

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Juliane Löff

PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:  
OBSERVAÇÕES À LUZ DA TEORIA DAS CAIXAS-PRETAS DE BRUNO  
LATOUR

Porto Alegre  
2016

Juliane Löff

PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:  
OBSERVAÇÕES À LUZ DA TEORIA DAS CAIXAS-PRETAS DE BRUNO  
LATOUR

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como pré-requisito para  
obtenção do título de Especialista em  
Direito Processual Civil da Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Scarparo

Porto Alegre  
2016

Dedico este trabalho à minha chefe, exemplo  
de magistrada avessa às caixas-pretas.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha esposa Juliana e à nossa filha Giulia, que foram pacientes e grandes incentivadoras durante esse ano de estudo. Foram muitas as provas por que passamos nesse período, entre elas duas mudanças de residência e alterações no cenário político do Estado do Rio Grande do Sul e do Brasil que tiveram forte impacto em nosso cotidiano.

Também demonstro minha gratidão à Professora Doutora Tania Mara Galli Fonseca, do Programa de Pós-graduação em Psicologia Social e Institucional desta Universidade Federal, em cujas aulas tive o primeiro contato com a obra de Bruno Latour, depois rememorada durante o curso pelas lições ministradas pela Professora Dra. Susan Haack, da Universidade de Miami.

Muita gratidão ao Professor Doutor Eduardo Scarparo, meu orientador e mestre neste percurso, e a todos os professores do Curso de Especialização em Processo Civil do ano de 2015.

Aos colegas do Tribunal de Justiça, pela paciência e apoio. Nada como conviver com pessoas que sabem trabalhar em equipe!

o p o e t a c o n c r e t o  
v ê a p a l a v r a e m s i m e s  
m a c a m p o m a g n é t i c o d e p o s s i b i  
l i d a d e s c o m o u m o b j e t o d i n â m i  
c o u m a c é l u l a v i v a u m o r g a n i s m  
o c o m p l e t o c o m p r o p r i e d a d e s p s i c  
o f i s i c o q u í m i c a t a c t o a n t e n a s  
c i r c u l a ç ã o r  
c a v i v a a ç ã o :

engosto de campos

## RESUMO

O presente trabalho visa a promover uma aproximação da disciplina dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015 com a obra de Bruno Latour, especialmente sua referência às “caixas-pretas” do discurso técnico-científico e jurídico. Também analisa pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça sobre a força normativa do direito jurisprudencial na forma como era aplicado anteriormente à mudança de nosso ordenamento processual civil. Em seguida, comenta a vinculação do contraditório chamado forte à aplicação dos precedentes nas decisões judiciais tendo em vista disposições do Código e, por fim, verifica a importância de que, no tempo devido, seja estabelecida teoria dos precedentes que dê conta da segurança jurídica que deles é possível colher em nosso país.

**Palavras-chave:** Processo Civil, precedentes, Bruno Latour, caixas-pretas, Código de Processo Civil de 2015.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Incorporação da caixa-preta à literatura posterior	13
Figura 2 – Quarta máxima de Jano	16
Figura 3 – Caixas-pretas amarradas em árvore	20

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 CAIXAS-PRETAS? .....</b>	<b>10</b>
<b>3 A PESQUISA .....</b>	<b>17</b>
<b>4 POSSIBILIDADE DE ABERTURA DAS CAIXAS-PRETAS .....</b>	<b>22</b>
<b>5 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: DAR A VOLTA TODA .....</b>	<b>28</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>31</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>32</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça, na concepção de Cappelletti, é “o mais básico dos direitos humanos”, ou seja, “o requisito fundamental [...] de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.<sup>1</sup> O autor insere o acesso à justiça em um sistema jurídico, isto é, em um conjunto de elementos que formam um todo organizado.

Nesse sistema está o regramento dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015.

Sempre houve, é verdade, vozes contrárias à adoção dos precedentes no Direito brasileiro, a exemplo de conhecido artigo de José Maria Rosa Tesheiner<sup>2</sup>, que defendia a manutenção dos precedentes persuasivos, jamais vinculativos. Bem antes, o professor Ovídio A. Baptista da Silva, ao apontar os recursos como demonstração da desconfiança no trabalho do julgador de primeiro grau<sup>3</sup>, fez importante alerta:

Enquanto os valores, além de relativos, admitem infinitas gradações, de modo que se pode conceber uma sentença menos ou mais justa que outra – ambas, no entanto, legítimas e ditadas conforme a lei –, o raciocínio matemático será sempre unívoco. Não pode haver uma equação algébrica menos ou mais certa do que outra. Ou ela é correta, ou estará definitivamente errada. Esta foi a pretensão do racionalismo, defendida por Hobbes, Leibniz, Spinoza e os outros filósofos racionalistas, a começar com Descartes, na esperança de que se pudesse transformar o Direito numa ciência rigorosamente exata. Nosso sistema recursal é caudatário dessa espécie de epistemologia. Enquanto não a superarmos, resgatando a dimensão retórica do direito processual, como ciência do diálogo, “ciência de convencer”, a operar com verdades contingentes, não necessárias, em que predomina a verossimilhança – não o lógico, mas o analógico –, tudo o que se fizer em matéria de recursos, antes de contribuir para a solução da crise, poderá agravá-la.<sup>4</sup>

Das palavras de Ovídio A. Baptista da Silva, formula-se uma pergunta: com o novo sistema de precedentes, corre-se o risco de que a sentença deixe de ser justa ou injusta para se tornar matematicamente certa ou errada? Ou, à

---

<sup>1</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Garth. Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988, p. 12.

<sup>2</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. **Contra os Precedentes Obrigatórios**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 13, nº 1099, 09 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/258-artigos-dez-2013/6371-contra-os-precedentes-obrigatorios>. Acesso em 24/03/2016.

<sup>3</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 239.

<sup>4</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia... cit.*, p. 253.

luz do trabalho de Bruno Latour, seguiremos utilizando as caixas-pretas nos julgamentos?

Em época de sensível mudança legislativa e de necessidade de adoção de nova postura pelos atores envolvidos no processo civil brasileiro, nos interessam as turbulências desse “tempo do direito”.

É François Ost quem insiste:

[...] estudar o direito como instituição não é, então, unicamente interessar-se pelos estados de equilíbrio do sistema; é também levar em consideração as turbulências, as discontinuidades, os estados de transição. O tempo que se faz valer nessa perspectiva é aquele que denominamos “tempo da metamorfose”, ou mudança gradual de um organismo cuja identidade permanece, contudo, inalterada. É o próprio organismo vivo, explica Hariou, manter-se em seu ser, mesmo quando sua substância se renove incessantemente. Do mesmo modo que os sistemas sociais: na condição de serem organizados, poderá atravessar séculos apesar da mudança contínua de seus membros e dos contextos nos quais operam”.<sup>5</sup>

O tempo de metamorfose, no que se refere aos precedentes, é agora. Metamorfose necessária, pois a aplicação de precedentes já era prática diária em sentenças e acórdãos, mas de modo absolutamente diverso daquele previsto pelo Código de Processo Civil de 2015.

É que precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação<sup>6</sup>. Entendimento contrário gera o risco de que continuemos ignorando a *ratio decidendi* e supervalorizando enunciados supostamente genéricos e abstratos. Ou, sob diferente enfoque, de que sigamos utilizando, na prática jurídica, as caixas-pretas.

---

<sup>5</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005, p. 236.

