

DO GENUÍNO PRECEDENTE DO STARE DECISIS AO PRECEDENTE BRASILEIRO: OS FATORES HISTÓRICO, HERMENÊUTICO E DEMOCRÁTICO QUE OS DIFERENCIAM

Georges Abboud¹

RESUMO: Trata-se de artigo cuja finalidade é exclusivamente comparativa. O escopo é demonstrar que não devemos confundir o sistema de provimentos vinculantes do CPC-2015 com o sistema genuíno de precedentes do direito inglês. Essa diferenciação busca evitar sincretismos e permitir uma aplicação mais adequada do CPC-2015 aos princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVES: Efeito Vinculante. Interpretação Judicial. Precedente.

ABSTRACT: This paper is merely comparative. Its aim is to demonstrate that one should not take the system of binding decisions of the new Brazilian Procedural Code of 2015 (CPC 2015) for the genuine system of precedents of the English Law. This differentiation aims to avoid syncretisms and allows for a more adequate application of the CPC 2015 regarding the constitutional principles.

KEYWORDS: Binding Effect. Judicial Interpretation. Precedent.

1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: NÃO SE TRATA DE MERA DISTINÇÃO CONCEITUAL. NÃO É APENAS UMA CRÍTICA AO NCPC. DIFERENCIAÇÃO QUE BUSCA MITIGAR DANOS DE EVENTUAL APLICAÇÃO INCONSTITUCIONAL E ANTI-HERMENÊUTICA DO ART. 927 DO NCPC.

Há um perigoso equívoco em que incorre parcela de nossa doutrina ao tratar de precedente. Trata-se de pura equiparação do precedente do common law à jurisprudência vinculante brasileira.

O fato de o art. 927² do NCPC elencar diversos provimentos que passarão a

1 Advogado sócio no escritório “Nery Advogados”. Mestre e doutor em direitos difusos e coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do mestrado e doutorado da FADISP.

2 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação

ser vinculantes, não podemos fazer a leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do common law.

O objetivo deste enxuto artigo não é realizar uma pormenorizada crítica dos riscos acerca da jurisprudência vinculante³. O escopo é tão somente elucidar e contribuir para não incorrerem em equivocada e inconstitucional aplicação do art. 927 NCPC.

Para tal desiderato, cremos ser fundamental a correta noção sobre o que é efetivamente um precedente genuíno do common law e a necessária compreensão do que é um provimento vinculante por disposição legal, e.g., súmula vinculante, acórdão paradigma etc.

Dentre as diversas diferenças entre o precedente do common law e o brasileiro elencamos três que consideramos essenciais para o tratamento do tema. Desse modo, faremos a exposição do fator histórico, hermenêutico e democrático que impedem a pura equiparação conceitual entre os dois modos-de-precedentes.

2 FATOR HISTÓRICO: OU AS RAZÕES PELAS QUAIS UM SISTEMA DE ‘STARE DECISIS’ NÃO SURGE DE UM DIA PRO OUTRO OU POR DETERMINAÇÃO LEGISLATIVA.

Como é cediço, a doutrina dos precedentes estruturou-se no final do século XVII, a partir de uma mudança no método filosófico que orientava o pensamento da época.

Essa mudança deve-se ao método experimental de Robert Boyle que se contrapôs ao cientificismo de Thomas Hobbes⁴.

A obra de Boyle influenciou a filosofia do direito de MATTHEW HALE, para a qual a validade dos princípios legais, tais como os princípios das ciências naturais, dependia da repetição e da verificação e validação dos membros da comunidade⁵.

Assim, afirma que, por muitos séculos, a lei no Ocidente desenvolvida historicamente com cada geração formando-se conscientemente na experiência de seus predecessores era um fato bem conhecido. Todavia, antes do século XVII, não tinha subido para o nível da teoria⁶.

do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (...)”.

3 Sobre esse tema, ver: Georges ABOUD. *Discrecionabilidade Administrativa e Judicial*, SP: RT, 2014, n. 3.6.2, p. 388 et seq.

4 Harold J. BERMAN. *Law and Revolution II: the impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, London: Harvard University Press, 2003, n. 8, p. 265-269.

