PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CONTROLE DIFUSO DE JURISPRUDENCIALIDADE

Gabriela Oliveira Freitas

Belo Horizonte
2019

GABRIELA OLIVEIRA FREITAS

CONTROLE DIFUSO DE JURISPRUDENCIALIDADE

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Professor Orientador: Dr. Rosemiro Pereira Leal

BELO HORIZONTE

2019

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Freitas, Gabriela Oliveira
F866c Controle difuso de jurisprudencialidade / Gabriela Oliveira Freitas. Belo Horizonte, 2019.
108 f.

Orientador: Rosemiro Pereira Leal
Tese (Doutorado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Precedentes judiciais. 2. Estado democrático de direito. 3. Processos. 4. Súmulas (Direito). I. Leal, Rosemiro Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.9

Ficha catalográfica elaborada por Roziane do Amparo Araújo Michielini - CRB 6/2563

Gabriela Oliveira Freitas

CONTROLE DIFUSO DE JURISPRUDENCIALIDADE

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito Processual.

_____

Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal (Orientador)

_____

Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (Banca Examinadora)

_____

Professor Doutor Mário Lúcio Quintão Soares (Banca Examinadora)

_____

Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas (Banca Examinadora)

_____

Professora Doutora Edilene Lobo (Banca Examinadora)

_____

Professor Doutor Dhenis Cruz Madeira (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2019.

Para minha mãe, que achava tanto o sentimento, quanto o estudo as coisas mais finas do mundo.

AGRADECIMENTOS

Costumo dizer que, se eu soubesse quão angustiantes seriam os meus longos quatro anos de Doutorado, talvez eu não o tivesse feito. Mas a angústia de permanecer atrelada à minha inevitável e inesgotável ignorância seria maior do que aquela trazida pelo estudo.

Por isso, agradeço imensamente ao meu orientador, Professor Dr. Rosemiro Pereira Leal, que me despertou minha inquietude, que fomentou meus sofrimentos acadêmicos com questionamentos nunca antes imaginados por mim, o que permitiu que eu me tornasse consciente da necessidade da pesquisa. Além disso, preciso agradecer pela extrema compreensão com todas as dificuldades por mim enfrentadas ao longo desses quatro anos, inclusive com as minhas reconhecidas limitações.

Agradeço, ainda, aos meus dois grandes professores, Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Dr. Sérgio Henriques Zandona, por serem grandes incentivadores da minha trajetória acadêmica e responsáveis por boa parte dela.

Agradeço ao meu pai e ao meu irmão, cuja presença, paciência e amor me tornaram cada vez mais forte. Talvez eu não fosse metade da pessoa que sou se não fosse o tanto que vocês acreditam em mim e seguem, continuamente, me desafiando. Também agradeço à minha mãe, que, infelizmente, não poderá acompanhar o momento de conclusão deste trabalho. Mas a força que ela me ensinou a ter me ajudou a continuar caminhando, apesar de todas as adversidades que enfrentei. E não foram poucas.

Agradeço às minhas companheiras de luta acadêmica, Roberta Gresta e Camilla Paolinelli, que se fizeram presente, apesar da distância e da correria do tempo, e sempre atenderam aos meus pedidos de socorro.

Por fim, agradeço às irmãs que a vida me deu, Ivana Ganem e Lia Bretz, que acompanharam e torceram por mim durante toda essa árdua trajetória, me ajudando a organizar os pensamentos, enquanto tomávamos intermináveis xícaras de café e boas taças de vinho.

“Meu bem, difícil é saber o que acontecerá /Mas eu agradeço ao tempo /O inimigo eu já conheço/ Sei seu nome, sei seu rosto, residência e endereço/ A voz resiste. A fala insiste: Você me ouvirá/ A voz resiste. A fala insiste: Quem viver verá.” (Belchior)

“Por isso, a relutância em cometer erros geralmente degenera em uma desconfiança em relação às ideias novas, em uma antipatia a qualquer tipo de iniciativa ousada. Se temos um desejo sincero de descobrir como é o mundo, devemos estar preparados para corrigir erros; se vamos corrigi-los devemos estar preparados para cometê-los.” (David Miller)

RESUMO

Busca-se, no presente trabalho, por meio de apontamento de aporias na metodologia adotada para construção, aplicação e desconstrução de precedentes vinculantes (seja no modelo de *common law*, seja no modelo de *civil law*), elaborar uma tese capaz de adequar a questão dos Precedentes Judiciais ao paradigma do Estado Democrático de Direito, afastando-se toda carga subjetivante, dogmática e autoritária de tal instituto.

Adota-se como marco teórico a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, elaborada por Rosemiro Pereira Leal, influenciada pelo racionalismo crítico de Karl Popper, uma vez que, no embate entre as teorias do processo, esta se encontra em conformidade com o projeto de construção do Estado Democrático de Direito.

Defende-se que somente é possível instaurar a democraticidade dos precedentes judiciais se houver possibilidade de crítica, sendo necessário um procedimento que permita a revisão das teses elaboradas pelos Tribunais, ante a apresentação de novos argumentos. Reconhecendo-se que a vinculação dos precedentes somente pode dar-se a partir da **causa de pedir** (e não somente da narrativa fática), torna-se possível alcançar uma teoria democrática dos precedentes judiciais.

Palavras-Chave: Precedentes Judiciais; Estado Democrático de Direito; Processo Democrático; Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

ABSTRACT

The aim of this work is to identify the defects in the methodology adopted for the construction, application and deconstruction of binding precedents (whether in the common law model or in the civil law model). To adapt the question of the Judicial Precedents to the paradigm of the Democratic State of Law, departing of all load of subjectivity, dogmatic and authoritarian of such institute.

The Neoinstitutionalist Theory of the Process, elaborated by Rosemiro Pereira Leal, influenced by the critical rationalism of Karl Popper, is adopted as theoretical framework, because, in the clash between the theories of the process, this one is in conformity with the project of construction of the State Democratic Right.

It's argued that it is only possible to establish the democratic nature of judicial precedents if there is a possibility of criticism, and a procedure is necessary to allow for the revision of the theses elaborated by the Courts, in the presence of new arguments. Recognizing that the linkage of precedents can only be based on the **cause of request** (and not only the narrative of the facts), it becomes possible to achieve a democratic theory of judicial precedents.

Keywords: Judicial Precedents; Democratic state; Democratic Process; Neoinstitutionalist Theory of the Process.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 07

CAPÍTULO I- A FALTA DE TEORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS 12

1 Da necessidade de construção de uma teoria dos precedentes judiciais 12

2 O sincretismo de influências do direito comparado no direito brasileiro 15

3 Instrumentalidade do processo e a jurisprudência sociológica 22

4 Crítica às teorias ideologizadas sobre precedentes 26

CAPÍTULO II - OS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO 39

1 Considerações gerais 39

2 Súmulas vinculantes 45

3 Recursos especial e extraordinários repetitivos e repercussão geral 48

4 Incidente de resolução de demandas repetitivas 52

5 Incidente de assunção de competência 56

CAPÍTULO III - A CONSTRUÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS 60

1 O problema da subjetividade do julgador em contraponto à Teoria do Interpretante 60

2 Revisitação do conceito de isonomia e a Teoria do Interpretante 66

CAPÍTULO IV - A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS 71

1 A construção de dogmas pelo judiciário e o problema do método indutivo 71

2 A obrigatoriedade dos precedentes judiciais como técnica de dominação 76

3 A crença no historicismo e o problema da integridade de Dworkin 86

CAPÍTULO V - A DESCONSTRUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS 89

1 O Overruling à brasileira 89

2 A refutabilidade como elemento do processo democrático 93

CONCLUSÃO 98

REFERÊNCIAS 102

INTRODUÇÃO

Uma das questões mais enfrentadas pela literatura jurídica brasileira, atualmente, refere-se aos precedentes judiciais, principalmente em razão da promulgação do Código de Processo Civil, em 16 de março de 2015, o qual inseriu no ordenamento jurídico brasileiro uma nova metodologia de construção de precedentes obrigatórios, compreendidos como decisões dos Tribunais de segundo grau de jurisdição e Tribunais de Superposição, que, por determinação legal, devem ser utilizados como fundamentos em decisões futuras. Essa inclusão se deu diante de equivocados argumentos de busca pela isonomia e pela segurança jurídica (sem qualquer interrogação sobre o significado de tais institutos[1]).

Possivelmente, por uma grande descrença na atividade legislativa, pela perpetuação do mito positivista da inevitável lacuna da lei e pela fé no dogma da onipotência do julgador, é que vem se fortalecendo a ideologia de que não se pode deixar que a criação/construção de normas seja uma atividade somente legislativa, sendo o Direito também criado pela atividade jurisprudencial. Talvez essa ideologia seja difundida não por estes motivos, mas sim para perpetuar os mecanismos de dominação do Estado de uma forma mais discreta, transferindo o *locus* da autoridade para o Judiciário[2].

Apesar de se tratar de um assunto bastante debatido, verifica-se que a análise da questão, na maioria das vezes, abrange somente os seus aspectos técnicos, com grande ênfase na busca da efetividade meramente temporal da atividade jurisdicional. Como se pretende demostrar, não se encontra, na literatura brasileira, um sério estudo sobre os precedentes judiciais no paradigma[3] do Estado Democrático de Direito, sendo raro até encontrar

---

[1] Para Rosemiro Pereira Leal, institutos devem ser compreendidos como “agrupamento de princípios que guardam unidade ou afinidades de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: Primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 382).