<sup>6</sup> PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 1ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 176. Interessante exemplo de interpretação de precedente é dado por Luiz Guilherme Marinoni: “Deixando-se de lado a questão dos fatos fundamentais e não fundamentais, torna-se indispensável perceber que os fatos do precedente sempre podem ser enquadrados em determinada categoria – mais restrita ou mais ampla -, em conformidade com as razões que serviram de base à decisão. Para se proceder a tal enquadramento, é necessário tomar em conta especialmente a linguagem, os conceitos jurídicos, a cultura e os valores que podem identificar as categorias em que os fatos se inserem. É possível identificar o produtor de suco de laranja como produtor de sucos ou como produtor de bebidas ou ainda de gêneros alimentícios. Alguém pode ser visto como consumidor, como membro de certa religião, como intelectual, como honesto, etc., dependendo da situação pragmática em que está inserido. Acontece que o enquadramento de um fato em determinada categoria, para o efeito de se dar ao primeiro a consequência outorgada à segunda, depende da análise cuidadosa das *razões* contidas na decisão, pois são estas que não só podem justificar o enquadramento do fato do precedente em determinada categoria, como também a inserção do fato do novo caso na categoria de que faz parte o fato do precedente” (in MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. pp. 181-182).

## 2 CAIXAS PRETAS?

Em “Ciência em Ação”, o antropólogo francês Bruno Latour<sup>7</sup> diferencia a literatura técnica das demais de modo bastante crítico. Para desenvolver sua obra, Latour cria um personagem “discordante” do argumento científico, que faz acionar uma série de ferramentas retóricas, como a recorrência a aliados superiores e numerosos, que produzem polifonia e, de certo modo, isolam aquele que discorda. Diz ele que “uma monografia sem referências é como uma criança desacompanhada a caminhar pela noite de uma grande cidade que ela não conhece: isolada, perdida, pode acontecer-lhe qualquer coisa. Ao contrário, ao atacar um texto carregado de notas de rodapé, o discordante terá de enfraquecer cada um dos outros textos, ou pelo menos será possível exigir isso dele, ao passo que, ao atacar um texto isolado despido de referências, o leitor e o autor estão em pé de igualdade: face a face<sup>8</sup>.”

Ele considera, em seguida, que “tudo o que um texto fizer com a literatura anterior será feito a ele pela literatura posterior”, pois uma “afirmação é fato ou ficção não por si mesma, mas apenas em virtude daquilo que outras sentenças fazem com ela depois”. “[...] Metaforicamente falando, as afirmações, (...) são muito parecidas com os genes: não conseguem sobreviver se não conseguirem passar para os organismos subsequentes”.<sup>9</sup>

Procura, então, demonstrar como progride uma controvérsia. Explica:

se quisermos continuar a estudar a disputa, não teremos de ler um artigo só e, possivelmente, os artigos a que ele se refere; também seremos obrigados de ler todos os outros que convertem cada uma das operações realizadas pelo primeiro no estado de fato ou de ficção. A controvérsia estufa. Cada mais artigos se envolvem no entrevero, e cada um deles posiciona todos os outros (fato, ficção, detalhes técnicos), mas nenhum deles é capaz de fixar essas posições sem a ajuda dos outros. Portanto, a cada estágio da discussão são necessários cada vez mais textos, que arrolam cada vez mais textos, assim, a desordem aumenta proporcionalmente.<sup>10</sup>

E, neste ponto seu raciocínio muito nos interessa, prossegue:

[...] há algo pior, no entanto, do que ser criticado por outros artigos: é ser mal citado. Se o contexto das citações é o que descrevi, então esse

<sup>7</sup> Site do autor disponível em: <http://www.bruno-latour.fr/>. Acesso em 11/06/2016.

<sup>8</sup> LATOUR, Bruno. **Ciência em ação, como seguir cientistas e engenheiros mundo afora**. Trad. Ivone C. Benedetti, revisão Jesus de Paula Assis. São Paulo: EDUSP, 2000, pp. 58-59.

<sup>9</sup> LATOUR, Bruno. *Ciência em ação... cit.*, p.67.

<sup>10</sup> LATOUR, Bruno. *Ciência em ação... cit.*, p. 69.

infortúnio pode acontecer com grande frequência! Como cada artigo adapta a literatura anterior às suas próprias necessidades, todas as deformações são legítimas. Determinado artigo pode ser citado por razões completamente diferentes, de um modo que contraria totalmente seus interesses. Ele pode ser citado sem ter sido lido, ou seja, de modo perfunctório; ou em apoio a uma afirmação que se opõe frontalmente àquilo que o seu autor pretendia; ou por detalhes técnicos tão minúsculos que escaparam à atenção de seu autor; ou por intenções atribuídas a outros autores, mas não explicitadas no texto; ou, ainda, por muitas outras razões. Não podemos dizer que essas deformações sejam desleais e cada artigo deva ser lido honestamente como ele é; essas deformações são simplesmente consequência daquilo que chamei de atividade dos artigos sobre a literatura [...].<sup>11</sup>

Aqui já nos deparamos com a imagem da petição ou decisão repleta de citações de jurisprudência, de modo genérico, a fim de respaldar a tese adotada, ainda que pouco ou nada digam com a causa em juízo. Mas sigamos com Latour.

Ele introduz, por fim, a ideia das caixas-pretas:

No tumulto gerado por um número crescente de textos que atuam sobre um número crescente de outros textos, seria errôneo imaginar que tudo seja flutuante. Em certas situações, alguns artigos são citados por artigos posteriores sempre com modalidades positivas, e não só por uma geração de textos, mas por várias. Essa eventualidade – extremamente rara, segundo todos os padrões – ocorre sempre que uma alegação feita num artigo é aceita sem modificações por muitos outros. Isso significa que tudo o que ele tenha feito com a literatura anterior é transformado em fato por quem o incorpora depois. A discussão, pelo menos nesse ponto, está encerrada. Foi criada uma caixa-preta.<sup>12</sup>

A caixa-preta, explica Latour, vem da cibernética: a expressão é usada em cibernética “sempre que uma máquina ou um conjunto de comandos se revela complexo demais. Em seu lugar, é desenhada uma caixinha preta, a respeito da qual não é preciso saber nada, senão o que nela entra e o que dela sai”.<sup>13</sup>

Desenvolve o autor:

Essa situação rara é aquilo que as pessoas costumam ter em mente quando falam em "fato". Espero que esteja claro que esse acontecimento não o toma qualitativamente diferente da ficção, um fato é algo que é retirado do centro das controvérsias e coletivamente estabilizado quando a atividade dos textos posteriores não consiste

---

<sup>11</sup> LATOUR, Bruno. *Ciência em ação...* cit., p. 70.

<sup>12</sup> LATOUR, Bruno. *Ciência em ação...* cit., p. 71.

<sup>13</sup> LATOUR, Bruno. *Ciência em ação...* cit., p. 14.

apenas em crítica ou deformação, mas também em ratificação, A força da afirmação original não reside em si mesma, porém deriva de qualquer dos textos que a incorporam. Em princípio, qualquer dos textos pode rejeitá-la.<sup>14</sup>

A incorporação da caixa-preta pela literatura posterior é demonstrada pela seguinte figura proposta pelo autor<sup>15</sup>:

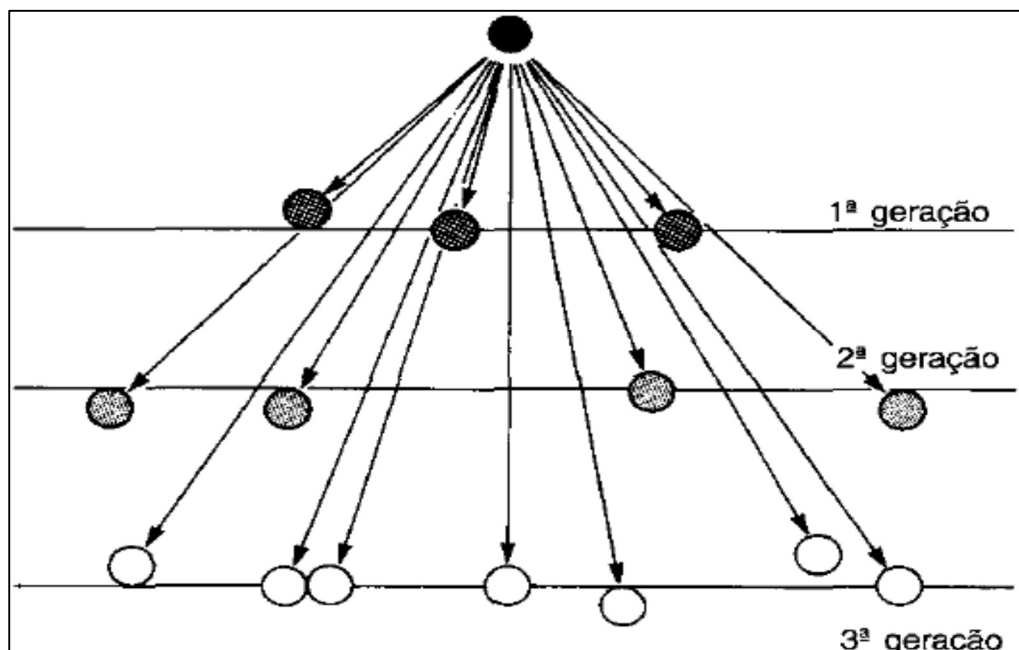


Figura 1

Latour diz que esse “fato” criado pelo discurso científico sofre os efeitos de erosão: “mesmo nos raríssimos casos em que uma afirmação é aceita por muitos textos ulteriores e incorporada como fato, ela não continua a mesma. Quanto mais pessoas acreditam nela e a usam como caixa preta, mais transformações ela sofre”.<sup>16</sup>