5 Matthew HALE. *The history of the common law of England*. 2. ed. Londres: John Walthoe, 1716. Prefácio.

6 “*For many centuries law in the West had developed historically, with each generation consciously building on the experience of its predecessors, was, of course, a well-known*

Esse processo se deu em decorrência da formação essencialmente prática do common law inglês, fato que assegurou a esse sistema uma característica peculiar relacionada a sua tradição histórica. Graças à atuação de juristas, como EDWARD COKE, JOHN SELDEN e MATTHEW HALE, configurou-se verdadeira dimensão filosófica para a história do common law inglês. Eles asseveravam que o precedente judicial deveria ocupar posição de fonte imediata do direito ao lado da equidade e da legislação. Por consequência, lançaram as premissas teóricas para a fundação da historical jurisprudence que ocupou a mesma posição da teoria do direito natural e do positivismo legalista⁷.

Para os citados autores, o direito, além do caráter moral, legal e político, possuía uma tradição histórica, cujo intuito era preservar e desenvolver a tradição do povo a quem pertence.

Sobre a questão, HAROLD BERMAN afirma que era pelo menos implícito que estes três aspectos da lei deveriam ser integrados e que os conflitos que inevitavelmente surgem entre os propósitos morais e políticos do direito podem, e devem, ser resolvidos no âmbito da história jurídica. Dessa forma, o direito, que poderia ser dito, é o equilíbrio da moralidade e da política à luz da história; é o equilíbrio da justiça e da ordem na experiência esclarecida⁸.

Com efeito, a forte influência da história na consolidação do common law, aliada à filosofia embasada no método de análise e síntese que exigia um exame casuístico para se alcançar as soluções legais, bem como a inexistência de um direito dogmatizado e científico ministrado em suas universidades, fez com que o common law se estruturasse com base na prática cotidiana do direito, e não a partir de doutrina ou da ciência do direito, como ocorreu com o civil law. Ou seja, o common Law, ao contrário do civil Law, não se originou cientificamente (do ponto de vista professoral), mas, sim, judicialmente, como prática judiciária⁹.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o common law, mesmo antes do surgimento da doutrina dos precedentes ou do stare decisis, sempre embasou-se na casuística, vale dizer, na análise de prévias decisões judiciais para se alcançar o deslinde da demanda. Essas decisões prévias não constituíam verdadeiramente precedentes, mas exemplos do modo como o direito havia sido aplicado naqueles casos particulares.

fact. Prior to the seventeenth century, however; it had not risen to the level of theory". Harold J. BERMAN. Law and Revolution II, cit., n. 8, p. 269.

7 Harold J. BERMAN. Law and Revolution II, cit., n. 8, p. 269.

8 *"It was at least implicit in their writing that these three purposes, or aspects, of law should be integrated, and, more particularly, that conflicts which inevitably arise between the moral and political purposes of law can and should be resolved in the context of legal history. Thus law, they might have said, is the balancing of morality and politics in the light of history; it is the balancing of justice and order in the light experience".* Harold J. BERMAN. Law and Revolution II, cit., n. 8, p. 269.

9 Harold J. BERMAN. Law and Revolution II, cit., n. 9, p. 272.

3 FATOR HERMENÊUTICO: AS RAZÕES PELAS QUAIS NÃO HÁ NENHUM GANHO PARA A DEMOCRACIA EM SE SUPERAR O JUIZ-BOCA-DA-LEI PELO JUIZ-BOCA-DA-SÚMULA-OU-DE-QUALQUER-OUTRO-PROVIMENTO-VINCULANTE.

Atualmente, não se pode conceber o estudo e a aplicação direito sem a compreensão do paradigma pós-positivista, sob pena de se incorrer em equívocos do mais diversos, inclusive sobre o que seria um precedente ou de como devem ser utilizados os provimentos vinculantes já existentes em nosso sistema – bem como os previstos no NCP.

A criação do termo ‘pós-positivismo’ e a sistematização desse paradigma são oriundos da obra de FRIEDRICH MÜLLER, que constrói uma teoria do direito que não almeja se opor ao positivismo (daí ser pós e não anti positivista), mas complementá-lo, corrigindo os equívocos. Assim, podemos afirmar que o pós-positivismo tem dois grandes objetivos: a) carrear as conquistas e as inovações filosóficas advindas do giro-linguístico para o direito e b) sistematizar a teoria da norma atrelando a ao fenômeno decisório com o intuito de se superar a concepção de que decisão judicial seria mero ato de vontade ou uma operação mecânica de cariz silogístico.