[2] Conforme denuncia Ingeborg Maus, “por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular” (MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *In*: **Novos Estudos CEBRAP**. N. 58. São Paulo: Fundação Carlos Chagas. novembro de 2000, p. 183.)

[3] Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, o termo “paradigma” deve ser compreendido como sistema jurídico-normativo consistente, no sentido técnico de complexo “de ideias,

estudos sobre como deveria ser compreendido este paradigma e como deveria o Direito ser compreendido a partir dele.

Para fins de demarcação teórica, é importante ressaltar que, em 1988, com a promulgação da Constituição da República, findou-se no Brasil um longo período ditatorial. A nova Constituição, em seu artigo 1º, funda no Brasil o paradigma do Estado Democrático de Direito, superando os antigos modelos de Estado, Social e Liberal.

Com essa mudança tão significativa, não se pode desconsiderar que a construção do Estado Democrático de Direito exige a revisitação de institutos jurídicos, a fim de que se alcance a sua adequação a este paradigma, o que justifica a revisitação, neste trabalho, dos precedentes judiciais.

Seja pela atualidade do tema, seja pelos rasos estudos até então empreendidos acerca da questão proposta, é que se identifica a relevância desta tese, que tem por objetivo apontar as aporias do modelo de construção, aplicação e desconstrução dos precedentes judiciais adotado pela legislação brasileira, apontando, por consequência, aporias que também alcançam o modelo do *common law*, já que este influenciou consideravelmente a metodologia adotada no Código de Processo Civil de 2015. Assim, pretende-se enfrentar as doutrinas (teorias ideologizadas) e técnicas que justificam e instrumentalizam a sustentação de parâmetros autoritários de exercício da atividade jurisdicional e a utilização dos resultados dessa atividade como fundamentos obrigatórios em outras lides.

Assim, a presente pesquisa investiga o impacto da teorização democrática do processo na questão dos precedentes, de forma a escapar da trivial discussão sobre o tema verificada na literatura jurídica, que se limita a afirmar a necessidade de obrigatória adesão do julgador às decisões vinculantes proferidas pelos Tribunais, sob o argumento de que esta situação ocasionaria segurança jurídica e isonomia para os jurisdicionados.

Para tanto, adota-se como marco teórico[4] a teoria do processo que mais se coaduna com as diretrizes democráticas, qual seja, a Teoria

---

princípios e regras juridicamente coordenados", informador da concepção de Estado e revelador de tendências científicas. (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 67).

[4] Conforme esclarece Rosemiro Pereira Leal, "entre teorias concorrentes, há de se buscar o melhor padrão teórico-regulador para não abolir emocionalmente o sistema que se sustenta por

Neoinstitucionalista do Processo, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, segundo a qual o processo deve ser compreendido como uma instituição linguístico-jurídica, que enseja a possibilidade argumentativa por uma lógica crítica, para produção, atuação, alteração ou extinção das leis. Adota-se tal teoria por ser a única "em grau de profundidade epistemológica suficiente para oferecer-se ao enfrentamento crítico contra o gravíssimo problema da carga de subjetividade e autoritariedade"[5], que impedem a construção do Estado Democrático de Direito, que deve ser entendido como "não dogmático"[6], ou seja, aquele que "permite a falseabilidade do próprio escrito normativo"[7].

Para o desenvolvimento da tese proposta, inicialmente, será apontada a ausência de teorias científicas sobre precedentes judiciais, sendo elaborada crítica sobre a limitação dos estudos aos padrões adotados pelos sistemas de *civil law* e *common law* e sobre a tentativa de elaboração de um sistema misto, o que ocasionou, por consequência, a criação de teorias ideologizadas sobre o tema, sem qualquer validade para a construção de um *conhecimento objetivo*.

Pretende-se, ainda, ressaltar que a construção de ideologias sobre a utilização de precedentes não se limita ao sistema jurídico brasileiro. Os equívocos sobre a função jurisdicional e o dever de utilização de julgados anteriores como forma de fundamentação de decisões em julgamentos futuros também se encontram na *common law*, bem como em qualquer outro sistema que se valha da indução como forma de encontrar respostas corretas e se ampare na subjetividade do julgador.

Em seguida, realizar-se-á um estudo crítico sobre o modelo de precedentes judiciais inserido no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015. Esse

---

uma testificação teórica continuada à realização de propósitos e objetivos" (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 117).

[5] BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **O conteúdo lógico-objetivo do princípio da inocência:** uma proposição segundo a teoria neoinstitucionalista do processo e o racionalismo crítico. Tese (Doutorado em Direito Processual). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2016, p. 25.

[6] Esclarece Rosemiro Pereira Leal que a expressão "Estado Dogmático", por ele cunhada, refere-se à "instituição protossignificativa de abrangência leviatânica (panótica) que, ao existir pelos ideais utópicos (essencialistas) de liberdade, paz, solidariedade, bem-estar social, primariamente intrínseca a uma sociedade historicamente pressuposta, gerencia-se por um sistema normativo criado e atuado pela lógica da Ciência Dogmática do Direito" (LEAL, Rosemiro Pereira. O Juiz Hercúleo e a Letalidade do Estado Dogmático. **Delictae**, Vol. 2, nº 3. Jul./Dez. 2017, p. 116).

[7] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento e Cognição**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 114.

estudo crítico se desenvolverá, a partir da lógica do racionalismo crítico trabalhada por Karl Popper, buscando apontar as aporias na construção, aplicação e desconstrução dos precedentes judiciais.

Em relação à construção dos precedentes judiciais, buscar-se-á um método para afastar a carga autoritária e subjetiva da atividade jurisdicional, apresentando, ainda, uma ressignificação do princípio da isonomia, conforme proposição contida na Teoria Neoinstitucionalista do Processo. Por isso, será a questão analisada a partir do problema da indução, tal como proposto por Karl Popper[8], demonstrando que o método indutivo ocasiona o fortalecimento da Ciência Dogmática do Direito, que não se ajusta à *lógica da processualidade democrática.*

Em contraponto às criticadas teorias ideologizadas sobre os precedentes judiciais, demonstrar-se-á que uma teoria dos precedentes não se pode limitar somente à questão da necessária aplicação de uma decisão passada a uma lide futura, sendo necessário analisar como essa decisão passada foi construída. Em um contexto democrático, tem-se por inviável a utilização de uma decisão autoritária como precedente vinculante, sendo, por isso, necessário pesquisar como alcançar a legitimidade democrática dos provimentos jurisdicionais, o que dependerá de uma revisitação ao princípio da isonomia e da adoção da Teoria do Interpretante, desenvolvida pelo linguista Edward Lopes[9] e parcialmente acolhida pelo marco teórico aqui adotado.

Nesse contexto, será criticada a imposição de dogmas pelo Judiciário, que, atualmente, justifica a obrigatória aplicação dos precedentes como método de fundamentação das decisões, sem que haja qualquer oportunidade de refutação pelos interessados.

Por fim, no último capítulo, analisar-se-á a questão referente à desconstrução dos precedentes, a partir da refutabilidade como um elemento essencial da lógica da processualidade democrática, apresentando críticas ao denominado *overrulling*.

---

[8] Cf. POPPER, Karl. **Lógica da pesquisa científica.** São Paulo: Cultrix, 1972. POPPER, Karl. **Conhecimento Objetivo.** Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. POPPER, Karl Raimund. **Textos Escolhidos**. *In:* MILLER, David (Org.). Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 29.

[9] Cf. LOPES, Edward. **Discurso, Texto e Significação**. São Paulo: Cultrix, 1978. LOPES, Edward. **Fundamentos da Linguística Contemporânea.** São Paulo: Cultrix, 1995, p. 251.

A partir das referidas análises críticas, buscar-se-á, portanto, uma nova compreensão, que atenda aos enunciados de uma epistemologia jurídica contemporânea e que contemple processualmente a produção de um direito legítimo, democrático e fiscalizável, de modo a permitir a utilização de **precedentes vinculantes** como fundamentação das decisões.

CAPÍTULO I - A FALTA DE DEMARACAÇÃO TEÓRICA SOBRE OS PRECEDENTES JUDICIAIS

1 Da necessidade de construção de uma teoria dos precedentes judiciais

Uma teoria somente pode ser considerada científica "se atuar como eficiente linha auxiliar de esclarecimento das normas, institutos e instituições jurídicas"[10], não se prestando a promover somente uma racionalização da técnica para alcançar resultados úteis, motivo pelo qual não basta denominar algo como "teoria" e utilizar uma organização de ideias para ilustrar tão somente a prática.

Rosemiro Pereira Leal esclarece que o conceito de teoria, a partir da lógica de Karl Popper, deve ser compreendido como:

> (...) proposição formalizada dada à crítica e esta como apontamento (teórico) da ausência (deficiência) de conteúdos (consequências-implicações) na estrutura do discurso (narrativas) do conhecimento científico (teorias acerca de pretensões proibitivas de certezas absolutas[11].

Conforme Andréa Alves de Almeida, "as teorias, para terem validade científica, têm que se oferecer incessantemente à crítica do mundo da realidade fenomênica, tensionador da mente individual e de suas retrocargas recíprocas"[12]. Desse modo, "teorizar é construir uma solução provisória e hipotética de maior grau explicativo em relação a teorias concorrentes."[13], ou seja, limita-se a conjecturar, e não consiste em apresentar uma verdade que se pretenda absoluta e inquestionável. Assim, o estudo do Direito deve desenvolver-se por meio de teorias que não só justifiquem a técnica ou que busquem a melhoria dessa técnica, mas sim que pretendem apresentar

---

[10] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: Primeiros Estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 78.
[11] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo Como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 214.
[12] ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 26.
[13] SÁ, Silvio de. Teoria Processual da Relação Jurídica como Técnica Ideológica de Julgamento: Uma Estagnação Científica. In: BRETAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. **Técnica Processual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 94.

proposições, buscando aporias nas teorias já existentes e que permitam sua submissão à crítica.

