato, a referência ao precedente tornou-se uma espécie de mantra que é recitado repetidamente, até que se constituiu uma espécie de obsessão que também influencia o legislador processual”. Tradução livre, no original: “E’ tuttavia interessante osservare che i diversi ordinamenti impiegano varie tecniche per disciplinare le modalità con cui dovrebbe attuarsi la funzione “uniformatrice” delle rispettive corti supreme. La più diffusa di queste tecniche è senz’altro costituita dallo *stare decisis*, ossia dall’attribuzione ad una decisione anteriore, ed essenzialmente alla *ratio decidendi* che ne giustifica giuridicamente l’esito, della capacità di influenzare la decisione di un caso successivo identico o analogo. Nata principalmente nelle corti inglesi e nordamericane, la prassi del precedente si è diffusa in moltissimi ordinamenti anche di *civil law*. In alcuni casi, anzi, il richiamo al precedente è diventato una specie di mantra che viene recitato a ripetizione, fino a costituire una specie di ossessione che influenza anche il legislatore processuale”. TARUFFO, 2014, p. 929-930.

²⁸ MITIDIERO, 2014, p. 81.

A partir do julgamento de determinado caso, elevam-se os principais motivos da decisão (*ratio decidendi*) à condição de precedente vinculante. Por conseguinte, o próprio órgão e todos os que se situem em posição hierárquica inferior ficariam vinculados ao precedente

Todavia, não são só os *precedentes retratados* em súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ou oriundos do *julgamento de recursos repetitivos* que geram a possibilidade de improcedência liminar do pedido. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, retratados ou não em súmulas, decorrentes ou não de julgamento de casos repetitivos, autorizam a improcedência liminar do pedido²⁹.

Luiz Guilherme Marinoni compartilha da mesma proposição e pretende atribuir força vinculante às decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, versem ou não casos repetitivos³⁰. Marinoni argumenta, realmente, que a função das Cortes Supremas é atribuir sentido ao direito³¹. Em consonância com o que foi afirmado lá atrás, os autores investem alto na atribuição de poder às Cortes Supremas. A partir do julgamento de determinado caso, elevam-se os principais motivos da decisão (*ratio decidendi*) à condição de precedente vinculante. Por conseguinte, o próprio órgão e todos os que se situem em posição hierárquica inferior ficariam vinculados ao precedente³².

A ideia de Marinoni orbita, portanto, de modo muito claro e em parceria com a de Mitidiero, na função desempenhada pelas Cortes Supremas. Na visão de Marinoni, inclusive, seria ingenuidade afirmar a existência de um princípio do duplo grau de jurisdição³³. Mas, é preciso bem compreender tal afirmação, algo que exige a apreensão do pano de fundo pressuposto pelo autor. Em sua visão, tendo sido formado determinado precedente, este se tornaria obrigatório e, por conseguinte, teria amplo alcance, de forma tal, que, na sua otimista visão, o precedente seria de pleno conhecimento de todos, inclusive dos cidadãos³⁴.

²⁹ MITIDIERO, 2016, p. 112. A referência à improcedência liminar do pedido é apenas um dos exemplos dados, pois, conforme pensa Mitidiero, a mesma lógica – a de observância obrigatória dos precedentes do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, tenham sido ou não indicados como vinculantes – se aplica também para a fase recursal. Portanto, o autor afasta a noção de precedente dos casos repetitivos e jurisprudência vinculante. MITIDIERO, 2016, p. 113-115.

³⁰ MARINONI, 2015, p. 22.

³¹ MARINONI, 2016, p. 13-14.

³² MARINONI, 2011, p. 134.

³³ MARINONI, 2011, p. 134.

³⁴ “Relevante é que o precedente obrigatório orienta os cidadãos, pois lhes dá o modo como devem se comportar e lhes dá a previsibilidade acerca do resultado dos reclamos jurisdicionais, tendo, nesta dimensão, a característica de norma geral que, além disso, é capaz de oferecer maior segurança que a própria norma legislativa”. MARINONI, 2011, p. 95.

Assim sendo, no momento em que o jurisdicionado passasse a ter dúvidas sobre seus direitos, careceria de instrução do advogado, até aí, nada demais. Mas a coisa torna-se toda outra, pela assertiva de Marinoni, segundo a qual:

Contudo, num sistema de precedentes, a orientação jurídica se torna efetivamente factível. Os advogados têm como cumprir o seu papel, que deixa de ser o de simplesmente arriscar – ainda que com custosa e convincente argumentação – a obtenção de uma decisão que, entre as várias que podem ser dadas, favoreça o seu cliente. Nesta dimensão, os advogados podem dar aos seus clientes uma previsibilidade acerca de uma dada situação jurídica ou de um possível litígio. Em suma: para que os advogados possam adequadamente exercer as suas funções e para que os cidadãos possam realmente ser orientados acerca dos seus direitos, o Judiciário deve ser confiável, ou melhor, as suas decisões devem ser previsíveis³⁵.