De forma resumida, a obra de FRIEDRICH MÜLLER¹⁰ é fundamental para expor que a superação do positivismo (que nunca deve ser um fim em si mesmo) precisa passar ao menos pelos seguintes enfrentamentos: (i) a norma não pode mais ser reduzida ao seu texto; (ii) o ordenamento jurídico positivo sem lacunas é uma verdadeira ficção puramente artificial; (iii) a solução dos casos jurídicos não pode mais pretender ser realizada pelo silogismo, porquanto a decisão de cada caso deve ser estruturada e construída a partir dos dados linguísticos (programa da norma) e extralinguísticos (âmbito da norma), a fim de se alcançar a norma decisória do caso concreto (não há norma em abstrato – sem problema a se solucionar não há norma); (iv) em suma, o pensamento pós-positivista não pode mais partir de uma cisão ficcional entre o jurídico e a realidade, ou seja, o pós-positivismo supera e transcende a clássica distinção entre questão de fato e de direito.

Estando compreendidas as bases do pós-positivismo, torna-se, no mínimo, ficção - ou até mesmo ingenuidade -, imaginar que o recrudescimento de decisões com efeito vinculante, ou mecanismos que almejam a solução, por meio do efeito cascata, seriam a solução adequada para racionalizar a atividade do Judiciário.

Hodiernamente, apostar em decisões dos Tribunais com efeito vinculante consiste em realizar a mesma forma de aposta ingênua que foi feita na Revolução Francesa. Contudo, no passado, acreditava-se que a lei conteria a infinidade de solução dos casos. Atualmente, essa mística tem sido depositada nas decisões dos

10 Friedrich MÜLLER. Postpositivismo, Cantabria: Ediciones TGD, 2008, n. 3, p. 188-189.

tribunais superiores, a aposta é de que o STJ e o STF poderia criar superdecisões que, por si só, trariam a solução pronta (norma) para deslindar uma multiplicidade de casos.

O que outrora era creditado à lei, agora a crença deposita nas decisões dos Tribunais Superiores. O antigo juiz boca-fria-da-lei é substituído por um juiz-boca-fria-da-súmula ou ainda juiz-boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores. Qualquer um desses juízes incorre em equívocos hermenêutico e partilha a concepção de que é possível decidir os casos previamente em abstrato.

Nesse contexto, fica evidente a importância de se compreender o conceito pós-positivista de norma, para que se possa dar à lei e às decisões dos Tribunais Superiores o real poder que elas conseguem ter e nada além. Imaginar uma lei, um precedente ou uma decisão vinculante contendo a norma pronta em si para resolver diversos casos consiste em crença intolerável pelo pós-positivismo.

A norma não existe por si só porque precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica. Não há norma em abstrato, ou seja, ela nunca é ante casum. Vale dizer, ela somente pode ser compreendida quanto contraposta¹¹ em relação ao caso que ela pretende resolver a partir da perspectiva do intérprete¹².

4 FATOR DEMOCRÁTICO: AS RAZÕES PELAS QUAIS O GENUÍNO PRECEDENTE NÃO NASCE NUNCA COM ESSE STATUS. É A SUA ACEITAÇÃO E APLICAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS INFERIORES DO JUDICIÁRIO QUE O TRANSFORMAM EM PRECEDENTE.

Em função da compreensão hermenêutica do tema, o precedente deve ser vislumbrado em dois níveis de análise: em um primeiro momento, o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá dele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares¹³.

O mecanismo de decisão por precedentes é naturalmente e funcionalmente de caráter hermenêutico em razão de dois aspectos principais. O primeiro é porque a decisão por precedentes não se articula com textos pré-definidos, vale salientar: o precedente, e mais especificamente a *ratio decidendi*, não pode ser capturado e limitado por um texto, súmula etc, sob risco de deixar de ser *ratio decidendi*. O segundo aspecto é a necessária individualização do caso: a , a ser

11 Para uma análise da questão da oposicionalidade, ver: Günter FIGAL. Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia, Petrópolis: Vozes, 2007.