Por isso, no contexto dos estudos dos precedentes judiciais, não se pode denominar de teoria uma limitada análise de seus conceitos básicos (*ratio decidendi*, *obter dictum*, *distinguishing, overruling*) importados do sistema de *common law*, seguida do frágil argumento de que os precedentes devem ser observados, para garantir segurança jurídica e um fictício tratamento igualitário a todos os jurisdicionados. Também não se verifica uma construção de conhecimento objetivo pelas supostas "teorias" dos precedentes desenvolvida no Brasil, que partem somente da observação dos modelos estrangeiros de utilização de precedentes e até mesmo da prática forense, não podendo ser consideradas como teorias científicas.

Como destaca Dierle Nunes, não existe, no Brasil, "uma teoria idônea dos precedentes, ocorrendo uma formação equivocada de padrões decisórios e uma preocupante aplicação mecânica desses padrões pelos julgadores do primeiro e segundo grau"[14]. No mesmo sentido, informa Hermes Zaneti Junior que, apesar da dependência dos precedentes criada na tradição de *civil law*, "como mostram as decisões dos juízos que cada vez mais fazem referência a precedentes, inexiste nesta uma teoria dos precedentes"[15].

Diversos autores vêm empreendendo estudos com o objetivo de elaborar uma teoria dos precedentes. Porém, sequer cuidam de esclarecer o que entendem por "teoria", trazendo meros resumos sobre suas crenças de como a atividade judicial deveria funcionar. Acabam assim desenvolvendo "teorias ideologizadas", ou seja:

> (...) que decorrem da técnica do proceder, através das quais métodos, ritos e formas são concebidos ou inventados para organizar, ordenar e disciplinar condutas de ação e preservação da unidade e mando nos grupos humanos, não estando tais teorias encaminhadas à análise lógica do conhecimento científico.[16]

---

[14] NUNES, Dierle. A Litigância de Interesse Público e as Tendências "não Compreendidas" de Padronização Decisória. **Revista de Processo**, Vol. 199, setembro/2011, p. 82.

[15] ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 21.

[16] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** Primeiros Estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 75.

Como aponta Rosemiro Pereira Leal, em crítica direta aos estudos desenvolvidos por Daniel Mitidiero, os autores que se dedicam ao estudo dos precedentes no Direito Brasileiro

> (...) estão mais preocupados em distinguir os conceitos históricos de precedentes, enunciados, súmula e jurisprudência, pouco se referindo às mutações semânticas do instituto do precedente ao ingressar no ordenamento jurídico brasileiro para guiar a construção jurisprudencial dos tribunais.[17]

Percebe-se que existe uma grande preocupação de encaixar no direito brasileiro conceitos trazidos dos sistemas de *common law* e de buscar justificativas para a prática forense de fundamentar decisões judiciais em julgamentos anteriores, mas não se verifica, de fato, uma tentativa de elaboração de teorias que adequem a questão dos precedentes judiciais ao paradigma de Estado atual, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

Além disso, a preocupação no desenvolvimento de uma metodologia dos precedentes parece buscar apenas satisfazer o fetiche de um procedimento célere, limitando-se a uma abordagem técnica acerca dos precedentes judiciais. E, segundo André Cordeiro Leal:

> Se quisermos empreender reflexões no Estado Democrático de Direito, não pode ser levada a sério nenhuma proposta de deformalização do processo ou de supressão de procedimentalidade, que, a pretexto de afastar limites burocráticos à "atividade jurisdicional", ou de extirpar entraves que emperrem a "máquina judiciária", buscam manter uma espécie de dominação social pela impossibilidade do discurso.[18]

Também se observa um foco desmedido na subjetividade do julgador, ainda existindo nos estudos jurídicos atuais a crença de que um julgador deva deter um "caráter quase sobre-humano"[19], carregando a virtude da justiça, já que, conforme as lições de Goldschmidt, este deverá atuar a partir de um processo mental, em que se verifica o que considera justo[20]. Essa análise

---

[17] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo. **Revista Brasileira de Direito Processual -RBDPro.** Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun./2017, p. 2.

[18] LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 153.

[19] MADEIRA, Dhenis Cruz *et all*. Processo, Jurisdição e Ação em James Goldschmidt. *In:* LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). **Estudos Continuados de Teoria Geral do Processo.** Vol. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005.

[20] GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo.** Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

subjetiva da atividade judicial faz com que não haja qualquer progresso em um estudo objetivo do Direito.

Diante dessa crítica inicial, torna-se possível perceber, **o que é a hipótese desta TESE**, que a instalação de mecanismos de construção e aplicação de precedentes no Direito Brasileiro ocorreu sem uma adequada demarcação teórica e sem qualquer preocupação do que seria uma teoria.

É a crítica trazida por Rosemiro Pereira Leal:

> Precedentes em qualquer das vertentes de *common law* e *civil law* pressupõem soluções de casos específicos gestada por argumentos egressos de uma razão jurisdicional performativa de uma lógica indutivo-analítica sem que as fontes da conflitualidade jurídica sofram refreamento (redução) jurídico (preventivo e comissivo) em seus efeitos devastadores e multiplicativos da massa social das contradições (problemas).[21]

O problema não se encontra na importação de mecanismos de outros modelos jurídicos, mas sim na falta de teorização e pesquisa acerca do problema, além de se encontrar, ainda, na ausência de preocupação em indicar uma teoria que atenda às diretrizes do Estado Democrático de Direito.

Assim, verifica-se a relevância de analisar o modelo de precedentes adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como aqueles "teorizados" dentro do sistema de *common law* e de *civil law*, a fim de apontar um modelo adequado à lógica da processualidade democrática.

2 O sincretismo de influências do direito comparado no direito brasileiro

Atualmente, predominam "dois grandes complexos de experiência jurídica existentes"[22], denominados c*ommon law,* que teve sua origem na Inglaterra e acabou se disseminando por suas colônias, e *civil law,* sistema que seria, em tese, adotado pelo direito brasileiro, também denominado sistema jurídico romano-germânico.

---

[21] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo. **Revista Brasileira de Direito Processual -RBDPro.** Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun./2017, p. 8.
[22] MARINONI, Luis Guilherme. **A Força dos Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 11.

Para que seja possível compreender a confusão teórica que permeia o ordenamento jurídico brasileiro, é necessário discorrer sobre a diferença entre esses modelos jurídicos, o que também permite verificar que o problema dos precedentes não é exclusivo de nenhum deles.

O sistema do *common law* (também chamado direito consuetudinário, comum, costumeiro), em sua origem, baseava-se "na pressuposição de que a fonte primordial do ordenamento jurídico são os fatores sociais costumeiros"[23]. Por este motivo, passou a se destacar por ter como principal fonte do direito a jurisprudência. Ou seja: ainda que existam legislações escritas, o direito é criado ou declarado, principalmente, por meio das decisões judiciais reiteradas, não havendo uma distinção clara entre criação e aplicação do Direito[24]. Nesse modelo, trabalha-se a ideia de que interpretação do ordenamento jurídico seja um todo coerente[25], sendo o direito constituído essencialmente pela jurisprudência, pelas decisões reiteradas e uniformes dos juízes e tribunais sobre determinadas questões. Assim, "as soluções dos casos em julgamento são obtidas pela adesão a um anterior precedente judicial obrigatório"[26].

Percebe-se que é um "sistema jurídico fragmentado, não codificado e ancorado principalmente na tradição", além de ter forte crença no historicismo, tendo como principal fonte o "costume reconhecido pelos órgãos com autoridade para dizer e interpretar o direito"[27].

Sobre o *common law,* afirmam Carlos Henrique Soares e Ronaldo Brêtas:

> No sistema da *common law,* o direito é constituído essencialmente pela jurisprudência (decisões reiteradas e uniformes dos juízes e tribunais sobre determinadas questões), sua fonte primeira, tratando-se, pois, por excelência, de um direito judiciário, no qual as soluções dos casos em julgamento são obtidas pela adesão a um anterior precedente

---

[23] LIMA, Newton de Oliveira. **Jurisdição Constitucional e Construção de Direitos Fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos.** São Paulo: MP, 2009, p. 81.

[24] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial:** A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 5.

[25] RIESENHUBER, Karl. English Common Law versus German Systemdenken? Internal versus External Approuches. **Utrecht Law Review**, Vol. 07, Issue 01. Jan. 2011, p. 124.

[26] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame Técnico e Sistemático do Código de Processo Civil Reformado. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana (Org.). **Processo civil reformado.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. v. 1. p. 408.

[27] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 4.

> jurisprudencial obrigatório (caso julgado), chamado *binding precedent*, que lhes servem de referência (*case law*).[28]

Esse modelo sempre foi marcado pela falta de força legislativa e, atualmente, também adota a chamada "doutrina do *stare decisis*", caracterizada pela obrigação de "respeitar as regras estabelecidas pelos juízes em decisões passadas"[29]. Conforme definição apresentada por Kozel, o *stare decisis* consiste em um "sistema analítico, utilizado para guiar as regras de decisão, visando resolver um caso concreto da mesma forma que se decidiu anteriormente nos Tribunais"[30]. Ainda, segundo Thomas da Rosa de Bustamante, o direito é buscado em um precedente que tenha resolvido determinado caso semelhante, em uma regra estabelecida pelo juiz em caso particular anterior[31].

