

## Por que os ‘precedentes’ não são obedecidos?

### 1. Por que insisti em incluir no CPC-2015 o artigo 926 (exigência de coerência, integridade e estabilidade)

O CPC de 2015 instaurou o debate sobre “um sistema de precedentes vinculantes”. É desejável que o sistema seja previsível. **Por isso fiz força para incluir o artigo 926 no CPC.** Era e é necessário um sistema com previsibilidade e segurança. Mas, não QUALQUER segurança.

Explico: aprovado o CPC, começou a batalha dos precedentistas brasileiros para emplacar (e emplacaram, mesmo) a tese de que o direito, as leis, os textos, são INDETERMINADOS. Trata-se do realismo jurídico [1], pelo qual o direito posto pelo legislador é desprovido de sentido, cabendo aos “Cortes de Vértice” (leia-se, tribunais superiores) estabelecer o sentido final. O ponto é esse. É o que se chama, cientificamente, de ceticismo.

### 2. O que diz a tese precedentista

Segundo a tese, nesse campo de indeterminação (equivocidade) [2] (sic) se torna necessário o estabelecimento de uma espécie de “interprete fundamental-final”, que ponha ordem no estado de natureza textual. Assim, dada a (dita) indeterminação do direito, o “significado último” deve ser estabelecido por uma autoridade igualmente última, as ditas “Cortes de Vértice” [3] e seus precedentes vinculantes, os quais se manifestam por meio de súmulas, teses e temas repetitivos que os enunciam. Ou seja, os precedentistas criam o espantalho chamado “direito indeterminado” para, em seguida, aplicarem o remédio jus realista.

Conforme a tese, uma vez posto o precedente (por um ato de vontade, como se legislador fosse), **o seu sentido se torna indisputável**, devendo ser, por silogismo, aplicado pelos juízes. Vejam o que dizem Daniel Mitidiero, Luiz G. Marinoni e Sérgio Arenhard:

*“os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ao direito ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas”.*

E mais:

*“No momento em que os juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do significado do texto legal, mas, depois da decisão interpretativa elaborada para atribuir sentido ao direito, são obrigados perante o precedente” [4] (grifos meus).*

### 3. Os juízes devem seguir precedentes? Claro que sim. Mas seguir precedentes e não são â??pãscendentes?• (regras gerais e abstratas)

Que os juízes devem seguir precedentes, concordamos (de novo registro â??minha emenda ao CPCâ?? que introduziu o artigo 926). Os prã³rios tribunais devem seguir (seus) precedentes. O problema ã© os Tribunais de Vã©rtice estabelecerem, estipulativamente, **direito como regras gerais e abstratas**. Essa tarefa ã© do legislador.

Isto ã©, se o direito ã© indeterminado, seu sentido pode ser qualquer um. Sendo mais claro: no ceticismo precedentalista, o legislador tem papel secundã¡rio, ãnfimo, porque a tarefa final de DETERMINAR o direito ã© das cortes superiores.

Claro que isso ã© um projeto de poder e que agrada os tribunais. Se hã¡ o poder de estabelecer o direito por *autorictas* (ato de vontade), o Poder Judiciã¡rio se transforma em legislador. Estã¡ aã a razã£o pela qual â??se perdem no meio do caminhoâ?? os casos concretos que deveriam ensejar o precedente. Por isso, por exemplo, ã© possãvel â??regulamentarã?? honorã¡rios advocatãcios independentemente do que diz o CPC; do mesmo modo, atã© mesmo ã© possãvel descriminalizar a maconha, sem a presenã§a do caso concreto. Ou â??regulamentarã?? o aborto. Ou dizer que embora o artigo 1.022 diga que cabem embargos de qualquer decisã£o, esse recurso nã£o ã© cabãvel de decisã£o que desacolhe REsp ou RE na origem. E a lista ã© longa.

Portanto, para os precedentistas, o precedente ã© algo que jã¡ nasce precedente, para vincular â?? quando, ao contrã¡rio, o precedente original do *common law* (somente) **se torna um precedente** a partir da atividade reconstrutivo-interpretativa da *ratio* por parte dos tribunais subsequentes [5]. Aqui no Brasil, no afã£ de construir regras gerais, chegou-se a criar a figura do â??precedente persuasivoâ?. Ora, esse conceito sofre de uma contradiã§ã£o performativa: **se ã© persuasivo, nã£o ã© vinculante**. Para que serviria um precedente persuasivo? Permito-me dizer: o persuasivo nã£o pode ser chamado de precedente. Pode ser qualquer coisa, menos precedente.