Caso tenha passado despercebido, pelas palavras do processualista, o advogado deve recomendar o ajuizamento da ação nos casos de a pretensão do autor se amoldar ao precedente obrigatório, ou, ainda, nos casos em que não houver precedente contrário à pretensão. Diferentemente, na hipótese de a pretensão conflitar com o precedente, a função do advogado seria a de recomendar o não ajuizamento da ação. Partindo-se dessa explicação, fica fácil entender porque Marinoni desacredita o duplo grau de jurisdição³⁶, pois este seria desnecessário, dada a presunção da força e o acerto do precedente obrigatório. Nessa linha, tornar-se-iam vãs as decisões de primeira instância ou talvez todo o processo, pois nem mesmo deveria ter sido ajuizada a ação, por recomendação do advogado, baseando-se no precedente obrigatório.

Ao perceber que a pretensão de seu cliente conflita com um precedente obrigatório, o advogado deve, certamente, indicar os riscos da propositura da demanda, até porque o CPC/2015 reestrutura os ônus sucumbenciais e, a médio e longo prazo, é possível que o judiciário se valha estrategicamente da estruturação contida no Código e, fixando altos percentuais de honorários advocatícios, passe a desestimular o ajuizamento de ações consideradas de risco ou verdadeiras

³⁵ MARINONI, 2011, p. 178.

³⁶ MARINONI, 2011, p. 134-135.

Adverta-se, uma coisa é o advogado apontar os riscos da demanda. Outra, completamente diversa, é apostar alto no poder dos precedentes das Cortes Supremas, fazendo com que o precedente (padrão decisório) aniquile o direito de ação, o que pode ocorrer ao se considerar o acerto do precedente.

aventuras judiciais. Aliás, o novo papel do advogado envolve exatamente a análise dos riscos oriundos do sistema de precedentes.

No entanto, a coisa precisa ficar mais clara, pois, dado o modo com que foi estruturado o direito jurisprudencial no CPC/2015, somado ao apelo em favor dos precedentes obrigatórios e da suposta virtuosidade das Cortes Supremas, poderia surgir um efeito nefasto, pois há o risco de o advogado se sentir altamente desestimulado no combate argumentativo contrário a determinado precedente vinculante. Considerando-se que boa parte dos advogados inseridos na tradição do *civil law* – e, por certo, no Brasil também é assim – não domina as técnicas de aplicação de precedentes judiciais³⁷, é previsível a estagnação do direito jurisprudencial ou precedencialista, a menos que se perceba a mudança profunda implementada pelo CPC/2015, que atribuiu ao advogado o dever de consideração e aperfeiçoamento quanto às técnicas de formação e aplicação do direito jurisprudencial. Aliás, também os juízes precisam compreender de modo mais adequado a dinâmica de funcionamento do sistema que pretenda se valer, de modo genuíno, dos precedentes, que deve se dar a partir de um modelo participativo³⁸, que respeita a integridade e coerência do direito, perspectiva na qual o precedente é munido de força gravitacional³⁹.

Adverta-se, uma coisa é o advogado apontar os riscos da demanda. Outra, completamente diversa, é apostar alto no poder dos precedentes das Cortes Supremas, fazendo com que o precedente (padrão decisório) aniquile o direito de ação, o que pode ocorrer ao se considerar o acerto do precedente⁴⁰. Esse tipo de problema torna-se menos abstrato, também, pela compreensão dos riscos trazidos pela reforma da Lei 13.256/16.

³⁷ MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 13.

³⁸ “Deve-se vislumbrar que o **processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica**, não mais embasado no protagonismo de qualquer sujeito processual (juiz, partes, advogados), mas, na sua atuação responsável, competente (*Handlungskompetenz*) e interdependente, ancorado nos princípios **processuais constitucionais**, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo seu respectivo papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas”. NUNES, p. 27.

³⁹ DWORKIN, p. 174-180.

⁴⁰ A “ciência” de como os tribunais decidem, para Marinoni, é importante não apenas para a economia de mercado, mas para a esfera de cada um e, ainda, para alcançar uma suposta harmonia da vida em sociedade. MARINONI, 2011, p. 180.