Maurício Ramires destaca que sempre houve nos tribunais do *common law "*a preocupação de assegurar a coesão da jurisprudência, tentando-se considerar o conjunto de julgados passados para se solucionar um litígio presente"[32]. Portanto, diante da falta de força legislativa neste sistema, a jurisprudência deixa de ser somente uma fonte do direito e se torna "uma questão de sobrevivência para manter o sistema seguro e coeso"[33].

Assim, afirma Fazzalari que *o stare decisis* faz com que os juízes do *common law* se movam com pés de chumbo[34]. Todavia, o que não se move, diante de um sistema com base tão dogmática e historicista, é a própria ciência do Direito, como se pretende demonstrar.

Marta Morineau alerta que, tendo os Estados Unidos da América se convertido, após sua independência, em uma república federal, o direito histórico inglês teve que se desenvolver em uma estrutura política distinta

---

[28] SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual Elementar de Processo Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 84.
[29] RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.65.
[30] KOZEL, Randy J. Stare Decisis as Judicial Doctrine. **Washington and Lee Law Review.** Vol. 67, nº 2, 2010, p. 411.
[31] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial.** São Paulo: Noeses, 2012, p. 4.
[32] RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.65.
[33] NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes Vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 41.
[34] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual Civil.** Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 55.

daquela em que ele foi originalmente concebido, o que acabou por tornar necessárias algumas adaptações no modelo adotado por este país[35]. Algumas adaptações também foram necessárias por ter os Estados Unidos adotado uma Constituição escrita, sendo isto outro ponto de distanciamento da tradição inglesa[36]. O *common law* inglês, em razão da ausência de legislação escrita, depende totalmente da criação jurisprudencial e acabou por adotar uma ideia de "direito jurisprudencial mecânico", formando-se, ainda, "a partir do caso e os precedentes o ilustram, servindo para explicar o Direito nas decisões judiciais"[37]. Por outro lado, no *common law* americano, a liberdade da criação do direito pelos juízes encontra limite na supremacia da Constituição.

Desse modo, percebe-se que as adaptações ocorridas no sistema do *common law* nos Estados Unidos da América decorrem do fato de ter este Estado, assim como o Brasil, adotado o federalismo e, ainda, pelo fato de possuir Constituição escrita, a qual, em razão deste federalismo, apresenta variações entre os estados da federação[38]. Como ressalta Lênio Luiz Streck, "a organização judiciária americana é complexa: em parte por causa do sistema federal"[39].

Sobre o *common law* nos Estados Unidos da América, informa, ainda, René David:

> Tudo se encontra complicado, nos Estados Unidos, pelo novo elemento introduzido pela estrutura federal do país. Certamente, aspira-se a que o direito assegure a segurança das relações jurídicas e, neste aspecto, parece desejável uma rigorosa regra do precedente. Mas é também necessário evitar que se estabeleçam, entre o direito aplicado nos diversos Estados, diferenças irredutíveis; por isso é conveniente um enfraquecimento da regra. Em presença destas exigências contraditórias, concebe-se que os juristas americanos tenham evitado uma tomada de posição muito precisa. Conforme os

---

[35] MORINEAU, Marta. **Una Introduccion al Common Law.** México: Universidad Nacional Autonoma de Méximo, 2004, p. 69.

[36] MORINEAU, Marta. **Una Introduccion al Common Law.** México: Universidad Nacional Autonoma de Méximo, 2004, p. 77.

[37] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** Da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 30.

[38] Conforme destaca Mário Lúcio Quintão Soares, o federalismo norte-americano "é um produto histórico da transformação da confederação dos 13 estados sucessores da ex-colônias inglesas na América do Norte, tornadas soberanas, em um novo tipo de Estado, denominado Estado federal, através da Convenção de Filadélfia, que elaborou a Constituição de 1787" (SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado:** novos paradigmas em face da globalização. São Paulo: Atlas, 2008, p. 294).

[39] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 376.

> casos, porão em destaque o rigor ou a flexibilidade necessários ao direito jurisprudencial.[40]

No entanto, apesar da adoção do sistema federalista e de todas as divergências existentes entre os direitos dos Estados, existe "uma profunda e fundamental unidade no direito dos Estados Unidos", que deriva "de um certo número de fatores institucionais, mas sobretudo de um estado de espírito que reina no povo e nos juristas americanos"[41].

É o que informa René David:

> Assim, mesmo considerando a diversidade de leis entre os Estados da Federação, as decisões judiciais adotadas em um determinado Estado permitem mais do que uma solução razoável do litígio, permitindo sim que o julgador veja "a solução que deve ser dada ao litígio, salvo em circunstâncias particulares que justifiquem na espécie uma distinção.[42]

Nos Estados Federados, em razão de sua descentralização e da grande diversidade de órgãos que compõem a Federação[43], torna-se comum que os órgãos fracionários que exercem atividade jurisdicional adotem soluções distintas para as mesmas controvérsias jurídicas, fazendo com que a norma jurídica seja interpretada de formas diversas pelos Tribunais, fato denominado por Ronald Dworkin de "divergência teórica sobre o Direito"[44].

Assim como o Brasil, os Estados Unidos sofrem com o problema da diversidade jurisprudencial, por também adotarem o federalismo, descentralizando o poder do Estado em seus estados-membros, sendo certo que "o direito comparado é útil para um melhor conhecimento do nosso direito nacional e para o seu aperfeiçoamento"[45],

Por outro lado, o modelo do *civil law* (também denominado de romano-germânico em razão dos esforços comuns desenvolvidos nas universidades

---

[40] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 391.

[41] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 375.

[42] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 377.

[43] René David considera o Federalismo como um "elemento perturbador" na busca pela uniformidade do direito. (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 122).

[44] DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** Trad. Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 8.

[45] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5.

dos países latinos e dos países germânicos, que reiniciaram o estudo do direito romano) adota a concepção de que as normas de direito "devem constituir a base fundamental dos Códigos", os quais fornecem "as soluções jurídicas para os casos concretos de forma acessível ao povo e aos operadores ou práticos do direito"[46]. Assim, a história da intitulada família romano-germânica confunde-se com a crescente necessidade de racionalização conceitual dos institutos jurídicos, ocasionando a sua positivação.

Segundo René David, nesse sistema, a ciência do direito formou-se sobre a base do direito romano e os direitos foram elaborados, antes de tudo, por razões históricas, visando a regular as relações entre os cidadãos[47]. E, por isto, as decisões judiciais deveriam encontrar seu limite na lei[48], prevalecendo sempre o sistema do direito escrito, ou seja, a legalidade.

Todavia, em que pese a prevalência dos dois mencionados sistemas, dificilmente eles existem em sua forma pura, ou seja, sem qualquer influência de sistema diverso. O fato de o sistema de *civil law* ter como principal fonte a codificação não impede que exista uma grande relevância dos precedentes judiciais, compreendidos como decisões judiciais passadas que possam servir de direcionamento para novos provimentos jurisdicionais[49], já que persiste a ideia positivista de uma necessária atividade interpretativa do Judiciário para complementar as lacunas legais.

Entretanto, os precedentes no sistema do *civil law* não devem ter "potencialidade geradora de norma jurídica"[50], assumindo somente a função de interpretação da norma. Isto é: a lei torna-se o elemento principal para o conhecimento do direito, "mas ela não exclui outros elementos e apenas adquire sentido em conjugação com eles"[51].

---

[46] SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual Elementar de Processo Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 84.

[47] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 17/18.

[48] Nesse trabalho, é de se esclarecer que a lei deve ser compreendida como "instituição jurídico-popular em bases processuais de produção do direito democrático". (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 83).

[49] DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008, p. 1.

[50] BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária. **Revista da Escola Paulista da Magistratura.** nº 01, jan./jun. 2007, p. 42.

[51] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 90.

Por isso, é de se esclarecer que um dos grandes problemas jurídicos não se refere ao lugar de construção da norma (Legislativo ou Judiciário), mas sim ao monopólio dos sentidos dado à autoridade, o que ocorre em ambos os modelos. Assim, afirma Thomas da Rosa de Bustamante que "a criatividade judicial nos dois sistemas difere muito pouco, e que nos dois sistemas se verificam os mesmos problemas de legitimação da decisão judicial"[52], o que significa que, mesmo diante de um direito codificado, ainda existe espaço para que a atividade judicial se transforme em uma atividade de criação do julgador. Transferir a autoridade de estabilização de sentidos do Legislativo para o Judiciário não torna o direito democrático, também não se alcançando a legitimidade democrática pelo inverso.

Desse modo, não é possível defender que qualquer um dos dois modelos se encontra de acordo com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, se verificado que ainda se mantém a noção de que uma autoridade, seja ela legislativa ou judiciária, possa discricionariamente atribuir sentido ao direito.

Não se pode admitir, em um contexto democrático, na perspectiva da Constituição Federal Brasileira de 1988, um modelo de *common law*, em que se dependa da atividade criativa do julgador e de sua percepção dos problemas sociais (com clara influência da "Jurisprudência Sociológica", defendida por Roscoe Pound[53], que será melhor abordada no tópico seguinte). De outro lado, também não se pode admitir um modelo de *civil law,* em que se concebe o magistrado como único intérprete legítimo da norma, muito menos quando sequer se preocupa com a construção democrática da lei.