Novamente podemos ser remetidos à prática forense, especialmente às situações em que alguma jurisprudência é reiteradamente citada como o argumento de autoridade para fundamentar uma decisão, mas ao nos depararmos como o inteiro teor do acórdão que deu início à cadeia de citações e mutações da sua aplicação, verificamos, talvez surpresos, que em nada se

<sup>14</sup> LATOUR, Bruno. Ciência em ação... cit., p. 72.

<sup>15</sup> LATOUR, Bruno. Ciência em ação... cit., p. 71.

<sup>16</sup> LATOUR, Bruno. Ciência em ação... cit., p. 72.

assemelha a situação lá examinada àquela com relação à qual é tomada por paradigma.

Segue Latour:

[...] a competição entre cientistas - que tratarei nesta seção alternadamente como autores e discordantes -, para transformar mutuamente suas respectivas alegações em opiniões subjetivas, desemboca em laboratórios caros, equipados com um número cada vez maior de caixas-pretas introduzidas o mais depressa possível na discussão.<sup>17</sup>

Nesse ponto, provavelmente outra imagem virá à retina: os Tribunais, a pretexto de uniformizar sua jurisprudência e dar celeridade à prestação jurisdicional, criam e aplicam caixas-pretas. São decisões que aplicam ementas ou súmulas a respeito das quais não é preciso saber muita coisa, senão o que elas proclamam e o que delas “sai”, para usarmos a definição cibernética antes referida.

Pois bem.

A aproximação que fazemos de nossas Cortes não é injusta com o trabalho de Latour, que, em um segundo momento e seguindo a mesma linha de observação, estudou o Conselho de Estado Francês<sup>18</sup> e a produção do direito pelos seus membros.

Lá, encontrou discursos repletos de citações, argumentos de autoridade e referências a julgamentos anteriores com indicação de nome e data que, segundo sua impressão pessoal, pareciam uma sucessão de paradas do metrô de Londres:

The long phrases of administrative law are punctuated by citations of judgments showing the date in italics, the name of the case, as well as the page of the indispensable Lebon volumes in which everyone is able to find the complete text of the judgment to which the commissioner of the law refers. 16 All legal arguments move from the proper noun of the case to the date and from the date to the proper noun, much as an underground train moves from one station to the next; so much so, that the ‘ Benjamin ’ or ‘ Blanco decisions ’, always in italics, seem as familiar to those who use them daily as the ‘ Waterloo ’ or ‘ Covent Garden ’ stations in the Tube.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> LATOUR, Bruno. *Ciência em ação...* cit., p. 137.

<sup>18</sup> Site do Conselho de Estado Francês disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/>. Acesso em: 12/06/2106.

<sup>19</sup> LATOUR, Bruno. **The making of law. An Ethnography of the Conseil d’État**. Malden, MA: Polity Press, 2010, p. 19.

Quantos são os acórdãos que citam uma série de números e nomes de julgadores, mas nada analisam sobre a similitude ou diferença dos casos analisados?

Ele desenvolve, então, uma antropologia do direito nos moldes antes utilizados para analisar a ciência, e afirma:

We should apply to lawyers the hypothesis that the anthropology of science once applied to scientists: that is, we should provisionally leave the specific mental dimension to one side in order to focus on the subject matter of their activity, on the basis that their particular way of being right is not explained by the form of their thinking but by its content. [...], the only difference between law and science arises from the fact that the subject matter on which our counsellors work does not have the obviousness of the subject matter of laboratory work. For those readers who are not jurists, it takes a little bit more effort to point this out. Let's say that, in the anthropology of science, the subject matter is highly visible and texts much less so; in the anthropology of law, it is the other way around: texts are omnipresent, and the subject matter is invisible.<sup>20</sup>

Devemos ficar atentos ao fecho deste parágrafo, que aqui traduzimos livremente: na antropologia da ciência, seu objeto é perfeitamente visível, os textos que a ele correspondem não tanto; na antropologia do direito, é o oposto: os textos são onipresentes e o seu objeto é invisível.

Retomando a comparação entre o discurso científico e o jurídico na obra de Latour, importante a tese de Guilherme Tavares Rodrigues, que assim pontua:

...nesses dois campos do conhecimento, os enunciados que correspondem e se ajustam a um “discurso forte” (kréiton logos) – que na ciência é representado pelo “paradigma” e no direito pela “jurisprudência dominante” –, passam a apresentar uma maior “força” para resistirem aos “ataques” de discursos concorrentes, e, assim, se manterem como “verdadeiros” e “válidos”. Nessa perspectiva, o trabalho jurisdicional parece ser direcionado mais à manutenção e reforço de um “discurso forte” expresso em uma “jurisprudência dominante”, do que propriamente na elaboração de juízos de valor sobre critérios de justiça e razoabilidade. Essa aparente tendência verificada na prática de construção do direito onde os sujeitos procuram principalmente adequar suas atividades a certos “esquemas” e “padrões” previamente definidos, pode ser melhor compreendida através da noção de “habitus” (disposições ou estruturas incorporadas), que em maior ou menor escala, se “reproduzem” e “condicionam” o agir dos sujeitos envolvidos. Esses “habitus” seriam formados pela incorporação por parte desses sujeitos no processo de

---

<sup>20</sup> LATOUR, Bruno. *The making of law...* cit., p. 121.

construção do direito, através de “estruturas objetivas” e “esquemas de ação” que determinam e orientam os sentidos e as respostas adequadas para as situações que se apresentam rotineiramente, da noção daquilo que poderia ser denominado de “direito normal”. Efetivamente, parece que os sujeitos jurídicos são dotados do que Pierre Bourdieu chama de “senso prático”, à medida que “ajustam” suas maneiras de agir no processo de construção” do direito tomando como referência o “hábito” que estabelece “como” se deve agir, ou, em outros termos, de que modo “normalmente” se atua no exercício de determinada posição nesse campo cultural.<sup>21</sup>

A ideia de caixa-preta, na acepção que aqui nos interessa, é aquela expressa pela “Quarta Máxima de Jano”<sup>22</sup> elaborada por Latour no seu “Ciência em Ação”, que pode ser visualizada pela seguinte imagem criada pelo antropólogo francês<sup>23</sup>:

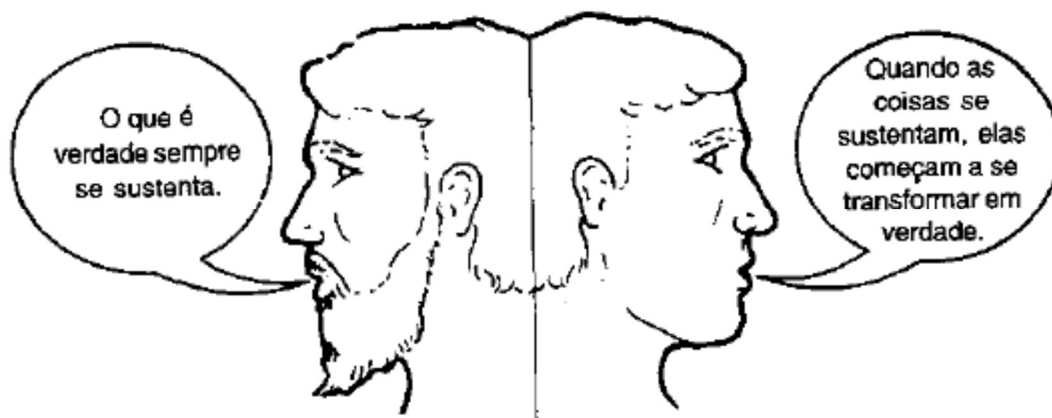


Figura 2

E é justamente a busca desse discurso supostamente forte criador de verdades e o uso das chamadas caixas-pretas, que foi flagrado pela pesquisa feita pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, contratada pelo Conselho Nacional de Justiça anteriormente ao advento do Código de Processo Civil de 2015, denominada “A força normativa do direito judicial - Uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário”, organizada pelo professor Thomas da Rosa de Bustamante.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> RODRIGUES, Guilherme Tavares Marques. **Antropologia e direito: a justiça como possibilidade antropológica**. 2010. 406 f. Tese (doutorado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Filosofia e Ciências de Marília, 2010, p. 328.

<sup>22</sup> Jano é o deus bifronte da mitologia romana, deus das transições, referido por Ovídio em Os Fastos.

<sup>23</sup> LATOUR, Bruno. *Ciência em ação...* cit., p. 28.

<sup>24</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et alli*. **A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em:



É Ravi Peixoto quem, ao discorrer sobre temas relevantes da teoria dos precedentes, divulga a pesquisa empírica coordenada por Thomas da Rosa de Bustamante que, após estudo analítico de decisões do STJ e de oito tribunais nacionais, constata “a falta de responsividade e ausência de plena motivação das decisões, situação que ocorre na formação quanto na aplicação posterior do precedente pelos tribunais de segunda instância, por ser corriqueira a situação de que os julgadores simplesmente ignorem os argumentos deduzidos pelas partes no caso concreto”.<sup>25</sup>

De fato, estamos, até agora, rodeados de caixas-pretas jurisprudenciais.

---

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf>. Acesso em 24/05/2016.

<sup>25</sup> PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 1ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 151.

### 3 A PESQUISA

A referida pesquisa teve por objeto de análise as decisões dos mais diversos órgãos do Poder Judiciário que realizam um “discurso de aplicação” de regras e diretrizes jurisprudenciais ao seguirem precedentes judiciais e súmulas jurisprudenciais (sejam vinculantes ou não), observando a presença, ou ausência, de fidelidade à *ratio decidendi*, dentre outros fatores. E muitos casos, foi flagrado o descumprimento do princípio da vinculação ao debate (*Mootness Principle*), dificultando a individualização do direito e a justiça no caso concreto.<sup>26</sup>

Assim foram delimitadas as fontes e os órgãos jurisdicionais onde foi realizada a coleta de dados:

#### 1.3.1. Delimitação das fontes e dos órgãos jurisdicionais onde foi realizada a coleta de dados

O objeto da pesquisa é composto por grupos de decisões de determinados órgãos do Poder Judiciário que aplicam precedentes judiciais e súmulas jurisprudenciais (sejam estas vinculantes ou não).

Os órgãos do Poder Judiciário onde foram realizadas as coletas de dados são os seguintes:3 Supremo Tribunal Federal (STF); Superior Tribunal de Justiça (STJ); Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1); Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4); Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5); Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG); Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT); Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA); Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJPB); Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS).

Foram considerados e avaliados processos julgados por todos os órgãos jurisdicionais supracitados, onde se coletaram não apenas decisões<sup>4</sup> do próprio órgão em que se deu a coleta de dados, mas também as decisões anteriores que motivaram o ajuizamento de recursos e incidentes processuais que suscitaram o pronunciamento do órgão jurisdicional onde ocorreu a coleta de dados.

Com esse procedimento se pretendeu ter uma ideia não apenas da forma como o próprio Tribunal em que se deu a pesquisa de campo lidou com os institutos do precedente judicial e da súmula jurisprudencial, mas também a atitude dos órgãos jurisdicionais de origem frente ao “direito judicial”, como se explicará com mais detalhe nas próximas seções.

Portanto, além das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, foram analisadas decisões das Justiças Estaduais de 1ª Instância (de todas as 5 regiões do Brasil) concomitantemente com decisões dos seus respectivos Tribunais Estaduais (TJMG, TJDFT, TJPB e TJRS), e, ainda, decisões das Justiças Federais (provenientes de todas as Seções Judiciárias do TRF1, TRF4 e TRF5) concomitantemente com decisões dos seus respectivos Tribunais Regionais Federais.

Também importante delimitar como foi tomado, na pesquisa, o termo “precedente judicial”:

---

<sup>26</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* A força normativa do direito judicial... cit., p. 14.

Por precedentes judiciais dotados de autoridade se entendeu, aqui, não apenas os precedentes dotados de efeito formalmente vinculante e erga omnes, os quais poderiam ser qualificados como precedentes vinculantes “em sentido forte”, mas também os precedentes vinculantes “em sentido frágil”, que compreendem quaisquer precedentes verticais (BUSTAMANTE, 2012). Conforme as concepções teóricas seguidas pelo Grupo de Pesquisa, nos precedentes vinculantes em sentido frágil existe ao menos uma obrigação de tomar em conta o precedente, dando sólidas razões para o seu afastamento, ainda que não se cogite de um efeito vinculante em sentido estrito.<sup>27</sup>

Foi, inclusive, visitado nosso Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde entrevistada a Desembargadora Judith dos Santos Montecy, que comentou “a (in)consistência de decisões negando a admissibilidade de recursos com base na mera existência de súmula sem a adequada argumentação e identificação do caso/litígio objeto de recurso como sendo subsumível ao objeto da súmula invocada na decisão”.<sup>28</sup>

As súmulas aparecem, na pesquisa, como legítimas caixas-pretas: “a título de exemplificação, das 35 súmulas analisadas junto ao Superior Tribunal de Justiça, duas tinham como pano de fundo entre dois e três julgados, respectivamente, como fundamentos de criação. Não obstante, das 20 súmulas sem efeitos vinculantes analisadas junto ao Supremo Tribunal Federal, quatro apresentaram dois e um julgado como fundamentos de criação”<sup>29</sup>.

O que mais chamou atenção, quanto à edição das súmulas vinculantes, foi que: “das 15 súmulas vinculantes analisadas três fundamentavam sua criação em três ou até mesmo um precedente, como é o caso, por exemplo, da súmula vinculante n. 28, que teve como fundamento apenas a Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 1074”<sup>30</sup>.

Também foi verificada a ausência de publicidade dos debates sobre a instituição desses enunciados, o que dificulta a localização dos casos paradigmáticos e prejudica a argumentação jurídica, até para que haja a renovação do direito<sup>31</sup>. Não bastasse isso, apenas seis das 20 súmulas

---

<sup>27</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* A força normativa do direito judicial... cit., p. 16.

<sup>28</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* A força normativa do direito judicial... cit., p. 30.

<sup>29</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* A força normativa do direito judicial... cit., p. 40.

<sup>30</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* A força normativa do direito judicial... cit., p. 40.

<sup>31</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* A força normativa do direito judicial... cit., pp. 46-47.

analisadas possuem debates fiéis aos precedentes citados inclusive fazendo menção expressa aos precedentes que instituíram as súmulas.

Consta da pesquisa:

Este fato é importante porque, ao que parece, e isso não se aplica à apenas ao Supremo Tribunal Federal, a vinculação das súmulas está ligada apenas ao verbete, que é a expressão delimitada da *ratio decidendi* por parte do Tribunal, para limitar prolação de inúmeras decisões para um caso análogo.