Veja-se que, na versão original do CPC/2015, ao extirpar, quanto aos recursos especial e extraordinário, o juízo de admissibilidade nas instâncias ordinárias, gerou grande desagrado, principalmente aos ministros dos tribunais superiores. Por isso, mesmo durante o período de *vacatio legis*, o Código teve o seu texto alterado, o que se deu pela Lei 13.256/16⁴¹.

De modo geral, a lei atendeu aos apelos do judiciário. Veja-se, nesse sentido, a singeleza do revogado art. 1.030, na versão primária do Código:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior.

Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.

Quando sobreveio a Lei 13.256/16, constou uma redação bastante complexa, resgatando-se o exame de admissibilidade no Tribunal recorrido. A alteração foi extrema, pois, pela nova redação do art. 1.030, não se manteve sequer a dinâmica contida no CPC/73, isso porque, alterou-se também a redação do art. 1.042, de tal forma que, contra a decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, somente se admitirá a interposição de agravo em Recurso Especial e Extraordinário se a decisão não estiver fundada em regime de repercussão geral ou em julgamento de casos repetitivos.

O problema central trazido pela reforma corresponde à impossibilidade de exame do recurso excepcional pelos tribunais superiores, na medida em que o art. 1.042 exclui a possibilidade de interposição de agravo em REsp e RE se a decisão atacada estiver “fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos”. Esclarecendo melhor, interposto o REsp ou RE, o presidente ou vice-presidente do tribunal poderá negar seguimento, em

⁴¹ MACÊDO, 2016, p. 189-190. Recorde-se que o texto original do CPC/2015 já sofreu outra alteração, muito elogiável por sinal, ao prever a Lei 13.363 os “direitos e garantias para a advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz e para o advogado que se tornar pai”.

qualquer das hipóteses do art. 1.030, já descrito. No entanto, se a decisão combatida se conformar com padrões decisórios eleitos pelo legislador (ausência de reconhecimento ou contrariedade ao regime de repercussão geral ou ainda divergir de acórdão do STF ou STJ oriundo do julgamento de recursos repetitivos), será cabível somente agravo interno, portanto, perante o mesmo tribunal (de justiça ou federal), nos termos do art. 1.021⁴².

Perceba-se que, neste caso, o instituto do recurso passa a ser utilizado estrategicamente, apenas para formar o precedente. Depois de forjado, não se permite a rediscussão da matéria – ou “tese jurídica” – uma vez que este torna-se incombateável, devido à negativa de acesso aos tribunais superiores.

3. O PARADOXO DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

A entusiasmada defesa dos precedentes obrigatórios, por sua vez, traz à tona questões de natureza técnico-jurídica e de teoria do direito. A primeira objeção diz respeito à possível inconstitucionalidade do alargamento do rol dos precedentes obrigatórios. Perceba-se que, o sistema de precedentes trazido pelo CPC/2015, fruto de um longo processo legislativo, não se mostrou imune às acusações de conter, em si, vício de inconstitucionalidade⁴³. O alargamento do rol dos precedentes obrigatórios, como propõem Marinoni e Mitidiero, poderia facilmente acarretar maior engessamento do direito considerando-se a impossibilidade de superação do referido precedente.

Como a sistematização do precedente vinculante tende a achatar a argumentação sobre os casos que envolvam questões jurídicas já decididas em precedentes obrigatórios, a ampliação dos precedentes pode inviabilizar, por completo, a superação de determinada tese pois, pouco a pouco, os casos deixariam de ser discutidos pela existência de decisões conflitantes. O fato de os defensores da tese sobre os precedentes obrigatórios estarem de acordo com a afirmação segundo a qual muitas decisões recentes das Cortes Supremas brasileiras – portanto, STJ e STF – não possuem qualquer

⁴² Conferir: NUNES, acesso em 18 de fevereiro de 2017; CÂMARA, acesso em: 18 de fevereiro de 2017; MACÊDO, 2016, p. 198.

⁴³ Afirma Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que o art. 927, ao utilizar a palavra “observar”, acabou adotando um critério de vinculação e, por isso mesmo, flagrantemente inconstitucional. NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 1835-1846.

Portanto, seguindo-se a lógica da expansão da noção de precedentes obrigatórios, pouco importaria se a decisão é correta ou não – e sabemos do grande potencial de o judiciário decidir estapafurdidamente – basta ter sido dada por uma Corte dotada de autoridade suprema.

ratio decidendi, por simplesmente constituírem uma soma de votos favoráveis ou contrários ao provimento recursal⁴⁴, transforma-se em algo ainda mais desconcertante, pois, seguindo-se a referida tese, poder-se-ia aplicar precedentes obrigatórios sem a definição da parte essencial do precedente, ou seja, de sua *ratio decidendi*. Nesse cenário, os tribunais e órgãos de instâncias inferiores estariam vinculados exclusivamente à parte dispositiva das decisões colegiadas. Se assim fosse, estaríamos diante de um “sistema de precedentes” totalmente desfigurado e aleijado.