Tanto o *common law*, quanto o *civil law* consistem em modelos que ficam reféns da atuação da autoridade, se não teorizados a partir de conjecturas democráticas. Assim é que "a frustração de Weber ao imaginar uma racionalidade progressiva para o direito escrito (lei) ocorreu na vertente

---

[52] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial:** A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 2.

[53] Cf. POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law**. New Haven: Yale University Press, 1924; POUND, Roscoe. **Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico.** Barcelona: Ariel, 1950; POUND, Roscoe. **The Formative Era of American Law.** Boston: Little, Brown and Company, 1938.

desse sincretismo do *Common Law* e *Civil Law* onde o mito e a utopia se articulam pela burocracia legalista”[54].

Como frequentemente ocorre nos estudos jurídicos brasileiros, essa importação não foi fonte de pesquisa no âmbito do direito processual democrático, a adequar os mecanismos de construção, aplicação e desconstrução de precedentes às diretrizes do Estado Democrático de Direito.

3 Instrumentalidade do processo e a jurisprudência sociológica

O projeto de construção de um Estado Democrático de Direito inclui o imprescindível rompimento com a teoria do Estado Mínimo dos neoliberais e com a superação do paradigma do Estado Social, comprometendo-se, de modo amplo e irrestrito, “com a liberdade política de participação para equacionar o número de demandas e as respostas surgidas na problemática do povo”[55].

Em razão da consagração jurídico-constitucional desse novo paradigma, o processo deve ser analisado sob uma perspectiva democrática e, por isso, é necessário romper com as teorias do processo que permitem a concepção da atividade jurisdicional como um poder do Estado. O rompimento deve ser estabelecido, principalmente, com a Teoria do Processo como Relação Jurídica, sistematizada por Oskar von Bülow, segundo a qual o processo é uma relação jurídica entre autor, réu e juiz[56]. Tal teoria foi trazida ao Brasil por Enrico Tulio Liebman, influenciando não só a legislação processual brasileira, mas também os estudos de direito processual, ocasionando a fundação da Escola Instrumentalista do Processo.

Ao apresentar sobre a doutrina instrumentalista, Cândido Rangel Dinamarco deixa claro que a função jurisdicional tem por escopo fundamental a paz social, tratando-se de sistema voltado à pacificação de conflitos, mediante

---

[54] LEAL, Rosemiro Pereiro. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 79.
[55] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** Primeiros Estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 55.
[56] Cf. BÜLOW, Oskar von. **Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais.** São Paulo: LZN, 2005.

critérios justos[57], além de apontar, como aspecto positivo da instrumentalidade, a fundamentação do processo em escopos metajurídicos. Veja-se:

> O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da 'efetividade do processo' e conduz à assertiva de que 'o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais'.[58]

Para a doutrina instrumentalista, "o conceito de jurisdição não seria jurídico, mas, político, já que ela é expressão do poder do Estado"[59], fazendo com que a atividade do juiz seja influenciada por seus próprios princípios ideológicos, construída unilateralmente por sua clarividência, em uma atividade solitária e solipsista, o que, obviamente, diante das considerações anteriormente feitas, não é compatível com a noção democrática de processo. Ou seja, ao tratar o processo como um instrumento de busca pela paz social e pela justiça, admite-se que o magistrado se torne a figura suprema da relação processual e atue de forma discricionária e arbitrária, desconsiderando a atuação das partes/participação popular, o que não se mostra consentâneo com a atual conjuntura constitucional. Segundo Ronaldo Brêtas, o equívoco na referida doutrina estaria em sugerir que seja o processo instrumento da jurisdição, quando, na verdade, o correto parece ser o contrário, isto é, a jurisdição é o instrumento do processo[60].

Também merece destaque a crítica apontada por Rosemiro Pereira Leal, no sentido de que a adoção de tal doutrina levou à falta de efetividade do direito:

> A inefetividade do direito, ao longo dos milênios, máxime, com maior transparência, a partir do séc. XVI, ocorre pela entrega da atuação do direito ao Estado Dogmático, isto é, àquele que, como Estado-juiz, filia-se à dogmática analítica, em que a crença na clarividência do decisor prevalece sobre a lei

---

[57] DINARMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** São Paulo: Malheiros, 1996, p. 159-161.

[58] DINARMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** São Paulo: Malheiros, 1996, p. 319.

[59] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 157.

[60] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame Técnico e Sistemático do Código de Processo Civil Reformado. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana (Org.). **Processo civil reformado.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. v. 1. p. 415.

> parlamentarizada a pretexto de que a lei é dotada de uma incompletude fatal.[61]

Rosemiro Pereira Leal afirma ser necessária a superação dessa teoria, uma vez que o Estado Democrático de Direito serve "de apoio ao desenvolvimento das teorias do processo desconectadas do Estado Social e da retrocarga que pende sobre a figura idealizada de um julgador magnânimo"[62]. Ou seja: a figura do juiz inquestionável, detentor de todo o conhecimento necessário, para salvar a sociedade de suas mazelas, não mais cabe em um contexto democrático.

Todavia, ainda se encontra muito presente na legislação e na doutrina consideráveis resquícios dessa doutrina, o que justifica o apontado sincretismo entre *common law* e *civil law*, apoiado na Jurisprudência Sociológica de Roscoe Pound[63].

Para os teóricos da jurisprudência sociológica, o "Direito é ou deve ser a maximização das necessidades sociais e a minimização dos custos e tensões sociais"[64], ou seja, a função da atividade jurisdicional é alcançar a paz social e os demais escopos metajurídicos ideologizados pela doutrina instrumentalista.

Para Roscoe Pound, a finalidade da lei seria satisfazer os desejos sociais, por meio da organização da conduta humana por meio de uma organização político-social[65]. Acrescenta que o intérprete da lei nem sempre consegue localizar uma lei que se adeque ao caso em julgamento, precisando, portanto, criar uma nova legislação. Afirma, assim, que as funções judiciais e legislativas se complementam[66]. Como aponta Henrique Garbellini Carnio, "sua

---

[61] LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: Uma Trajetória Conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 3.

[62] LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático.** São Paulo: Mandamentos, 2002, p. 31.

[63] Cf. POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law**. New Haven: Yale University Press, 1924; POUND, Roscoe. **Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico.** Barcelona: Ariel, 1950; POUND, Roscoe. **The Formative Era of American Law.** Boston: Little, Brown and Company, 1938.

[64] SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 29

[65] POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law.** New Haven: Yale University Press, 1924, p. 99.

[66] POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law.** New Haven: Yale University Press, 1924, p. 105.

proposta teórica foi, autenticamente, a de pensar o direito como experiência – desenvolvido pela razão”[67].

Assim, defende Pound o abandono da lei, com sua consequente entrega à “jurisdição dos juízes”[68], uma vez que estes seriam capazes de tornar o direito um instrumento de avanço social. Por isso, elabora sua ideia de Jurisprudência Sociológica a partir da crítica à separação das funções do Estado, apontando ser inviável confiar somente na atividade legislativa, de modo ser necessário trazer para a atividade jurisdicional uma maior possibilidade de atuação criativa. Nesse sentido:

> Tem sido fácil aceitar a teoria política, baseada no dogma da separação dos poderes, e compreender que as cortes apenas interpretam e aplicam a lei, que toda a elaboração de leis vem da atividade legislativa, que a corte deve “deixar a lei como a encontrou”, como se pudesse sempre achar um texto pronto para cada caso. Também tem sido fácil aceitar a teoria da justiça segundo a qual a lei não pode ser fabricada, mas tão somente encontrada e que o procedimento de localização da lei é decorrente somente da observação e da lógica, não envolvendo qualquer elemento criativo.[69]

A Jurisprudência Sociológica de Pound foi, em verdade, uma extensão do pensamento do Oliver Wendell Holmes[70], que, ao rechaçar a teoria do formalismo legal, trouxe para o direito a preocupação com o contexto social, fortalecendo, assim, a ideia ancorada no senso comum de que é o direito que deve acompanhar as evoluções da sociedade, de modo que “prevalece a tentativa de assegurar ao fator humano (experiência) o lugar central em todo o nosso esquema de pensamento e ação”[71].

---

[67] CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes Judiciais ou “Direito Jurisprudencial Mecânico”?. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016, p. 83.

[68] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 93.

[69] POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law.** New Haven: Yale University Press, 1924, p. 107.

[70] Oliver Wendell Holmes apresenta uma ideologia denominada de realismo jurídico, apresentando uma concepção realista, afirmando que o Direito não é uma questão lógica, mas sim de experiência, que incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos e, por isso, não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros matemáticos. (HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law.** Boston: Little, Brown and Company, 1881, p. 1).

[71] CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes Judiciais ou “Direito Jurisprudencial Mecânico”?. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016, p. 89.

Desse modo, quando a norma previamente estabelecida (seja pela via legislativa ou pela via judicial) aparentar ser inadequada para a resolução de uma questão atual, os dados sociológicos devem ser considerados como fundamentais para o julgador, que poderá fazer o direito evoluir, acompanhando a evolução social.

A influência desta ideologia de Pound na importação brasileira do modelo de *common law* faz com que persista a "mítica dos ideais de falaciosa justiça, paz, bem comum e fins sociais de um direito que pode ou não ser legislado"[72], mantendo viva, por consequência, a famigerada instrumentalidade do processo.