### 4. Por que ã© equivocado dizer que o direito ã© indeterminado

Dizer que o direito ã© indeterminado ã© admitir que o melhor modo de tratar do direito ã© fazer clã¡usulas gerais e deixar que o Judiciã¡rio dã a o sentido. Nã£o hã¡ **evidãncias cientãficas** de que um ordenamento jurãdico como o brasileiro seja indeterminado. Dizer que o direito ã© indeterminado ã© admitir um nã£o cognitivismo moral tãpico do ceticismo de regras â?? jã¡ denunciado por Hart e por todos os crãticos do realismo jurãdico.

Spacca

O que se observa, portanto, é que as mudanças do precedentalismo brasileiro acabam rompendo os diques estabelecidos pelo paradigma do Estado Democrático de Direito e das contemporâneas concepções acerca da teoria do direito que rejeitam o realismo jurídico e seu ceticismo. Por isso:

(I) a resposta para a (dita) indeterminação (fruto do ceticismo jurídico) não pode ser encontrada **na fixação de uma autoridade com vontade suprema para fixação de sentidos**, na exata medida em que, ainda que se pretenda algum tipo de cisão funcional fictícia entre tribunais,

(II) se o direito indeterminado como dizem, então precedentes, súmulas e teses **estão também impregnados pelo vício da indeterminação**, como está qualquer outro material que compõem o arcabouço normativo da ordem jurídica. Nesse sentido, é preciosa a lição de José Luis Martí [6].

Portanto, contrariamente a isso tudo, precedentes permanecerão submetidos às contingências da facticidade do mundo — i.e., das nuances de cada situação concreta enfrentada —, assim como a condição dos tribunais distantes do vértice da pirâmide enquanto intérpretes do mundo e de si próprios. Por essa razão, seja por meio da vontade ou da restrição dessa, a depender da posição hierárquica do agente que decidir, o problema não será resolvido.

Ao entregar o “poder absoluto” de fixação de interpretações derradeiras às cortes superiores, a concepção que o precedentalismo acolhe sobre “o que é o direito” passa a ser a de **que o direito é o que os tribunais dizem que ele é**.

Mais do que isso: ao ignorar-se que a interpretação não é um ato de conhecimento e nem de vontade, a concepção resulta **ainda mais distorcida**, pois o direito passa a ser “aquilo que os tribunais dizem que as “Cortes de vértice” disseram que é”.



**Lenio Luiz Streck**  
jurista e professor

## 5. O paradoxo do ceticismo-precedentalista: até os precedentes são indeterminados

Neste plano reside outro problema ao qual nem os precedentalistas e nem os pr<sup>3</sup>prios tribunais se mostram capazes de solucionar, uma vez que sua perspectiva ceticista os faz cair em um paradoxo diante desta sustentada indeterminação (equivocidade) de sentido do direito. De fato, quase uma década se passou desde a entrada em vigor do atual código de processo civil e apesar da existência deste suposto sistema de precedentes, uma das principais reclamações dos tribunais superiores da **resistência por parte dos tribunais regionais e dos juízes em aderir aos precedentes** que emanam dessas cortes.

Por que será; que isso acontece?

A resposta não é simples. Explico. Partindo dessa mesma perspectiva ceticista, por mais que os tribunais superiores queiram fixar sentidos interpretativos *a priori* e demandem sua obediência pelos demais tribunais de federação, as súmulas e principalmente teses de repercussão geral, temas repetitivos etc. **também são textos jurídicos** [7] e, portanto, sob esta perspectiva, (segundo a tese realista-ceticista) **são também indeterminados**, carecendo de sentido até que sejam devidamente aplicados pelo intérprete que entendo lhe atribuir sentido por ato de vontade. **Forma-se assim um moto contínuo**. Interminável. Eis o calcanhar de Aquiles da tese. Eis as razões pelas quais não se obedecem aos precedentes no Brasil.

Eis o resumo das razões pelas quais não se obedecem aos precedentes:

Os precedentalistas dizem que o Direito é indeterminado e que deveria ser determinado pelos tribunais superiores;

Essa determinação se dá via precedentes (teses, súmulas, etc.);

Porém, esses precedentes são vistos pelos demais tribunais e juízes também como um direito indeterminado;

Sendo assim, cada um determina esse direito discricionariamente e por livre convencimento;

Resultado: milhares de recursos buscando uma nova determinação... E não termina nunca.

## 6. Um problema de institucionalidade: os tribunais têm a função de estocar normas para o futuro? Isso não seria tarefa do legislativo?