Lado outro, aquele alargamento significaria, em simples palavras, o descarte àquilo que a tradição do *common law* tem de melhor a oferecer, isto é, a prática argumentativa no momento da formação do precedente, com vínculo na decisão do caso. Portanto, o caso não é visto como mero pretexto. Atribuir efeito vinculante a qualquer decisão oriunda do STJ e STF, equiparando-a ao regime dos repetitivos, sem a moldagem processual destes, beira ao absurdo, pois destoa dos ordenamentos da tradição do *common law*, nos quais há um diferencial argumentativo que inexistiria com a tese das Cortes Supremas.

A adoção de um modelo que parta do pleno reconhecimento da vinculatividade de uma decisão, pelo simples fato de ter sido prolatada por uma das Cortes Supremas se baseia, curiosamente, num critério positivista, cujo argumento central é a hierarquia de um dado tribunal.

Portanto, seguindo-se a lógica da expansão da noção de precedentes obrigatórios, pouco importaria se a decisão é correta ou não – e sabemos do grande potencial de o judiciário decidir estapafurdidamente – basta ter sido dada por uma Corte dotada de autoridade suprema. O positivismo é combatido, não sem razão, exatamente por desprezar aspectos substanciais do ordenamento jurídico em favor de elementos formalísticos e, no mesmo sentido, o reconhecimento da autoridade de um precedente em razão da sua origem é potencialmente capaz de gerar os mesmos percalços pela aplicação do direito em viés positivista.

⁴⁴ MARINONI, 2015, p. 128.

É fundamental compreender, de uma vez por todas, que só se pode vislumbrar uma resposta correta a partir do momento em que se permite o enriquecimento do processo por meio da formulação e consideração dos argumentos jurídicos no processo decisório.

A tese das Cortes Supremas, como desenhada por Marinoni e Mitidiero, traria grande facilidade aos membros do judiciário, pois, já submetidos a uma alta carga de trabalho, teriam condições de enxugar o iter processual escudados em uma só decisão, como produto de recurso extraordinário ou recurso especial.

Apesar da possibilidade de diminuição da carga de trabalho, devido à dispensa de apreciação do mérito de um sem número de casos, esse dinamismo tem um alto custo, na medida em que acarreta uma perda no processo argumentativo, algo imprescindível à evolução do direito. É fundamental compreender, de uma vez por todas, que só se pode vislumbrar uma resposta correta a partir do momento em que se permite o enriquecimento do processo por meio da formulação e consideração dos argumentos jurídicos no processo decisório. Portanto, a diversidade de teses argumentativas deve ser vista como ponto de melhoria no próximo sistema, e não como um entrave, cuja razão de ser se reduziria à promoção da dispersão jurisprudencial.

Como lembra Frederick Schauer, uma das consequências da adoção de um sistema de precedentes vinculantes é o fato de que alguns juízes serão constrangidos a decidir em consonância com o precedente, sendo que, caso aquele não existisse, decidiria de outro modo. Para nós, ainda mais atordoante do que a possibilidade de o direito se engessar pelo fato de os juízes de instâncias inferiores se sentirem coagidos a seguir os precedentes⁴⁵, independente de os precedentes se apresentarem como uma decisão correta no sentido dworkiniano, o que facilmente conduziria à renúncia à interpretação pelo recurso à tópica⁴⁶, é a descrição do alto custo da

⁴⁵ SCHAUER, 2015, p. 68. Michael J. Gerhardt apresenta uma proposta moderada sobre a força do precedente, resumida por aquela que o autor chama de “regra de ouro”. Segundo afirma, os juízes devem tratar os precedentes dos outros assim como gostariam que os próprios precedentes fossem tratados, portanto, sem desdém. GERHARDT, 2008, p. 3-4; 79.

⁴⁶ Trata-se de uma proposta dos lugares-comuns. Conferir: VIEHWEG, 1979.

adoção de um sistema de precedentes, muito bem ilustrada pela tabela de Schauer⁴⁷.