4 Crítica às teorias ideologizadas sobre precedentes

Na literatura jurídica brasileira, merecem maior destaque quatro concepções desenvolvidas acerca da aplicação de precedentes vinculantes, sendo elas elaboradas por Luiz Guilherme Marinoni, Hermes Zaneti Junior, Thomas da Rosa de Bustamante e Alexandre Freitas Câmara. Em que pese diferirem quanto ao marco teórico adotado, verifica-se que as três primeiras teorias apresentam como semelhança o fato de somente se limitarem ao problema da aplicação dos precedentes e defenderem, ainda que por motivos diversos, a irrestrita observância daqueles considerados obrigatórios/vinculantes, salvo em caso de *distinguishing* (distinção) ou *overruling* (superação).

Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra "Precedentes Obrigatórios"[73] aponta vícios no modelo de precedentes que era adotado no direito brasileiro e defende a força dos precedentes obrigatórios, argumentando que a lei seria insuficiente para proporcionar segurança jurídica e previsibilidade das decisões, objetivos que seriam alcançados quando casos iguais são resolvidos

---

[72] LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo:** uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 14.

[73] Nesse estudo, optou-se pela análise da obra editada em 2013, antes da vigência do novo Código de Processo Civil, uma vez que a proposta do autor foi aquela adotada pelo novo texto legislativo. Desse modo, nos interessa mais a proposta "teórica" por ele formulada do que somente a análise da lei vigente.

por iguais decisões. Portanto, afirma que os institutos do *common law* apresentam fundamental importância ao aperfeiçoamento do direito brasileiro, notadamente por se sustentarem nas ideias de igualdade, coerência, estabilidade da ordem jurídica e previsibilidade[74].

Nas palavras do autor:

> A força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*. O *civil law* vive, atualmente, a contradição entre o juiz das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação dos poderes. Na verdade, a doutrina esquece de esclarecer que o juiz da Revolução Francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias que correm, outra figura.[75]

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, "é imperiosa a necessidade de reconhecimento da eficácia vinculante dos fundamentos determinantes das decisões judiciais"[76], acrescentando que devem ser consideradas como precedentes aquelas decisões dotadas de "potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados"[77].

Assim, esclarecem Marinoni e Mitidiero:

> Nesta dimensão fica claro que um precedente não é somente uma decisão que tratou de uma dada questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidades externas que escapam ao seu conteúdo. Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delineia, deixando-a cristalina. [78]

Afirmam que "é preciso conferir a devida autoridade aos precedentes dos tribunais superiores, independentemente de derivarem, ou não, da técnica

---

[74] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 15.
[75] MARINONI, Luis Guilherme. **A Força dos Precedentes.** Salvador: JusPodivm, 2010, p. 18.
[76] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 164.
[77] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 164-165.
[78] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 165.

do julgamento dos recursos repetitivos”[79], o que permitiria garantir a previsibilidade dos provimentos jurisdicionais.

Nesse contexto, afirma Luiz Guilherme Marinoni que a observância dos precedentes “é necessária para garantir a coerência da ordem jurídica, a igualdade, a estabilidade e a previsibilidade, além de favorecer a efetividade do sistema de decisões”[80]. Defende a ideia de que não podem existir decisões conflitantes em casos semelhantes, uma vez que tal situação expressa “uma ordem jurídica destituída de coerência”, além de representar uma “negação da previsibilidade e da confiança justificada depositada nos atos do Poder Público”[81].

Portanto, apresenta como proposta algo bastante similar ao que foi adotado pelo Código de Processo Civil de 2015. Sustenta a necessidade de atribuição de efeitos vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, às decisões do Superior Tribunal de Justiça em que houver sido firmado entendimento sobre interpretação de lei federal e às decisões dos Tribunais de Segunda Instância proferidas em incidentes destinados à interpretação de jurisprudência. Ainda aponta a possibilidade de não aplicação do precedente vinculante quando “o Tribunal ou juízo distinguir o caso sob julgamento, mediante argumentação racional e justificativa convincente”[82] ou a possibilidade de revogação do precedente pelo próprio Tribunal que o construiu.

Verifica-se que a proposta de Marinoni se resume a implantar uma técnica de julgamento, em que o magistrado deva obrigatoriamente seguir os entendimentos dos tribunais superiores, com o único intuito de garantir a denominada “segurança jurídica”, por ele entendida como a garantia que tem os jurisdicionados de obter resultados idênticos. Pretende, em verdade, evitar que existam provimentos jurisdicionais diferentes sobre fatos idênticos.

---

[79] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 172.
[80] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 18.
[81] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 492.
[82] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 522.

Não há, por outro lado, uma preocupação sobre a forma de construção do provimento que será considerado um “precedente”, afirmando somente que basta a manifestação das partes do caso paradigma para que tal julgado tenha validade a ponto ser utilizado como fundamento em casos posteriores. Veja-se:

> O precedente obrigatório, embora se relacione com pessoas que não participaram do processo, tem a sua legitimidade condicionada a ter sido proferido em processo com adequada participação dos litigantes em contraditório, os quais zelam para que a tese jurídica não seja desfigurada. Assim, a preocupação, como parte, com os efeitos da decisão, ou, mais precisamente, com a coisa julgada, curiosamente confere legitimidade à eficácia do precedente obrigatório em relação aos terceiros.[83]

Verifica-se que a proposta apresentada por Marinoni pode ser concebida como uma “teoria ideologizada”, ou seja, destinada a “organizar, ordenar ou disciplinar condutas de ação e preservação da unidade e mando nos grupos humanos”[84]. Isso porque se preocupa tão somente com a busca de um mecanismo que permita a previsibilidade dos provimentos jurisdicionais, não se preocupando se tal mecanismo alcançará a legitimidade democrática desses provimentos.

De forma bastante similar, Hermes Zaneti Junior, ao estudar os precedentes judiciais, já aponta, inicialmente, que tal estudo dar-se-á pelo ponto de vista dogmático e terá como objetivo “indicar um modelo formal normativo de precedentes que pode ser compatibilizado com modelo garantista”[85].

Considerando a compreensão do Estado Democrático como não dogmático, já se verifica o primeiro problema da “teoria” desenvolvida pelo referido autor. Se considerada a ciência dogmática do direito como ponto de partida, fica fácil defender a ideia de que o Código de Processo Civil teria alcançado um modelo ideal de precedentes judiciais, já que a vinculação nele prevista não é nada mais do que um mecanismo de perpetuação de dogmas construídos pelo Judiciário. E, como aponta Rosemiro Pereira Leal, “a ciência

---

[83] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 215.
[84] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: Primeiros Estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 75.
[85] ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 18.

dogmática do direito ainda dorme ninada nos braços e abraços de gerações seculares de julgadores nostálgicos cujo saber é retirado do seu poder de decidir”[86].

Assim, em uma pesquisa que se pretende ter bases democráticas, há que se abandonar a ciência dogmática do direito, o que não é feito na ideologia desenvolvida por Hermes Zaneti Junior, como também não faz boa parte da literatura jurídica que se autoproclama “democrática”.

Também é possível apontar outra crítica inicial acerca do marco teórico adotado pelo autor, uma vez que, conforme extensa pesquisa de doutorado desenvolvida por Vinícius Lott Thibau, o garantismo defendido por Luigi Ferrajjoli[87] não é compatível com o processo democrático. Segundo Thibau:

> (...) o garantismo recepciona o pressuposto dogmático de que a lei é sempre acometida de uma incompletude fatal, para, a partir desse acolhimento, asseverar o vazio normativo como recinto de atuação jurisdicional desprocessualizada.[88]

Em que pese Zaneti Junior defender a ideia de que o “modelo garantista” seria adequado para a instauração do processo democrático, verifica-se que tal modelo acaba por reforçar as “teorias” que se apoiam numa inafastável autoridade do julgador, sendo esta cada vez mais ativista.

Desse modo, diante do esclarecimento do autor acerca do marco teórico adotado, pode-se perceber que a proposta por ele desenvolvida não se coaduna com as diretrizes do Estado Democrático de Direito.

Ademais, o autor ainda defende que o sistema brasileiro seria híbrido adotando institutos tanto do *civil law* quanto do *common law,* sendo que estes últimos começaram a ser importados desde a Constituição de 1988, quando foi adotado o sistema de controle de constitucionalidade, inspirado pela *judicial review* do *common law.*[89] Equivocadamente, Zaneti Junior ainda cuida de diferenciar os dois sistemas, argumentando que o sistema do *common law* seria um sistema predominantemente argumentativo, permitindo uma “posição

---

[86] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do Processo**: Primeiros Estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 357.
[87] Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
[88] THIBAU, Vinícius Lott. **Garantismo e Decisão Jurídica Imparcial**. Tese (Doutorado em Direito Processual). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2017, p. 157.
[89] ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 16.

simétrica entre as partes", enquanto no *civil law*, haveria a "predominância do Estado-Juiz na relação processual (juízo assimétrico)", ligado à noção "bárbara" do "direito a serviço da pacificação social"[90].

Esse autor aponta como grande vantagem do sistema do *common law* a permissão criativa dada ao julgador, a partir da ideia de que a norma seria fatalmente incompleta, enquanto não fosse por ele interpretada.

> Já na sentença como ato de vontade, portanto ato criativo, o juiz está influenciado pela sua conformação social, pelo seu conhecimento da matéria e pelas peculiaridades dos casos e deverá tratar o problema (*thema in decidendum*) em conjunto com as partes. Assim, o juiz exerce uma atividade criadora, que é complemento necessário à atividade legislativa ordinária e, mais de tudo, característica do novo modelo do direito que se forma no pós-positivismo.[91]

Entende, desse modo, que o sistema jurídico fundado no princípio da reserva legal, na legalidade, tem o julgador como um "juiz-burocrata, aplicador lógico do direito, sem a interferência da vontade criativa na jurisprudência"[92], afirmando, ainda, que a constitucionalização decorrente da instituição do Estado Democrático de Direito fez com que a jurisprudência se tornasse uma das fontes primárias do direito, ao lado da lei[93].