Como já mencionado acima, a pesquisa parte do pressuposto de que a vinculatividade das súmulas não se restringe a apenas ao verbete, mas sim à justificativa de suas existências, que se encontra tanto nos precedentes quanto nos debates deliberativos sobre a criação das súmulas. Por isso é tamanha a relevância dos debates, principalmente, no que diz respeito à uniformidade, pois foi constatado que em apenas seis propostas de súmulas houve consenso sobre a proposta inicial e, mesmo quando se verificou dissenso entre os Ministros, em um grande número de vezes se manteve a redação proposta originalmente<sup>32</sup>.

Os resultados obtidos nesta questão demonstram não haver uma grande preocupação por parte dos magistrados em fundamentar de forma substancial a aplicação da súmula ao caso analisado por eles, uma vez que, em sua maioria, apenas citam o número da súmula e, em outros casos, sequer citam alguma súmula, o que compromete de maneira perigosa o princípio do contraditório processual. 57-8

Observou-se, com os dados obtidos, que a grande maioria dos juízes ignorara os argumentos apresentados pelo apelante, deixando de realizar a diferenciação ou comparação, solicitada pelas partes, entre as súmulas abstratamente consideradas e o caso específico a ser decidido, o que, em prol de maior agilidade processual, traz consequências deletérias aos direitos em discussão, uma vez que são ignorados os fundamentos apresentados pelas partes. 58-9

Quanto às reclamações constitucionais, pretendeu-se demonstrar, inicialmente, a hipótese de que é um erro imaginar-se que de cada precedente judicial seja possível extrair apenas uma única *ratio decidendi*, pois a norma jurisprudencial deriva de um processo interpretativo por meio do qual a *ratio* (ou motivo determinante) pode ser enunciada em vários níveis de generalidade. Se é este o caso, então parece possível pensar que mesmo os precedentes formalmente classificados como “vinculantes” pelo sistema jurídico podem dar ensejo a normas judiciais distintas cuja “força grativacional” não esteja sempre evidente no sistema jurídico, já que depende de premissas empíricas, analíticas e normativas adotadas pelo intérprete, nas quais a decisão como um todo tem papel fundamental.<sup>33</sup>

No que tange aos recursos representativos de controvérsia, “nos 50 processos analisados, em determinados casos, a regra jurisprudencial fixada para o tema decorrente do acórdão abordava mais elementos (superinclusão) de situações do que o Recurso escolhido como representativo de controvérsia

---

<sup>32</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* A força normativa do direito judicial... cit., p. 50.

<sup>33</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* A força normativa do direito judicial... cit., pp. 65-66.

demandaria. Em outros casos, os elementos foram constatados como deficientes em relação à situação fática que pretende regular (subinclusão).<sup>34</sup>

Ainda, nos repetitivos, observou-se que “esse requisito da plena motivação e responsividade aos argumentos apresentados deve ser fixado inclusive em relação às próprias partes no processo, uma vez que verificou-se que, na maioria dos casos, o STJ analisa de modo parcial os argumentos dos Recorrentes, mesmo quando eles decidem pelo provimento do recurso”.

Quanto à escolha do recurso representativo, alarmante a conclusão da pesquisa: “Um número considerável de 59 processos, num total de 182, envolve Recursos que traziam argumentos que não foram objeto de análise pelo Recurso Representativo, o que demonstra, pelo menos a princípio, que o Representativo escolhido não era o processo que abordava a maior amplitude de matérias sobre a questão de direito afetada”.

Em suma: “percebe-se que há uma tendência preocupante de o Tribunal de origem ignorar os argumentos dos recorrentes que não foram analisados no Recurso Representativo de controvérsia, uma vez que metade deles tiveram seus argumentos ignorados. Assim, como não foram também analisados pelos Tribunais de segunda instância, esses argumentos ficam muitas vezes sem apreciação jurisdicional, de modo que o jurisdicionado fica sem uma resposta para suas alegações”.<sup>35</sup>

Não iremos explanar as teorias de Wambaugh e Goodhart<sup>36</sup>, por exemplo, com o fito de delimitar a *ratio decidendi*; contudo, pretende-se assinalar o distanciamento que houve, no direito brasileiro, da aplicação dos precedentes relativamente aos casos que os embasaram, exatamente o fato flagrado pela pesquisa em comento.

A lição de Dierle Nunes e Rafaela Lacerda, embasada em Michele Taruffo<sup>37</sup>, comenta essa problemática:

---

<sup>34</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* A força normativa do direito judicial... cit., p. 97.

<sup>35</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* A força normativa do direito judicial... cit., p. 114-115.

<sup>36</sup> PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente... cit., p. 174.

<sup>37</sup> TARUFFO, Michele. **Precedent in Italy**. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, *apud* NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. **Contraditório e precedentes: primeiras linhas**. In: *Novas tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*, vol. II Salvador: JusPODIVM, 2014.

E não apenas as partes sofrem dessa confusão, mas os próprios juízes que aplicam precedentes em suas decisões: falta a habilidade de manejo do *distinguishing* e do *overruling* e no respeito e continuidade às decisões proferidas pelas Cortes. Nesse contexto, não é raro que um mesmo órgão jurisdicional profira decisões contraditórias sem tomar o cuidado de harmonizá-las com seu passado institucional. Surgem conflitos sincrônicos (*synchronous*), que ocorrem quando a mesma matéria é decidida de modo diferente e concomitantemente ou em pequenos espaços temporais, e conflitos diacrônicos (*diachronic*), quando o mesmo tema é decidido de modo diverso ao longo do tempo. Ambos dificultam a verificação da efetiva posição do Tribunal sobre alguma temática, gerando-se a ausência de uma estabilidade decisória horizontal (tribunal respeitar suas decisões) e dificuldade de obtenção de uma estabilidade vertical (juízes e tribunais funcionalmente inferiores respeitarem)<sup>38</sup>.

Em uma projeção visual do resultado da pesquisa, no que diz com as caixas-pretas, teríamos precedentes cuja estrutura, e uso, seriam mais ou menos assim (imagem também criada por Latour em *Ciência e Ação*):<sup>39</sup>

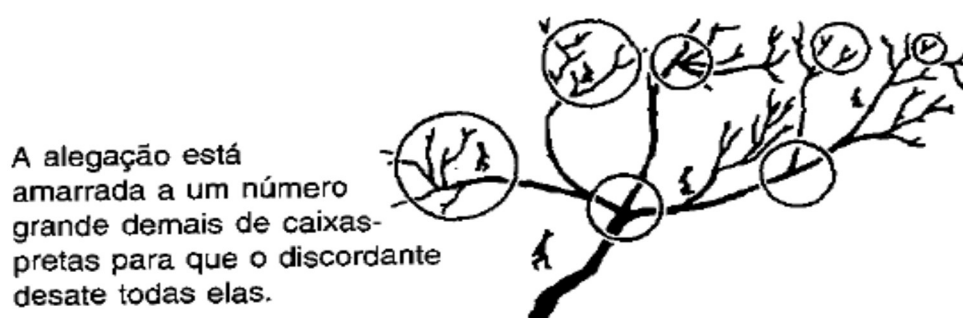


Figura 3

Parece-nos, portanto, que, até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, havia muito fundamento no receio de que juízes efetivamente usurpassem a função legislativa; agora, pretendendo-se criar verdadeira teoria dos precedentes no direito brasileiro, passa a ser possível a observância do chamado direito jurisprudencial que, pelo seu modo de aplicação, não é lei, conquanto seja igualmente passível de interpretação. Sua forma de aplicação, em termos simplificados, deverá se dar pela comparação de casos, de hipóteses fáticas<sup>40</sup>, medida que não se coaduna com amarrações a caixas pretas.

<sup>38</sup> NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. Contraditório e precedentes... cit., pp. 350-351.

<sup>39</sup> LATOUR, Bruno. *Ciência em ação*... cit., p. 132.

<sup>40</sup> NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. Contraditório e precedentes... cit., p. 347.

#### 4 POSSIBILIDADE DE ABERTURA DAS CAIXAS-PRETAS

Como bem se percebe do que até aqui abordamos, o Direito não é ciência exata, tampouco sua aplicação pode se dar de modo cartesiano, conquanto a prática do foro indique, muitas vezes, o caminho oposto.