Pela observação da referida tabela – que deve ser analisada à luz do critério da pretensão de correção normativa, pertencente à dimensão do ideal, mas esclareça-se, tomada aqui a partir do viés dworkiniano (resposta correta ou *right answer*) – Schauer põe em destaque os riscos das decisões tomadas com olhos no futuro, ou seja, nas hipóteses nas quais impera o caráter prospectivo do precedente. As análises, no âmbito do direito, feitas com base em analogias matemáticas e geométricas sempre carregam um risco acentuado, pois, se se levar em conta a teoria dos sistemas, é de veras complicado chegar à certas conclusões a partir da permuta de dados pertencentes a sistemas distintos, o que faz com que muitas dessas analogias não passem de prestidigitação, dada em razão de uma mudança súbita de terreno⁴⁸. Entretanto, a tabela é honesta e tem força simbólica, pois, vista de modo mais simples e didático, revela a possibilidade de o julgador adotar uma decisão *apenas*

⁴⁷ Os limites impostos pela obrigação com o futuro podem ser ilustrados numericamente. Imagine uma série de cinco decisões, cada uma envolvendo uma escolha sobre uma variedade de A e uma variedade de B, onde A e B representam categorias assemelhadas, mas em alguns aspectos diferentes, A(1) até A(5) e B(1) até B(5). Suponha que para cada decisão em um caso de A(n) versus B(n), é possível determinar o valor social relativo das diferentes decisões baseado no valor de A ou B. Podemos então esboçar uma série de cinco oportunidades para a decisão:

1. A(1)	55	B(1)	45
2. A(2)	30	B(2)	70
3. A(3)	40	B(3)	60
4. A(4)	45	B(4)	55
5. A(5)	60	B(5)	40

Se cada decisão fosse independente das outras decisões, a decisão ideal para cada caso seria A no primeiro caso (55 é maior que 45), B em segundo (70 é maior que 30), terceiro (60 é maior que 40) e quarto casos (55 é maior que 45) e A no quinto caso (60 é maior que 40), para um valor líquido de +100 (+10, +40, +20, +10, +20) ao longo de cinco decisões. Porém, suponha que, ao invés disso, o julgador, no Caso 1, saiba que sua decisão irá ser seguida em uma série de casos futuros envolvendo aspectos particulares, mas na mesma categoria. Sob essas circunstâncias, o juiz, sabendo que sua decisão no Caso 1 será seguida nos Casos 2 a 5, deve decidir, efetivamente, não apenas o Caso 1, mas também os outros 4 casos. Onde precedente é importante, em um sistema, a possibilidade de otimização caso a caso não é mais viável, e o que resta é a escolha de decidir por A (de 1 até 5) ou B (1 até 5), uma escolha de -40 ou +40. O julgador racional escolheria B, +40. Esta escolha por B, em +40, embora racional à luz das alternativas disponíveis, ainda é abaixo do ideal em termos do melhor resultado para cada um dos cinco casos (+40 é menos que +100), e também é diferente da escolha que seria feita no primeiro caso, se o tomador de decisão pudesse pensar naquele caso isoladamente, e não como um precedente para o futuro. Logo, a escolha por B, claramente a escolha correta se o precedente deve ser levado em consideração, é inferior quando comparada com o melhor resultado teoricamente possível num leque de casos, se cada caso puder ser considerado isoladamente, e ainda é inferior quando comparada com o melhor resultado que este juiz tomaria para o caso concreto. SCHAUER, 2015, p. 69-70.

⁴⁸ BOUVERESSE, 2005, p. 29-30.

Sintetizando-se o aspecto crucial, para que se possa admitir um sistema de precedentes obrigatórios, a *ratio decidendi* dos mesmos é que precisa ser vista como obrigatória.

quarenta por cento acertada, enquanto que, se as individualidades e a correção fossem levadas a sério, poder-se-ia estar diante de uma *decisão cem por cento acertada*.

Não é por outra razão que o realismo jurídico⁴⁹ acaba ganhando maior espaço, transformando assim o judiciário em superego da sociedade⁵⁰, pois, ele – o realismo jurídico – tem o condão de transmutar a premissa prospectiva da decisão judicial em consequencialismo decisório⁵¹.

Pode-se apontar, por fim, uma inconsistência de grau expressivo, capaz de enfraquecer ainda mais a tese dos precedentes obrigatórios (das Cortes Supremas) como posta pelos autores que, apesar de tudo, vem sendo fortalecida a cada dia. Para melhor compreensão da inconsistência indicada, é preciso reproduzir um trecho literal da obra:

Ora, tratando-se de Corte de Precedentes e, portanto, de colegiado que não está apenas elaborando decisão para os litigantes ou simplesmente solucionando o recurso, é imprescindível proclamar a eventual *ratio* ao lado da decisão. Significa dizer, em poucas palavras, que a proclamação do resultado não é mais sinônimo de declaração da decisão, mas expressão que deve conter a decisão e a *ratio decidendi*⁵².