12 Luis-Quintín Villacorta MANCERO. Estudo preliminar da obra, Postpositivismo, cit., n. 1, p. 11 e p. 13.

13 Confira-se a obra em conjunta com Lenio STRECK. O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes, cit., p. 42 et seq.

decidida por um precedente, não abarca previamente uma questão fática, o que torna necessária a demonstração da singularidade de cada caso, para que se evidencie a possibilidade ou não de submetê-lo à solução por precedentes.

Portanto, não há aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Do contrário, não será decisão por precedente. Em outros termos, não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros, pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa, e, após ser localizada, passa-se a verificar se na circunstância do caso concreto que ela virá solucionar é possível utilizá-la sem que ocorram graves distorções, por que se elas ficarem caracterizadas, ela, isto é, o precedente, deverá ser afastada.

Em termos simples, o precedente genuíno no common law nunca nasce desde-sempre precedente.

Se ele tiver coerência, integridade e racionalidade suficientes para torna-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, ele se tornar padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário é que ele poderá com o tempo vir a se tornar precedente.

Ou seja, no common law, o que confere essa dimensão de precedente à decisão do Tribunal Superior é sua aceitação pelas partes e pelas instâncias inferiores do Judiciário. Daí ele ser dotado de uma aura democrática que o precedente à brasileira, não possui, uma vez que, os provimentos vinculantes do NCPC já nascem dotados de efeito vinculante - independentemente da qualidade e da consistência da conclusão de suas decisões.

Por consequência, no common law, os Tribunais Superiores, quando decidem um leading case, não podem impor seu julgado determinando que ele se torne um precedente. Paradigmático nesse sentido é o caso *Marbury vs Madison*. Isso porque o Justice Marshall quando o decidiu, não podia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para a realização do controle difuso de constitucionalidade. Aliás, Justice Marshall não poderia nem ao menos prever que o caso *Marbury vs Madison* adquiriria a importância que teve, até mesmo porque por quase três décadas após seu julgamento o precedente oriundo do caso *Marbury vs Madison* manteve-se em estado dormente. No que diz respeito à jurisprudência dotada de efeito vinculante, seu âmbito de vinculação é determinado após o julgamento do caso piloto (paradigma), e opera-se o efeito cascata, para posterior resolução de todos os casos que estavam sobrestados até o julgamento do paradigma.

Vale dizer, por força legislativa (art. 927 do NCPC), no Brasil, diversas decisões judiciais já nascem vinculantes independentemente da sua própria qualidade. Ou seja, ainda que não coerente ou íntegras do ponto de vista da cadeia decisional, elas nascerão vinculantes. Essa constatação é fundamental para compreendermos a importância do fator hermenêutico para tratarmos da aplicação do NCPC, com o escopo de impedirmos qualquer tentativa de aplicação mecânica,

ou meramente subsuntiva, de qualquer provimento vinculante.

Os provimentos postos no art. 927 do NCPC ao serem aplicados pelas demais instâncias nos casos subsequentes não dispensam atividade interpretativa por parte do julgador, bem como o contraditório para assegurar a manifestação dos litigantes acerca da forma correta para sua aplicação no caso concreto.

Portanto, a leitura correta (constitucionalmente adequada) é no sentido de que, quando o NCPC afirma a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem súmula vinculante e acórdão vinculantes, não há nesse ponto uma proibição de interpretar. O que fica explícito é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial**. SP: RT, 2014.

BERMAN, Harold J. **Law and Revolution II: the impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition**. London: Harvard University Press, 2003, n. 8, p. 265-269.

FIGAL, Günter. **Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia**. Petrópolis: Vozes, 2007.

HALE, Matthew. **The history of the common law of England**. 2. ed. Londres: John Walthoe, 1716. Prefácio.

MANCEBO, Luis-Quintín Villacorta. **Estudo preliminar da obra, Postpositivismo**.

MÜLLER, Friedrich. **Postpositivismo**. Cantabria: Ediciones TGD, 2008, n. 3, p. 188-189.

STRECK, Lenio. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes**.

Data de Submissão: 01/05/2016

Data de Aprovação: 20/05/2016