A produção de normas pelo Judiciário não faz surgir, de per si, a esperada segurança jurídica. Faz-se necessária a proteção não apenas contra ações ilegais, mas contra “ações legais envolvendo, portanto, complicadas disposições contrárias no próprio direito, que exigem constantes controles e adaptações jurídico-políticos. Por isso, o direito atual não é mais capaz de garantir aquela certeza moral das expectativas que resulta do simples fato de alguém julgar-se no direito”.<sup>41</sup>

Apropriando-se dos pensamentos de André Tunc, Ovídio A. Baptista da Silva propõe que os Tribunais Supremos se voltem para a unidade do Direito, não para a uniformidade da jurisprudência.<sup>42</sup> Diz que os precedentes “valem mais por seus fundamentos, enquanto *rationes decidendi*, ligados ao caso e suas circunstâncias. Não valem por seu enunciado genérico ou, como diz Dworkin, a ‘força gravitacional de um precedente define-se pelos argumentos de princípio que lhe servem de base’, não como proposição abstrata que o julgador deva aplicar, sem vinculá-la às razões que a tenham justificado, ao ser constituído o precedente”.<sup>43</sup>

A crítica do saudoso professor é plenamente justificada e encontrou, no Código de Processo Civil de 2015, respaldo e, por que não dizer, resposta. A constitucionalização do processo civil brasileiro e a busca pela prolação de decisão de mérito por meio de processo colaborativo com contraditório forte permite, finalmente, a correta adoção dos precedentes em nosso sistema e o abandono (ou seria abertura?) das caixas pretas.

Isso porque, longe de ser adotado o regime de assentos praticados em Portugal<sup>44</sup>, o Código impõe a observância do caso e suas circunstâncias, não permitindo a utilização de mero comando jurisprudencial geral e abstrato.

---

<sup>41</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Processo e ideologia... cit., p. 247.

<sup>42</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Processo e ideologia... cit., p. 258.

<sup>43</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Processo e ideologia... cit., p. 259.

<sup>44</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Processo e ideologia... cit., p. 257. Também: PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente... cit., p. 161.

Também Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, importante crítico do sistema de caixas-pretas, embora não assim as denominasse, se ocupou em analisar a necessária modificação do processo, especialmente no que se refere à investigação, pelo juiz, dos fatos:

Na concepção liberal, o princípio dispositivo justificava-se pela falta de interesse do Estado no objeto da controvérsia, o que, hoje, não se sustenta. Para Franz Klein, citado pelo autor como principal idealizador e defensor da maior eficiência na aplicação e realização do direito, “os princípios processuais da oralidade, da publicidade e da livre valoração da prova constituem apenas meios, técnicas diríamos nós, para atingir-se o escopo do processo, premissa de que se extrai, sobretudo, a necessidade de o juiz participar de forma mais intensa na direção efetiva do processo e em particular na investigação dos fatos.”<sup>45</sup>

O que se pretende, nesse ponto, é retomar a ideia de que o processo tem como objeto a lide, “que é um pedaço da história humana”.<sup>46</sup> E essa história, a fim de ser possível uma solução judicial que aprecie o mérito, deve ser objeto de sério diálogo no curso do processo, atividade dialógica que se insere, igualmente, na aplicação de precedentes no julgamento dos casos submetidos ao Judiciário.

Exemplo desse necessário diálogo, oriundo do direito estrangeiro, encontra-se na obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, quando o autor se reporta ao § 319 da Ordenança Processual Alemã.<sup>47</sup> Ali, salienta, ocorre diálogo entre o juiz e as partes sobre os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático.

Enfatiza o mestre desta Faculdade: “a consciência de que uma clara distinção entre processo e direito substancial corresponde a uma tendência formalística, enquanto o estabelecimento de uma ligação entre os dois campos aponta a uma concepção antiformalística”.<sup>48</sup>

Pois o Código de Processo Civil de 2015 não erige muros entre o direito material e o processo; ao contrário, pretende mudar a experiência de *apartheid* anteriormente existente entre eles, ao menos no que se refere aos precedentes. Em última análise, ressignifica o processo como um todo, em percurso

---

<sup>45</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4ª ed. rev, atual. e aum. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 187.

<sup>46</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Processo e ideologia... cit., pp. 36-37.

<sup>47</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil... cit., p. 196.

<sup>48</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil... cit., p. 263.



semelhante ao descrito por T. S. Eliot em *Four Quartets*: “Nós tivemos a experiência, mas perdemos a significação/ E a busca da significação restaura a experiência/ De uma forma diferente”.<sup>49</sup>

A Exposição de Motivos do Anteprojeto Código de Processo Civil proclama que o desafio da comissão de juristas foi o de “resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”, porquanto “os novos tempos reclamam um novo processo”.<sup>50</sup> Isso porque “sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo”. Muito apropriada, por isso, a lição de Barbosa Moreira citada no texto em comento: “Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material”.<sup>51</sup>

Daí o artigo 6º do CPC estatuir que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Ora, o direito material é calcado em fatos, não há realização de direito material à luz de mero discurso jurídico abstrato e matemático (ou à sombra de caixas-pretas). Não por outra razão é que o Código ressignifica a experiência do processo civil como um todo, a exemplo do contraditório cooperativo que ele inaugura:

---

<sup>49</sup> ELIOT, T. S. **Four Quartets**. London: Faber and Faber. 1986.

<sup>50</sup> SENADO FEDERAL. **Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 1º/08/2015.

<sup>51</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Por um processo socialmente efetivo**. Revista de Processo. São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002, p. 181, apud Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

O direito ao contraditório, embora seja titularizado pelas partes, tem como destinatário o próprio juiz, que tem o dever de dialogar com as partes e de decidir levando em consideração apenas o material fático-jurídico já submetido ao debate processual (art. 10) – isso quer dizer que o juiz é um dos sujeitos do contraditório. O juiz em um processo pautado pela colaboração é um juiz que o conduz em uma posição isonômica pelo diálogo com as partes, ocupando uma posição assimétrica apenas no momento em que decide e impõe a tutela jurisdicional (art. 6º). O fato de o juiz ser destinatário do direito ao contraditório autoriza a sua inserção como um dos seus sujeitos – ele é parte no contraditório justamente porque participa do diálogo em que esse se consubstancia no processo.<sup>52</sup>

Por outro lado, ao falarmos sobre sentido, experiência e diálogo, reconhecemos que o processo se faz tendo por instrumento a linguagem. “O discurso, diferentemente da fala na oposição de Saussure, é de natureza social, pois inclui um locutor na sua singularidade e a sua intenção de influenciar um ouvinte. Esse ato de produzir um enunciado tem necessariamente a estrutura de um diálogo: duas figuras em posição de parceiros que se alternam como protagonistas da enunciação”.<sup>53</sup>

Vê-se que a linguagem que materializa o processo é, ela própria, marcada pelo contraditório, pela relação com o outro que se pretende influenciar:

[...] Marcel Proust em *A l'ombre des jeunes filles en fleur*, com a sua finíssima sensibilidade, sublinha de maneira exemplar que ‘Uma ideia forte comunica um pouco de sua força ao contraditor. Como participa do valor universal dos espíritos, ela insere-se, exerta-se no espírito daquele a quem refuta, em meio de ideias adjacentes, com auxílio das quais, retomando alguma vantagem, ele a completa e retifica; tanto assim que a sentença final é de algum modo obra das duas pessoas que discutiam’. Na perspectiva judicial, semelhante compreensão implica que a sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo. Ora, a ideia de cooperação, além de exigir, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão entre o órgão judicial e as partes. Não se trata, bem entendido, de propriamente restabelecer o ordo isonômico medieval, mas de inserir o processo na modernidade líquida, de modo que se legitime plenamente o exercício da Jurisdição mediante melhor e mais acabada comunicação do órgão judicial com os atores do processo e pela procura de um razoável equilíbrio dos

---

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo Civil**. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 311.