Dessa forma, como visto no excerto, o renomado processualista direciona esforços sobre o modo de deliberação e à necessidade de proclamação da *ratio decidendi*. Sintetizando-se o aspecto crucial, para que se possa admitir um sistema de precedentes obrigatórios, a *ratio decidendi* dos mesmos é que precisa ser vista como obrigatória. Para que isto ocorra – ou seja, para que se possa implementar a obrigatoriedade, como desejada – é necessário que a Corte Suprema não apenas decida, mas, sobretudo, que haja, na referida Corte Suprema, a concentração da interpretação sobre a *ratio decidendi*.

Explicando um pouco melhor, seria imprescindível a retirada do poder de interpretação sobre a *ratio decidendi* das instâncias hierarquicamente inferiores, sendo este um passo fundamental à plena

⁴⁹ Explica Frederick Schauer que o realismo jurídico possui correspondências com outras correntes, como a Escola de Direito Livre, iniciada no final do século XIX e, mais recentemente, possui proximidade também com o trabalho de François Geny. SCHAUER, 2013, p. 138-139.

⁵⁰ MAUS, 2010.

⁵¹ NUNES; THEODORO JR; BAHIA, 2010, p. 47-48.

⁵² MARINONI, 2015, p. 126.

solidificação do sistema de precedentes obrigatórios. Isso porque, se as instâncias inferiores puderem interpretar a *ratio decidendi*, a obrigatoriedade dos precedentes tornar-se-ia claramente relativizada.

Deparamo-nos, então, com o paradoxo dos precedentes obrigatórios. Paradoxo este que, respeitosamente falando, não foi solucionado, mas decorre da própria tese apresentada por Marinoni, embora tenha o autor tentado equacioná-lo mediante artifício retórico⁵³, como a transcrição abaixo o indica:

Por outro lado, é certo que, em países que têm tradição de Corte de Precedentes, a Corte que está a julgar o caso não declara a *ratio decidendi*. Assim, todo o trabalho fica a cargo da corte inferior que, diante de um novo caso, depara-se com o precedente. Contudo, *isso, ao que parece, é uma falha dos sistemas destes países*. Como é óbvio, não é porque as cortes de um país de tradição de *common law* têm determinado comportamento que esse, apenas por isso, está correto. Na verdade, parece existir aí um mau vezo. Não só não há motivo para evitar a declaração da *ratio decidendi* no momento do julgamento, como essa declaração é totalmente conveniente, *ressalvando-se, como não poderia ser de outra forma, a possibilidade de as cortes inferiores interpretarem esta declaração, assim como sempre interpretam os precedentes para concluir se devem ou não aplicá-lo ao caso sob julgamento*⁵⁴.

O paradoxo a que nos referimos fica mais claro pela seguinte passagem, extraída daquela obra:

Não é por outro motivo que, à tarefa de delineamento da *ratio* por parte da Corte Suprema, soma a interpretação conferida ao precedente pela academia e, especialmente, pelos advogados e juízes dos casos futuros. Admitir o delineamento da *ratio* no momento do julgamento não tem o efeito de eliminar a possibilidade da sua interpretação ou de proibi-la por parte das cortes inferiores. Da definição da *ratio*, em outras palavras, não decorre um efeito vinculante ou obrigatório aos tribunais inferiores. A proclamação da *ratio tem uma natureza relativa, aberta a conformação pelas cortes inferiores*. Isso porque é da própria essência da *ratio* a adaptação, ou melhor, a contenção e a expansão em face dos casos que estão por vir⁵⁵.

⁵³ SCHOPENHAUER, 1997.

⁵⁴ MARINONI, 2015, p. 126.

⁵⁵ MARINONI, 2015, p. 133.

É no diálogo comparatístico entre os casos (precedente e sucessivo) que se pode falar, verdadeiramente, em precedente.

Caso o nosso argumento se mostre ainda obscuro e incapaz de explicitar o referido paradoxo, é melhor apresentar uma síntese daquilo que pretendemos demonstrar. Se as cortes e juízes de grau inferior podem interpretar a *ratio decidendi*, por conseguinte, poderão também divergir em relação ao próprio precedente, uma vez que o seu núcleo é exatamente a *ratio*. Se a *ratio decidendi* não é vinculante, não há como o precedente sê-lo. *Reside nisto o paradoxo!* Como falar em precedente obrigatório, se o seu núcleo – a *ratio decidendi* – encontra-se em estado de permanente abertura à interpretação pelas cortes inferiores? É de significativa relevância lembrar que cabe ao juiz do caso *sucessivo* estabelecer a existência ou não de precedente⁵⁶. É no diálogo comparatístico entre os casos (precedente e sucessivo) que se pode falar, verdadeiramente, em precedente.