Essa diferenciação faz parecer que o *common law* estaria estabelecido sobre a Teoria Constitucionalista do Processo[94], já que o referido autor apresenta tal sistema como aquele mais alinhado ao paradigma constitucional de Estado Democrático de Direito. Todavia, como se pretende demonstrar, o

---

[90] ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 51.

[91] ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional:** O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 188.

[92] ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 53.

[93] ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional:** O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 56.

[94] A origem dos estudos acerca do processo em conjunto com o texto constitucional remonta ao mexicano Hector Fix-Zamudio (FIX-ZAMUDIO, Hector. **Constituición y Proceso Civil en Latinoamérica.** México: Instituto de Investigaciones Juridicas, 1974) e ao uruguaio Eduardo Couture (COUTURE, Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil***: Discursos, Ensaios e Conferências.* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008), sendo trazida ao direito brasileiro por José Alfredo de Oliveira Baracho. Ao apresentar esta teoria, Baracho afirma que "o direito processual tem linhagem constitucional, circunstância que dá maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todas as instâncias" , ainda acrescentando que "o processo constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais" (BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. **Direito Processual Constitucional:** Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.14 e p. 45).

que aproxima o processo da Teoria Constitucionalista, não é a sua fonte, mas a forma como o procedimento se estrutura.

Ademais, não se pode reconhecer que a Teoria Constitucionalista do Processo, tal como trabalhada por Zaneti, seja adequada ao Estado Democrático de Direito, uma vez que esta se vincula ao garantismo processual, de forma com que o julgador se encontre na condição de "portador de autoridade-poder jurisdicional"[95]. É o que esclarece Rosemiro Pereira Leal:

> (...) os filiados à teoria constitucionalista do processo (sem explicar qual teoria processual é informativa dessa constitucionalidade) acabam reproduzindo o ensino dos instrumentalistas büllowianos que transplantam, para o plano constitucional, o processo como instrumento de uma jurisdição constitucional (a atividade dos juízes guardiães da lei) com escopos metajurídicos capellettianos de fazer justiça social em critérios não esclarecidos por supostas probidade e seriedade (pós-positivismo) de operadores virtuosos do direito.[96]

Por esse motivo é que Zaneti afirma elaborar uma teoria dos precedentes, que, ao mesmo tempo, é democrática e dogmática, defendendo, contraditoriamente, que, no "Estado Democrático Constitucional", a "autoridade do Judiciário está, em grande medida, atrelada à capacidade de fundamentar adequada e racionalmente suas decisões, bem como, por evidente, em sua correspondência ao ordenamento jurídico"[97].

Zaneti, assim como os autores anteriormente mencionados, confunde a noção de racionalidade, não fazendo uma devida análise desse conceito. Considera racional a ideia de que os casos idênticos devem ser tratados da mesma forma e que, por isso, os provimentos jurisdicionais deveriam ser todos idênticos. Veja-se:

> A principal razão para a adoção de um sistema de precedentes é a racionalidade, ou seja, a premissa de que as decisões judiciais devem tratar igualmente os casos iguais, porque, quando foram decididas, assim o foram com a pretensão de universalidade e estabeleceram-se, por consequência, como ônus argumentativo em relação às decisões futuras que destas pretendam se apartar.[98]

---

[95] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** Primeiros Estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 405.
[96] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: Primeiros Estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 405-406;
[97] ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 211.
[98] ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 333.

E afirma:

> Existindo um Poder Judiciário, devem haver meios de controle sobre a racionalidade de suas decisões de forma a garantir a uniformidade e a continuidade do direito para todos os casos análogos futuros.
> A racionalidade das decisões é garantida na medida da possibilidade de universalização para todos os casos análogos a partir das mesmas razões de decidir.[99]

Percebe-se claramente que o autor em questão defende a utilização de precedentes como uma forma de garantir que todos os casos análogos sejam julgados de maneira idêntica. Por isso, afirma que:

> Na base desta teoria dos precedentes está o imperativo categórico da universalização, como razão principal de um modelo de precedentes racional, determinando que as decisões que formarão os precedentes devem ser pensadas de forma a garantir que qualquer pessoa racional, em um momento futuro, deveria tomar as mesmas decisões.[100]

Há que se criticar este conceito de racionalidade adotado por Hermes Zaneti, já que se trata de uma racionalidade kantiana, partindo da utilização dos precedentes como se fossem imperativos categóricos, como se fosse possível estabelecer, por meio de provimentos jurisdicionais, uma única resposta correta, universal e imutável para as questões jurídicas.

É, ainda, curioso observar como o autor em questão tenta se desvencilhar do positivismo, mas ainda adota o pensamento de Kelsen, trazendo o juiz como único intérprete legítimo da norma e verdadeiro guardião da racionalidade necessária para a construção de uma sentença. E, conforme critica André Cordeiro Leal:

> (...) afirmar ser necessário atribuir um poder criativo a um juiz que se coloque como “intermediário” entre a lei e seus “consumidores” é exatamente dizer que o juiz deverá, por sua sensibilidade, dar uma criativa operacionalidade ao direito. [101]

---

[99] ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 291.
[100] ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 20.
[101] LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 67.

Assim é que Zaneti adota em seu discurso uma crítica ao positivismo, mas acaba por revisitá-lo, incorrendo em um equívoco comum dos que se denominam “neo-positivistas” ou “pós-positivistas”, tal como aponta Leal:

> O neo-positivismo coroa a hermenêutica jurídica para legitimar o seu discurso e desenvolver suas matrizes ideológicas. Afinal não mais se precisa mudar a lei, o que desgastaria o direito, gerando nova crise de confiança e segurança, mas o enfoque a ela dado, o que somente é possível, segundo os pós-positivistas, com a participação do magistrado no desenvolvimento e aperfeiçoamento e direcionamento do direito.[102]

Assim é que o chamado neo-positivismo ou pós-positivismo nada traz de novo. Discute-se o fim do “dogma da onipotência do legislador”[103], mas transfere-o para um novo dogma, o da onipotência do julgador.

A terceira “teoria” a ser abordada é a elaborada por Thomas da Rosa de Bustamante, que busca elaborar uma “teoria genuinamente normativa dos precedentes judiciais”, de forma a estabelecer uma forma racional de utilização dos precedentes como justificação de decisões concretas. Assim, afirma:

> As decisões jurídicas estão dotadas de uma pretensão de correção e racionalidade que torna obrigatório que os juízes se esforcem para justificar suas decisões, não apenas na sua própria autoridade, mas na racionalidade e no potencial de legitimação que os argumentos possuem para as decisões práticas de modo geral.[104]

Amparado na ideia de que a atividade judicial sempre consiste numa atividade interpretativa do julgador, Bustamante busca racionalizar a atividade de aplicação dos precedentes em casos futuros, afirmando que “cada decisão concreta é considerada como uma norma universalizável que merece passar por um discurso de justificação, e num momento posterior, ser imparcialmente aplicada”[105].

---

[102] LEAL, Rosemiro Pereira. Exposição de Motivos de um Possível Novo Código de Processo Civil – Introdução Geral. In: LEAL, Rosemiro Pereira; ALMEIDA, Andréa Alves. **Comentários Críticos à Exposição de Motivos do CPC de 1973 e os Motivos para a Elaboração de um Novo CPC**. Franca: Lemos e Cruz, 2011, p. 39.

[103] TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria Geral do Processo:** Em conformidade com o Novo CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 31.

[104] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial:** A Justificação e a Aplicação das Regras Jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, p. XXI.

[105] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial:** A Justificação e a Aplicação das Regras Jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, p. 541.

Trabalha com a ideia de que as normas jurídicas (assim como as morais) apresentam uma "indeterminação pragmática", sendo necessário, diante de uma situação, analisar todas as circunstâncias que possam permitir a aplicação de uma norma[106]. Por isso, sustenta que "não pode haver um sistema jurídico racional sem um método universalista e imparcial de aplicação do Direito Positivo"[107], apontando, ainda, que não existem apenas razões institucionais para se seguir um precedente, mas também razões morais.

Portanto, define precedentes judiciais como "enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação", afirmando ser "trabalho do aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma"[108].

Da mesma forma que as teorias anteriormente mencionadas, não há uma preocupação do autor em discutir se há legitimidade democrática na construção do precedente, limitando-se a buscar uma racionalidade em sua aplicação. Ademais, ao buscar essa racionalidade, Bustamante trabalha o desenvolvimento de métodos intelectuais do julgador, como se fosse esse o único sujeito envolvido na construção do provimento jurisdicional. Para tanto, se vale de uma conjugação da teoria da argumentação de Robert Alexy com a teoria desenvolvida por Klaus Günther, que propõe a diferenciação entre "justificação" e "aplicação". Sobre a teoria de Günther, esclarece:

> Günther reconhece, desde o início, a impossibilidade de existir uma "norma perfeita" capaz de prever, abstratamente, todas as suas hipóteses de aplicação, de sorte que o discurso de justificação das normas em geral se processa mediante certas condições de limitação decorrentes da incapacidade geral de se prever – de antemão – todas as situações em que a norma deverá ser aplicada e, eventualmente, excepcionada. Por conseguinte, remete-se para um momento posterior – o da atual aplicação da norma às hipóteses abstratamente reguladas por ela – o debate sobre sua adequação ao contexto fático e jurídico sobre o qual vai incidir.[109]

---

[106] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial:** A Justificação e a Aplicação das Regras Jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, p. 224.
[107] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial:** A Justificação e a Aplicação das Regras Jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, p. 254.
[108] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial:** A Justificação e a Aplicação das Regras Jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.
[109] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial:** A Justificação e a Aplicação das Regras Jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, p. 211.