<sup>53</sup> AMORIM, Marília. **O pesquisador e seu outro: Bakhtin nas ciências humanas**. SP: Musa Editora, 2004, p. 97.

poderes do juiz em relação poderes das partes e de seus representantes.<sup>54</sup>

Como referido anteriormente, o contraditório está diretamente ligado ao diálogo (e, portanto, à linguagem), e é marcado pelo embate e ideias fortes e fracas visando à prolação de uma decisão judicial. Além disso, esse trabalho dialógico insere-se em um determinado tempo, qual seja, a modernidade líquida, termo cunhado por Zigmunt Bauman<sup>55</sup>, época em que se abre mão da liberdade em busca de segurança. Segurança essa, é verdade, com moldura normativa, da qual não se afasta o nosso ordenamento processual civil atual.

Fazendo um recorte na ideia de embate de discursos, novamente percebemos a relevância da contribuição de Bruno Latour à crítica dos precedentes, na medida em que descreve a construção do discurso técnico, o qual, para nosso uso, seria o discurso jurídico no contexto de um precedente. Ao menos, em um precedente como até agora o entendíamos e com ele trabalhávamos.

A saída, que deve estar dentro do sistema, passa pelo permanente concurso das atividades dos sujeitos processuais, “vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das ideias subministradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão<sup>56</sup>”. Ou seja, a legitimação da decisão jurisdicional deve ser fruto do convencimento advindo do “diálogo entretido com as partes ao longo do processo, como, aliás, frisa o novo Código de Processo Civil em seus arts. 7º, 9º, 10 e 489, §1º.”<sup>57</sup>

Não poderia ser diferente, já que, na contemporaneidade, como referido anteriormente, “a jurisdição tem por objetivo reconstruir a norma jurídica capaz de dar conta das necessidades do direito material e, apenas por consequência dessa missão, pode gerar o efeito de pacificação social”.<sup>58</sup>

Em suma, o Código de Processo Civil densificou “o direito de ação como direito a um processo justo e muito especialmente, como um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos”, afetando diretamente,

---

<sup>54</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil... cit., pp. 191-192.

<sup>55</sup> BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

<sup>56</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil... cit., p. 192.

<sup>57</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel; op. cit, p 116.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 125.

como não poderia deixar de ser, a figura do juiz.<sup>59</sup> Essa *densificação* se coaduna com o formalismo valorativo, abrangendo segurança jurídica, participação, liberdade e efetividade.<sup>60</sup>

O Código, nesse contexto, dá maior caráter argumentativo e racional à aplicação dos precedentes, o que tem, por efeito, maior unidade do sistema e, também, segurança jurídica. Pretende regular os casos em que há vinculação ou não aos precedentes, viabilizando a distinção entre o caso que dá origem ao precedente vinculante e ao posterior que, por ser diferente daquele, não deva ser julgado da mesma maneira.<sup>61</sup>

Em outras palavras, tal como defendido por MacCormik e referido na pesquisa antes comentada, busca-se a relevância da *ratio* da decisão, não apenas sua *auctoritas*<sup>62</sup>. No Código, a autoridade do precedente é duplamente construída: pela lei, pois tem caráter normativo, e pela sua *ratio*, pois decorrente de argumentação racional de aferição obrigatória.

Lembremos de Kafka quando escreveu sobre o silêncio das sereias (*Das Schweigen der Sirenen*), atribuindo poder àqueles seres não pelo seu canto, mas pelo seu silêncio, considerando que Odisseu tenha enchido, ele também, os ouvidos de cera. No Canto XII, v. 185-188, da Odisseia, ao contrário, Odisseu prende-se ao mastro da nave e, diversamente de seus companheiros, não usa tampões: tem a experiência da travessia por entre as sereias. Ouve o seu canto.

Em livre associação de ideias, com o Código de Processo Civil de 2015 o canto deverá ser ouvido, as sereias deverão ser vistas, não haverá tanto espaço para a cera, a caixa-preta, para a distância dos fatos. Cada travessia deverá ser singularmente considerada, mesmo que (e porque) precedentes sejam aplicados.

---

<sup>59</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC. Crítica e propostas**. 1ª. ed. 2ª. triag. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 16, apud DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Novo Código de Processo Civil: Breves Considerações acerca dos Artigos 1º a 12 do PLS 166/10. Revista Eletrônica de Direito Processual. Ano 4, Vol. VI, jul./dez. 2010, p. 52. Disponível em: <[www.redp.com.br](http://www.redp.com.br)>. Acesso em 27/08/2015.

<sup>60</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo**. Disponível em: <[http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO\\_O\\_Formalismo-valorativo\\_no\\_confronto\\_com\\_o\\_Formalismo\\_excessivo\\_290808.htm](http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm)> Acesso em 08/07/2015.

<sup>61</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* A força normativa do direito judicial... cit., p. 139.

<sup>62</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* A força normativa do direito judicial... cit., p. 140.

## 5 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: DAR A VOLTA TODA

José Saramago, no documentário *Janela da Alma*, relata a seguinte história:

José Saramago – Eu ia muito a ópera no São Carlos, no teatro de ópera de Lisboa. E eu ia sempre para o galinheiro, para a parte de cima, de onde via uma coroa. O camarote real começava lá embaixo, ia até em cima e fechava com uma coroa dourada enorme. Coroa essa que vista do lado da platéia, dos camarotes era magnífica. Mas do lado em que nós estávamos não era, pois a coroa só estava feita entre as quartas partes e dentro era oca e tinha teias de aranha e tinha pó. Isso foi uma lição que eu nunca esqueci. Nunca esqueci essa lição. Para conhecer as coisas há que dar-lhes a volta, dar-lhes a volta toda.<sup>63</sup>

Do mesmo modo, para conhecer o sistema de precedentes no Código de Processo Civil, há que dar-lhe a volta toda.

Isso porque o Código faz, tal como a sequencia cinematográfica do citado documentário, um todo coerente do início ao fim e evita, em muito, que prossigamos fazendo mal-uso do direito jurisprudencial. Nas palavras de Dierle Nunes e Rafaela Lacerda, poderemos ter, doravante, “uma ‘nova gramática interpretativa’ do estado adulterado de criação e aplicação do direito jurisprudencial no Brasil”.<sup>64</sup>

Os autores atrelam essa mudança à implementação de direitos fundamentais, sobretudo do contraditório, “seja pela notória tendência de reforço e diversificação dos papéis da Jurisdição após a Constituição de 1988, seja pela necessidade de se adotar uma nova dimensão no processo constitucional”.<sup>65</sup>

A volta toda, como no exemplo de Saramago é, aqui, possibilitada pelo contraditório cooperativo e forte. Pela depurada análise do caso concreto através do diálogo.

Vejamos alguns exemplos.

No Código, há relevante ônus argumentativo que recai sobre os todos os sujeitos do processo, não apenas sobre os magistrados. Se é certo, de um lado, que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que se limite a invocar precedente ou enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos

---

<sup>63</sup> Entrevista disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4F87sHz6y4s>>. Trecho citado localizado em 45:36.

<sup>64</sup> NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. *Contraditório e precedentes...* cit., p. 343.

<sup>65</sup> NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. *Contraditório e precedentes...* cit., p. 345.

determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (artigo 489, §1º, V) ou que deixe de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (artigo 489, §1º, VI), a tal dever de fundamentação corresponde simétrico dever dos advogados que, em suas petições, haverão de levantar as questões de fato e de direito necessárias ao justo deslinde dos casos que patrocinarem.

O artigo 357, II, do CPC, ao prever que o juiz, ao sanear o processo, irá delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos, tem efeito prático direto sobre a incidência dos precedentes no caso e demonstra, novamente, o esforço argumentativo e cuidado que será necessário desempenhar em juízo.

Por outro lado, também é prevista maior publicidade das decisões das cortes, tal como se verifica da redação do artigo 927, §5º, do CPC, medida necessária a fim de ser bem garantida a vedação à surpresa (artigo 10) e ante a possibilidade de ser julgado liminarmente improcedente o pedido que contrariar precedentes (artigo 332).