Outro erro fundamental daquilo que venho denominando de precedentes brasileira se materializa no desejo exa(ge)rado dos tribunais superiores em produzir um estoque de normas jurídicas para o futuro sob a forma de precedentes (teses, temas etc.). Trata-se de uma contradição hermenéutica: **não há respostas antes que as perguntas sejam formuladas**. Não é papel dos

tribunais resolver, abstratamente, causas jurÁdicas de maneira prospectiva. Precedentes sÃ£o decisÃµes pretÃ©ritas de casos concretos, cujas *rationes* sÃ£o identificadas como norma pelos demais tribunais e sempre aplicadas contingencialmente.

Vinculante, num paÃs de *civil law*, Ã© a lei Ã qual o precedente se refere. **Uma tese geral e abstrata para o futuro nÃ£o Ã© um precedente.** Ã uma lei. Uma regra geral. Isso seria atÃ© uma contradiÃ§Ã£o semÃ¢ntica. Vale ressaltar que em uma democracia constitucional o Poder JudiciÃ¡rio cuida do passado; pensar no futuro Ã© tarefa do legislador. Conforme muito bem analisa JosÃ© Luis Marti, **o realismo jurÁdico Ã© uma ameaÃ§a ao liberalismo e Ã democracia, ao permitir uma convergÃªncia dos poderes nas mÃ£os do JudiciÃ¡rio enquanto Ãnico intÃ©rprete legÃtimo do direito** [8].

EntÃ£o, resta a questÃ£o: *onde estÃ¡ a resposta para o problema da dita indeterminaÃ§Ã£o?* A essa, respondo, como jÃ¡ disse em vÃ¡rias oportunidades (p.ex., em Verdade e Consenso):

(i) primeiro, Ã© equivocado dizer que o direito Ã© indeterminado e que estÃ¡ repleto de equivocidades (sic);

(ii) segundo, a soluÃ§Ã£o nÃ£o estÃ¡ em entregar mais poder para quem jÃ¡ o possui, mas em travarmos um debate sÃ©rio sobre responsabilidade polÃtica de quem decide;

(iii) terceiro, muitas das respostas podem ser encontradas a partir dessas crÃticas, isto porque (a) o direito nÃ£o se resume a convenÃ§Ã£o, (b) tampouco Ã© um nada• composto por respostas ad hoc Ã s contingÃªncias do mundo, mas (c) um empreendimento comunitÃ¡rio Ãntegro e coerente, que convoca seus partÃcipes Ã renovaÃ§Ã£o constante da legitimidade polÃtica das decisÃµes do passado.

Dessa resposta derivam inÃºmeros outros desafios, envolvendo o combate Ã outras chagas que agravam ainda mais a nossa crise do direito, a exemplo das seguintes problemÃticas:

(I) do ensino jurÁdico, que forma agentes totalmente despreparados para o endereÃ§amento dessa crise no cotidiano forense, do

(II) do ativismo judicial, que oculta os limites entre o direito e seus predadores, sendo esse justamente um subproduto da ideia de que a interpretaÃ§Ã£o Ã© um ato de vontade, logo, juÃzes podem adentrar Ã esfera da polÃtica, ou, ainda,

(III) da errÃnea caracterizaÃ§Ã£o do fenÃmeno dos princÃpios (Ã© equivocado dizer que princÃpios sÃ£o valores•), o que faz com que surgesse o fenÃmeno do pamprincipiologismo;

(IV) da dogmÃtica jurÁdica criterialista, como venho denunciando de hÃ¡ muito, na medida em que se substitui ao prÃprio direito.

## 7. Como se lida com precedentes? O *overruling* como direito fundamental! **Se e você não trabalhar na faculdade o *overruling* e temas que eram específicos do Direito da *common law*, o profissional está incompleto?**

Por fim, não estou dizendo que devemos adotar o *common law*. Por fim, se falamos em precedentes, temos de entender que estes têm uma dinâmica de funcionamento. Observe-se que o ministro Luiz Salomão, corretamente diz, por exemplo, que **se você não trabalhar na faculdade o *overruling* e temas que eram específicos do Direito da *common law*, o profissional está incompleto?** E em uma publicação sob os auspícios da Enfam, STJ e CNJ, há um artigo que alça a correta e alvissareiramente o ***distinguishing* ao patamar de direito fundamental [9]**.