Não passa de aformoseamento a afirmação segundo a qual as Cortes Supremas, advogados, academia e tribunais inferiores promoveriam, em conjunto, a interpretação da *ratio*⁵⁷, se, na verdade, o modelo é aquele de precedentes obrigatórios. Ao contrário, há, sem rodeios, a busca por estabilização de sentidos dada pelas Cortes Supremas e, paralelamente, reforça-se o sentido previamente fixado por uma série de barreiras que impedem (e impedirão) o reexame do precedente, contendo ou não uma *ratio* bem delineada, como fica muito claro pela reforma da Lei 13.256/16, ao dificultar sobremaneira o acesso à rediscussão do precedente.

Aliás, o problema da elaboração ou da descoberta da *ratio decidendi* ganha contornos ainda mais complexos ao se recordar que no direito estrangeiro existem inúmeras técnicas apresentadas como idôneas para extrai-la⁵⁸. Isso significa, de modo muito singelo, que a própria definição da *ratio decidendi* faz parte de um processo bastante dificultoso e, portanto, não é nenhum exagero pensar em consideráveis divergências entre tribunais e Cortes Supremas sobre aquilo que se possa considerar como sendo a *ratio* do caso. Um método que se pretenda simplificador para fins da descoberta da *ratio*, ao se deparar com a possibilidade de um dado precedente conter mais de uma *ratio*, pode facilmente entrar em colapso.

⁵⁶ TARUFFO, 2011, p. 142-143.

⁵⁷ MARINONI, 2015, p. 132-135.

⁵⁸ Conferir: DUXBURY, 2008, p. 68-69.

Aliás, Neil Duxbury lista nada menos que seis motivos principais pelos quais o conceito de *ratio decidendi* deixou os pensadores tão confusos. Segundo aponta, em primeiro lugar, a *ratio decidendi* tende a ser obscurecida pelo *obiter dictum* e vice-versa; a segunda dificuldade se refere à impossibilidade de, em alguns casos, localizar a *ratio*, muito menos distingui-la do *obiter*, pois é possível que um caso seja decidido mas não contenha *ratio*; em terceiro lugar, ao contrário, há casos que possuem várias *rationes*; a quarta complicação indicada pelo autor corresponde a saber se a *ratio decidendi* é declarada pelo próprio tribunal ou depende da interpretação ulterior de outro tribunal; a quinta e sexta dificuldades referem-se, respectivamente, à própria definição da *ratio decidendi* e a sua determinação⁵⁹.

Veja-se, portanto que, muito embora o pano de fundo a partir do qual escreve Duxbury seja o do positivismo jurídico inglês, o autor não coaduna com a solução do problema através de simplificações, seja quanto à conceituação da *ratio decidendi* ou ainda no que se refere ao seu manejo (uso prático), o que o leva, inclusive, a afirmar a possibilidade de contestação da *ratio*:

A dificuldade do problema pode ser exacerbada facilmente, a *ratio decidendi* de um caso é muitas vezes não muito bem interpretada e repetida, para isso não é preciso olhar muito longe além de uma nota introdutória da maioria dos casos que sabemos como o teor da *ratio* será inequívoca para qualquer tribunal de segunda instância. *Mas o fato de que uma ratio pode ser contestada ilustra como precedentes judiciais podem ser maleáveis, como nos casos em que os tribunais de segunda instância selecionam uma relação de duas ou mais rationes possíveis dentro de um caso, e elas são determinantes para verificar qual autoridade do precedente deve manter*⁶⁰.

Portanto, com base em todas as dificuldades assinaladas por Duxbury, é possível apresentar um forte contraponto à corrente que

⁵⁹ DUXBURY, 2008, p. 69-76.

⁶⁰ DUXBURY, 2008, p. 74. Tradução livre, no original: "The difficulty of the issue can easily be exaggerated; the *ratio decidendi* of a case is often not so much interpreted as repeated, for one need look no further than the headnote of most cases to know that the case yields a ratio which will be unambiguous to any later court. But the fact that a ratio can be contested illustrates how judicial precedents may prove malleable, for in those instances where later courts select a ratio from two or more possible rationes within a case, they are determining for what authority the precedent should stand."

O grande risco que se corre é de o Brasil importar um sistema de precedentes vinculantes ou obrigatórios de modo degenerado, isto é, piorado em relação ao efetivo modo de funcionamento visualizado nos países de *common law*.

pretende encarregar as Cortes Supremas da definição daquilo que se possa considerar como sendo o precedente obrigatório.