Também a edição de súmulas sofreu dramática modificação, sendo estabelecido que ao editar enunciados de súmula, os tribunais se atenham às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (artigo 926, §2º).

Por outro lado, no julgamento dos recursos extraordinários e repetitivos, em harmonia com o que até aqui foi exposto, dá-se relevância ao exame da questão a ser decidida (a exemplo do artigo 1036, §6º), obstando ou dificultando a continuidade do sistema de caixas-pretas.

A garantia ao correto exame dos casos levados a juízo é tão grande que, como hipótese de possível rescisão de julgados, está a decisão que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento (artigo 966, §5º), situação essa que deverá ser demonstrada, fundamentadamente pelo autor (§6º).

Todos os artigos citados, dentre outros, denotam a força do contraditório relativamente à disciplina dos precedentes: o debate sempre se dá com relação ao caso concreto, não de modo genérico, e visa à verificação de similitude ou diferenciação entre os casos (o presente e o já julgado).

E, aqui, parece-nos que o Código assumiu não só a impossibilidade de distanciamento entre fato e norma, bem como a existência de poder no discurso jurídico, o qual deve ser normativamente controlado.

Em entrevista constante da obra “A verdade e as formas jurídicas”, Foucault dá o tom do discurso sofista que é, muitas vezes, o discurso do Direito e que, em descontrolo, facilita o fechamento de caixas-pretas e o distanciamento do justo e do concreto:

Porque temos aí uma prática e uma teoria do discurso que é essencialmente estratégica; estabelecemos discursos e discutimos, não para chegar à verdade, mas para vencê-la. É um jogo: quem perderá, quem vencerá? É por causa disso que me parece muito importante a luta entre Sócrates e os sofistas. Para Sócrates não vale a pena falar a não ser que se queira dizer a verdade. Em segundo lugar, se para os sofistas falar, discutir, é procurar conseguir a vitória a qualquer preço, mesmo ao preço das mais grosseiras astúcias, é porque, para eles, a prática do discurso não é dissociável do exercício de poder. Falar é exercer um poder, falar é arriscar seu poder (...).<sup>66</sup>

Ele aponta Platão como o iniciador do que seria um grande mito ocidental: a ideia de antinomia entre saber e poder – “se há o saber, é preciso que ele renuncie ao poder” ou “onde se encontra saber e ciência em sua verdade pura, não pode mais haver poder político”. Foucault prega que tal mito seja aniquilado, trabalho que, para ele, foi iniciado por Nietzsche ao mostrar “que por trás de todo saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta de poder. O Poder Político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber”.<sup>67</sup> Tampouco está ausente do saber jurídico.

Lembremos que Riccardo Guastini<sup>68</sup>, com lucidez, já exprimiu a inexistência do enigmático reino do direito, distinto do comum mundo dos fatos. E é no mundo real, dos fatos, que, esperamos, uma teoria de precedentes brasileira irá dar maior segurança jurídica aos jurisdicionados, segurança essa que não se contenta com soluções dos tipos caixa-preta.

---

<sup>66</sup> FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2001, p. 140.

<sup>67</sup> FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas...* cit., p. 51.

<sup>68</sup> GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. Quatier Latin, São Paulo, 2005, p. 50.

## 6 CONCLUSÃO

Sem pretender exaurir quaisquer das questões abordadas, o estudo realizado denota a necessidade, no sistema jurídico pátrio, de adoção de teoria de precedentes sólida, “para que o sistema judicial brasileiro possa gozar dos benefícios de previsibilidade, excelência e qualidade na produção de decisões judiciais que países legatários da doutrina do *stare decisis* gozam, minando problemas de insegurança jurídica e morosidade para os litigantes, num contexto de amplo acesso à justiça democrático. Ademais, é absolutamente necessária a mudança de nosso paradigma de aplicação, que se preocupa pouco com as *ratione decidendi* (holding) e se contenta com a aplicação quase mecânica de súmulas e ementas, que parcamente representam o julgado utilizado como base”.<sup>69</sup>

Em verdade, “a adoção dos precedentes formalmente vinculantes visa a garantir mais vinculatividade dos juízes ao direito e menos arbítrio”.<sup>70</sup>

Para tanto, parece ter andado bem a redação do Código de Processo Civil que, trazendo à luz as “caixas-pretas”- conceito extraído da obra de Bruno Latour, permite a sua abertura, a fim de que o direito material tenha a devida atenção, longe do formalismo já há muito abandonado pela doutrina e por alguns julgadores.

Andemos com calma, pois, tal como assinalado por François Ost:

A memória que liga o passado, garantindo-lhe um registro, uma fundação e uma transmissão. O perdão, que desliga o passado, imprimindo-lhe um sentido novo, portador de futuro, como quando ao término de uma reviravolta de jurisprudência o juiz se liberta de uma linhagem de precedentes tornados ultrapassados. A promessa, que liga o futuro através dos comportamentos normativos, desde a convenção individual até a Constituição, que é a promessa que a nação fez a si própria. O questionamento, que em tempo útil desliga o futuro, visando operar as revisões que se impõem, para que sobrevivam as promessas na hora da mudança.<sup>71</sup>

Que a segurança jurídica, uma das promessas desse sistema de precedentes, se institua no devido tempo do Direito.

---

<sup>69</sup> NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. Contraditório e precedentes... cit., p. 351.

<sup>70</sup> ZANETI JR., HERMES. **O Valor Vinculante dos Precedentes - Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. 2ª ed. rev. e atual. 1ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 113.

<sup>71</sup> OST, François. O tempo do direito... cit., p. 17.



## REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4ª ed. rev, atual. e aum. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo**. Disponível em: <[http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo 290808.htm](http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm)> Acesso em 08/07/2015.

AMORIM, Marília. **O pesquisador e seu outro: Bakhtin nas ciências humanas**. SP: Musa Editora, 2004.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Por um processo socialmente efetivo**. Revista de Processo. São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002, p. 181, *apud* Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. Campinas: Papius, 1996.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de et ali. **A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf>>. Acesso em 24/05/2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Garth. Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

ELIOT, T. S. **Four Quartets**. London: Faber and Faber. 1986.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau, 2001.

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. Quatier Latin, São Paulo, 2005.

HOMERO. **Odisseia**. Tradução, posfácio e notas de Trajano Vieira. Texto em apêndice de Franz Kafka. São Paulo: Editora 34, 2013.

KAFKA, F. **O processo**. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1990.

LATOURETTE, Bruno. **Ciência em ação, como seguir cientistas e engenheiros mundo afora**. Trad. Ivone C. Benedetti, revisão Jesus de Paula Assis. São Paulo: EDUSP, 2000.

\_\_\_\_\_. **The making of law. An Ethnography of the Conseil d'État**. Malden, MA: Polity Press, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC. Crítica e propostas**. 1ª. ed. 2ª. triag. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 16, apud DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Novo Código de Processo Civil: Breves Considerações acerca dos Artigos 1º a 12 do PLS 166/10. Revista Eletrônica de Direito Processual. Ano 4, Vol. VI, jul./dez. 2010, p. 52. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em 27/08/2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo Civil**. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. **Contraditório e precedentes: primeiras linhas**. In: Novas tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil, vol. II Salvador: JusPODIVM, 2014.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005.

PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos coligidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 1ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2015

PROUST, Marcel. **Em busca do tempo perdido**, v. 2, À sombra das raparigas em flor. 2ª ed. Trad. Mário Quintana. Porto Alegre: Globo, 1960.

SENADO FEDERAL. **Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 1º/08/2015.

TARUFFO, Michele. **Precedent in Italy**. In: HONDIUS, Ewoud (org.). Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Contra os Precedentes Obrigatórios**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 13, nº 1099, 09 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/258-artigos-dez-2013/6371-contra-os-precedentes-obrigatorios>>. Acesso em 24/03/2016.

ZANETI JR., HERMES. **O Valor Vinculante dos Precedentes - Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. 2ª ed. rev. e atual. 1ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2015.