Portanto, tudo indica que, no imaginário jurídico, o que pegou foi a relação precedentes brasileiros e *common law*. No dia 11/6/2024, noticiou-se nos sites jurídicos: **PRECEDENTES NO STF E NAS DUAS TURMAS DO STJ: aplicado tráfico privilegiado, autos devem ser remetidos ao MP...** Veja-se como usam o termo precedentes. Na verdade, está correto. Qualquer decisão de tribunal pode ser precedente ([ler aqui detalhes sobre isso](#)). Onde fica sem sentido a distinção persuasivos-qualificados. Bom sabemos como isso funciona. É precedente, mas pode não ser. Não esqueçamos que o STJ diz que precedentes persuasivos não dão azo ao uso do 489 do CPC ([Pablo Malheiros escreve sobre isso](#)). Há atômico enunciado do Enfam sobre o tema.

Sigo, para dizer que, ademais, mesmo no *civil law*, quando se aplica um precedente, sempre **se tem como base essa funcionalidade**. Caso contrário, o precedente não é um precedente, é apenas uma tese ou um conceito geral e abstrato que funciona no modo como funcionavam os assentos portugueses declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional de L. E isso tem de ser estudado. E levado em conta. Fazemos uma epistemologia sobre isso.

Dizendo de outro modo: como fazer *distinguishing* de tese geral e abstrata construída *pro futuro*? Esse é o ponto. Como professor, tenho a obrigação republicana de alertar (mais uma vez) as autoridades sobre esses equívocos de ordem epistemológica. Tenho reclamado e ouvido muitas queixas da falta de diálogo e de debate sobre o tema. De que maneira se identifica uma *ratio decidendi*? O que vincula em uma decisão? Juraci Mourão, Pablo Malheiros, Gilberto Morbach, Igor Raatz, Rafael Tomas de Oliveira, Marcelo Cattoni, Georges Abboud e outros autores que cito no meu livro [Precedentes Judiciais e Hermenêutica](#) chamamos a atenção sobre isso de há muito e não somos ouvidos. Não há um debate teórico sobre a força normativa de um precedente corretamente compreendido. Há apenas dois grupos que andam paralelamente: de um lado, os precedentistas e os tribunais superiores e do outro lado, os críticos. **Por qual razão esse debate não se estabelece?**

Mais: atômico no *common law* já se trabalha há bons textos sobre isso com a ideia de que, pela supremacia do Parlamento, **entre um precedente errado e a interpretação correta da lei, fica-se com a lei**. No país do *stare decisis*. De *common law*. Estou escrevendo sobre isso (pois, ainda não desisti).

Aqui, no *civil law*, em vez de entendermos que o que é vincula é o precedente enquanto tese geral, **mas, sim, a lei a que o precedente se refere**, preferimos apostar na antiga *autorictas*.

O que se tem em tudo isso é que **transformamos, mesmo, a teoria do direito em teoria política do poder**. Desculpem-me, mas isso tem de ser dito. Não podemos deixar de dizer. E não se trata de uma questão de opinião. É algo facilmente demonstrável a partir de tudo o que a tradição sobre precedentes nos tem legado.

Negar essa tradição, que é autêntica, dá-nos nisto que está aí. Nem a coisa julgada se sustenta. Nem a mais clara lei se impõe. Por quê? Bem, os precedentalistas têm a resposta: **o direito é indeterminado e os textos jurídicos estão prenhes de equívocos**.

O Brasil é, mesmo, um país sem precedentes.

Por fim, trago pequeno exemplo de *ratio decidendi* e o que vincula em um precedente. Bem singelo. Mas vale registrar:

Na Londres do século 18 uma prostituta encomendou um vagonete de um artesão e não pagou pelo serviço;

O artesão ingressou na justiça cobrando os valores que não haviam sido pagos;

O caso chegou a *House of Lords*, que rejeitou a ação sob o fundamento de que o artesão tinha consciência de que o pagamento seria realizado com recursos de origem ilícita, portanto não era exigível;

No século 20 uma empresa fornecedora de ação ingressou com uma demanda de cobrança em face de uma empresa que estava envolvida em contrabando de armas;

A *House of Lords* se valeu do precedente do caso da prostituta e do vagonete para solucionar o caso, aplicando a mesma *holding*: a empresa não podia se valer do Estado para cobrar valores que sabia serem de origem ilícita.

Esse exemplo mostra o *common law*. Vamos falar de precedentes? Ou vamos nos dar conta de que estamos no *civil law* e, então, **dar-nos conta de que é a lei que vincula e o precedente apenas, como em outros países de *civil law*, a interpretação de um caso que será aplicada posteriormente**, de forma coerente e íntegra, a casos similares? De todo modo: em ambos os modelos, precedente jamais é feito para o futuro.