4. CONCLUSÃO

O grande risco que se corre é de o Brasil importar um sistema de precedentes vinculantes ou obrigatórios de modo degenerado, isto é, piorado em relação ao efetivo modo de funcionamento visualizado nos países de *common law*. Isso porque, naquela tradição, a formação e aplicação dos precedentes judiciais, embora parta da premissa positivista ou realista⁶¹, permite o florescimento das aporias do próprio sistema, algo que, perigosamente, pode não ocorrer no Brasil, vez que o principal critério de atribuição de força ao “precedente” seria o da hierarquia da Corte Suprema, tornando estéreis e fadadas ao fracasso as tentativas de superação por parte de advogados, juízes e tribunais de hierarquia inferior.

A simplificação do método para fins de determinação da *ratio decidendi* a partir do critério hierárquico das Cortes Supremas indica que o caminho para algo ainda mais perigoso já foi aberto, isto é, ensaia-se a proteção da escolha voluntarista no processo decisório. Isso significaria que a Corte Suprema poderia eleger, a partir de um ato de vontade, aquilo que compreende como sendo a *ratio decidendi* dos casos anteriores, valendo-se, nesse particular, de um paralelismo à metodologia defendida pelo positivismo jurídico de viés kelseniano ou hartiano, pois, nas referidas teorias, assegura-se ao juiz a possibilidade de fazer escolhas dentro das diversas possibilidades contidas numa moldura ou textura aberta. Considerando-se a indeterminação linguística, o precedente passaria a ser considerado tão somente aquilo que a Corte Suprema diz ser.

A bem da verdade, os que defendem a tese dos precedentes obrigatórios das Cortes Supremas parecem ignorar os inúmeros problemas que pairam sobre os atos decisórios. Dentre eles, veja-se, mesmo na tradição do *common law*, Benjamin N. Cardozo⁶², na primeira metade do século passado, já apontava incontáveis interferências a que se submetem os juízes no processo decisório.

⁶¹ Recordando-se que o positivismo predomina no direito inglês, enquanto que o realismo constitui o pano de fundo do direito norte-americano.

⁶² CARDOZO, 2004.

Portanto, a prévia definição da *ratio decidendi* dada pela Corte Suprema, em nossa visão, não seria suficiente para reinserir o precedente na condição de obrigatório, pela razão muito simples de existirem distintas técnicas de extração da *ratio*, variadas *rationes* num só caso e, ainda, pela aceitação da premissa que considera possível a interpretação da *ratio decidendi* pelas cortes e pelos juízes sucessivos. Singelamente falando, não há como escapar do paradoxo, o que exige maior reflexão na dinâmica de aplicação do precedente judicial. Não basta defender soluções práticas sem a percepção do potencial nocivo que o sistema pode trazer, motivo pelo qual devemos aprender com os sistemas estrangeiros e deles absorver o que há de melhor, rejeitando-se, por certo, as suas inconsistências e equívocos.

REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- BOUVERESSE, Jacques. *Prodígios e vertigens da analogia: o abuso das belas-letras no pensamento*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DIDIER JR. Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. *O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro*. Revista de Processo Comparado. vol. 2. ano 1. p. 99-120. São Paulo: Ed. RT, jul-dez, 2015.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2008.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Roberts S. (eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997.

MACÊDO, Lucas Buril de. *A análise dos Recursos Excepcionais pelos Tribunais Intermediários – O pernicioso art. 1.030 do CPC e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes*. Revista de Processo. vol. 262, ano 41, São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Dos modelos de cortes de vértice – Cortes Superiores y Cortes Supremas*. In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 77-122.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. *Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático*. In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008.

_____. *Proposta de reforma do novo Código de Processo Civil apresenta riscos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-26/dierle-nunes-proposta-reforma-cpc-apresenta-riscos>, acesso em 18 de fevereiro de 2017.

_____; THEODORO JR, Humberto; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o 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, v. 189, p. 1-35, 2010.

_____ ; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. *Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes*. Revista de processo. vol. 263/2017, p. 335-396, jan. 2017 (versão eletrônica).

SCHAUER, Frederick. *Precedente*. In: DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). *Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 49-86.

SCHOPENHAUER, Arthur; CARVALHO, Olavo de. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias: (dialética erística)*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

TARUFFO, Michele. *Icebergs de Common law e Civil Law? Macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verificação da verdade*. In: TEMAS atuais do direito: estudos em homenagem aos 80 anos do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *El vértice ambíguo. Ensayos sobre la Casación civil*. Lima-Peru: Palestra Editores, 2005.

_____. *Institutional Factors Influencing Precedents*. In: *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 437-460.

_____. *Las funciones de las Cortes Supremas – Aspectos generales*. In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 231-251. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.