## 8. Demi(s)tificando a indeterminação e a pretensão de construir regras gerais por meio de Cortes de Vértice: as razões pelas quais os precedentes abrigados são novas tentativas de "modernização autoritária" e por que o direito não deve ser, na democracia, o que os tribunais dizem que é

Sumarizando, o debate aqui envolve aspectos de teoria da interpretação, direito comparado, ciência política e didática jurídica, sendo necessário concluir duramente sobre cada um deles:

a) Há um grave problema interpretativo em se dizer (a essa altura da teoria do direito) que a linguagem jurídica é indeterminada e que, portanto, cabe aos tribunais ditarem o sentido das normas, de cima para baixo.

b) É completamente parcial, distorcida e enviesada a importação da ideia de que um tribunal pode fixar um precedente, sem observar toda a dinâmica jurídica que acompanha esse instituto, como as técnicas de distinguishing, overruling e overriding.

c) Os equívocos interpretativos e a importação distorcida desse instituto não ocorrem de modo ingenuo, mas politicamente instrumental e que diz muito sobre nosso histórico social de desigualdades e autoritarismo. Em países de *common law*, precedentes se formam em meio ao diálogo entre os sujeitos processuais, sendo fruto de um empreendimento coletivo. Mas o Brasil não quer isso. Falamos de um país marcado por tentativas de "modernização autoritária", impostas de cima para baixo por algum demiurgo que molda a sociedade. Sempre temos uma elite que se acha a classe esclarecida, que estaria subrepresentada e mereceria mais poder sobre o povo ignorante, para atuarem como a vanguarda que fará uma faxina moral no país, como denunciam tantos cientistas políticos. Leiaamos a tradição do pensamento político e social desse país, que está repleta disso. De há muito demonstro a importação equivocada de teorias e posturas.

d) É lamentável ver como o ensino jurídico em nosso país tem sido fragilizado, nas aulas e nos manuais publicados. Acostumamo-nos tanto a reproduzir acriticamente decisões dos tribunais que agora atingimos o máximo do servilismo, pedindo que seja oficializada a prática de que os Tribunais ditam o sentido das normas de cima para baixo. Afinal, o direito é indeterminado, dizem.

Por fim, deixo uma advertência aos que estudam o processo civil e penal (que vale para os demais ramos): durante muito tempo, não fizemos doutrina no Brasil (e isso não é minha opinião, é histórica), **perpetuando culturalmente o projeto de colonização portuguesa para nós**. Como adverte José Reinaldo Lima Lopes, nossos primeiros manuais surgiram com os acanhados títulos de "primeiras linhas", "esboços" e "anotações sobre o direito português". Levamos tempo para tomarmos coragem e surgir entre nós um Pontes de Miranda ou um Ovádio Batista. Eles ficariam desolados ao perceber o estado de recolonização gnosiológica ao qual muitos de nossos processualistas se permitiram, agora em relação ao que chamam de Cortes de Vértice. Afinal, se o direito é o que os tribunais dizem que é, para que serve a doutrina? Quando respondermos a isso, estaremos iniciando a discussão.

Minha tese: não abramos mão de nosso direito de pensar.

Desculpem pelo "texto". Mas era necessário.

---

[1] Aqui não me refiro ao realismo escandinavo, de caráter mais epistemológico. Importa aqui são as diversas matizes do realismo norte-americano (e do genovês), que têm em comum o ceticismo em relação às leis e às práticas decisórias dos tribunais.

[2] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 100-105.

[3] Idem.

[4] MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105.

[5] Nunca é demais ver como funcionam os precedentes no *civil law*. Nem de longe há similaridade com o Brasil. Por exemplo, Portugal e Alemanha (ver [aqui](#))

[6] MARTI, José Luis. **El realismo jurídico**: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?. *Isonomía*, México, n. 17, p. 259- 282, out. 2002

[7] Embora eu ainda tenha dúvida sobre o real objeto da crítica quando fala da relação "texto-norma" (ao não enfrentar essa questão presente em Müller, Gadamer e Streck), Thomás Sabbag Neto, no livro **Juizes criam normas?** (RT, 2024), pergunta: *A lei é indeterminada, mas os precedentes não?* E faz contundente e correta crítica ao ceticismo.

[8] MARTI, op.cit.

[9] Cf. Acácia Regina Soares de Sá. A Racionalização na Aplicação da Técnica de Distinção de Precedentes pelo STJ como Direito Fundamental à Segurança Jurídica: uma análise empírica. In: SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO Demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência. Publicação da ENFAM.

**Autores:** Lenio Luiz Streck