Ao buscar a mencionada diferenciação, Bustamante trata o precedente como uma norma universal (repetindo a racionalidade kantiana também trabalhada por Hermes Zaneti Júnior), cuja aplicação deve ser analisada diante de cada caso em particular. Ou seja: adota o método indutivo, buscando uma resposta a partir do universal para o singular.

Verifica-se que essas teorias ideologizadas dos precedentes estão somente apresentando métodos capazes de acelerar a prestação da atividade jurisdicional, de controlar a atividade do juiz pelo próprio Judiciário ou ainda de estabelecer métodos para controlar a atividade intelectual do julgador. Não se buscam formas de controlar o Judiciário pelo povo[110]. Aliás, muito pouco se fala em participação dos legitimados ao processo, desconsiderando, por completo, o contraditório e, assim, perpetuando o mito de que uma decisão seria construída somente pela subjetividade do julgador.

Por fim, é de se abordar a teoria de precedentes desenvolvida por Alexandre Freitas Câmara, como tese de doutoramento defendida na PUC Minas, publicada sob o título "Levando os Padrões Decisórios a Sério" (com clara influência de Ronald Dworkin desde a escolha do título), em que há preocupação, não só com a aplicação dos precedentes judiciais, mas também com a forma de construção desses precedentes.

O autor defende a necessidade de uma releitura do princípio do contraditório, para legitimar a formação e a aplicação de padrões decisórios dotados de eficácia vinculante.

Assim afirma:

> (...) somente padrões formados em procedimentos cuja estrutura seja composta de modo a impor essa ampliação do contraditório e se desenvolvam segundo uma comparticipação qualificada é que podem, legitimamente, ser dotados de eficácia vinculante, enquanto outros pronunciamentos só podem ser empregados como precedentes argumentativos ou persuasivos.[111]

---

[110] É de se destacar que, na teoria neoinstitucionalista do processo, o povo deve ser compreendido como a comunidade jurídica de legitimados ao processo "(LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 359), ou seja, legitimados "à construção e reconstrução dos conteúdos jurídicos" (GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 200).

[111] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério.** Rio de Janeiro: Forense, 2018 p. 5.

Para alcançar essa releitura do contraditório, o autor se baseia na ideia de “comparticipação” trabalhada por Dierle Nunes[112], de modo que propõe “um modelo processual em que todos os sujeitos participam (com + participam) da construção dos resultados, é que se fala em processo comparticipativo”[113].

Desse modo, sustenta Câmara que a formação do precedente depende de uma deliberação qualificada, de modo que o contraditório seja subjetivamente ampliado, com a participação de interessados na matéria discutida e de *amici curiae*, além da realização de audiências públicas, para assegurar que todos os interesses estejam representados no processo. Pretende, portanto, que o debate da questão não se limite “aos atores do processo originariamente instaurado”[114].

Apesar de tal preocupação já representar um significativo avanço em relação às teorias anteriormente abordadas, verifica-se que não há um cuidado do autor em buscar métodos de afastar a subjetividade do julgador, nem mesmo de instaurar a participação isonômica das partes na construção do provimento jurisdicional (o que, neste trabalho será objeto de crítica em momento posterior). A proposta não analisa como tais manifestações serão consideradas na atividade interpretativa. Dessa forma, acaba-se por afluir em um mesmo problema das demais teorias: ausência de controle da legitimidade democrática do precedente construído, tanto é que se vale da metáfora dworkiniana do Juiz Hércules para garantir o caráter democrático e comparticipativo do processo de construção de precedentes. E, como será abordado adiante, a criação de um magistrado hercúleo constitui uma fantasia da filosofia do direito, com extremo foco na capacidade, idoneidade e perícia de um julgador, sem que a pesquisa se volte para a estruturação do procedimento de forma a garantir uma hermenêutica isomênica.

Há, assim, um grande foco na figura do julgador, apontando Câmara que a natureza vinculante do precedente somente poderia ser alcançada se garantida uma colegialidade qualificada, a partir de um sistema de deliberação *per curiam.* Valendo-se novamente de Dworkin, Câmara afirma que a

---

[112] Cf. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2011.
[113] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério.** Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 82.
[114] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério.** Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 179

construção de um provimento jurisdicional colegiado, “os integrantes do órgão colegiado devem, portanto, dialogar entre si de modo a identificar qual é o entendimento a ser adotado pelo tribunal (por maioria ou unanimidade) e o divulgar como sendo a decisão do tribunal”[115], tal como se fosse um “romance em cadeia”.

Por fim, insiste na ideia que orienta o Código de Processo Civil de 2015, segundo a qual “o princípio da igualdade impõe a construção de mecanismos de padronização decisória, vez que é essencial assegurar que, diante de casos idênticos, as soluções alcançadas por meio da atividade processual sejam idênticas”[116]. Assim, constata-se que também não há, nesta teoria, uma necessária pesquisa sobre como deve ser compreendida a isonomia no contexto democrático, o que será objeto de estudo neste trabalho.

[115] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério.** Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 253.
[116]CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério.** Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 344.

CAPÍTULO II – OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

1 Considerações Gerais

A partir do falacioso ideal de garantir segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados, a legislação brasileira, de 2004 em diante, passou a contar com diversos mecanismos de construção de precedentes judiciais obrigatórios: a Súmula Vinculante, a Repercussão Geral, os Recursos Repetitivos, o Incidente de Assunção de Competência e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Conforme ressalta Gustavo de Castro Faria:

> (...) nunca antes na história da legislação notou-se tamanha valorização dos precedentes e da jurisprudência dominante dos órgãos superiores da jurisdição, identificada, cada vez de forma mais aberta, como fonte do direito, muitas vezes com caráter vinculativo.[117]

Com a promulgação da Lei nº 13.105, em 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil, deu-se ainda maior relevância a esses mecanismos de construção de precedentes, na tentativa de alcançar os objetivos traçados na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil, quais sejam, o alcance da duração razoável do processo, da segurança jurídica, da previsibilidade e da uniformidade das decisões, bem como da resolução da litigiosidade coletiva, serial e repetitiva.

Assim, consta da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil:

> Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.
> (...)
> Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando "segura" a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de

[117] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do Direito:** Reflexões no Contexto da Processualidade Democrática. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 70.

> "surpresas", podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.
> (...)
> Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, ipso facto, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma.
> (...)
> Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia.[118]

Muitas são as indagações decorrentes da nova legislação, sendo uma das mais relevantes aquela que se direciona ao marco teórico que a embasou. E sobre a importância dessa indagação, tem-se que:

> (...) em se tratando de lei nova (novo CPC) a ser editada no âmbito de um Estado Democrático de Direito constitucionalizado, como o brasileiro, a primeira cogitação que se nos pesa logo à primeira vista é saber qual a linha interpretativa de seu próprio discurso definida em sua exposição de motivos e se os artigos que compõem a sua escritura guardam fidelidade ao paradigma jurídico-linguístico processual constitucionalmente adotado.[119]

A partir da referida Exposição de Motivos, percebe-se que elaboração de um novo Código de Processo Civil não teve por objetivo instituir um processo democrático, mas sim solucionar problemas conjunturais, como a morosidade da atividade jurisdicional, por meio da simplificação dos procedimentos e pela aplicação dos entendimentos padronizados dos tribunais.

Em que pesem a considerações apresentadas na Exposição de Motivos fazerem parecer que se pretende adotar no Código o Processo Constitucional (Teoria Constitucionalista do Processo) como marco teórico, pela análise de seu conteúdo, percebe-se a clara e consciente adoção da Teoria do Processo como Relação Jurídica como marco teórico.

Destaque-se que, na própria Exposição de Motivos do Código, afirmou-se que não haveria uma ruptura de paradigmas, ou seja, foi expressamente

---

[118] BRASIL. Congresso. Senado. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.** Brasília, 2010. Disponível em http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf. Acesso em: 28 jun. 2018.

[119] LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo:** Uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 21.

reconhecido que o Código de Processo Civil ainda guardaria suas raízes no Estado Social e, por consequência, na Teoria do Processo como Relação Jurídica e na Escola Instrumentalista do Processo.

Assim, afirma Camilla Paolinelli:

> (...) ao mesmo tempo em que o texto proposto pretende se afinar à Constituição, constata-se que a concepção de processo nele prevista ainda prestigia a matriz teórica da relação jurídica e possui nítido viés instrumentalista. O texto aprovado continua a abordar abertamente concepções instrumentalistas e teleológicas do processo (na pretensão de realização de escopos metajurídicos), fundadas no papel de excessivo destaque conferido à figura do magistrado de poderes desmedidos.[120]

Por isso, pode-se verificar que existe um hiato entre o Código de Processo Civil e a Constituição de 1988[121], sendo falaciosa e perversa a promessa, contida na Exposição de Motivos, de que haveria a adequação da legislação processual ao discurso constitucional, diante de "passagens reveladoras de sérios arranhões ao processo constitucional"[122].

Nesse Código, observa-se uma grande preocupação com a estabilização da jurisprudência, buscando determinar uma total e inescapável vinculação dos provimentos jurisdicionais aos precedentes judiciais, como forma de simplificar o julgamento dos casos futuros, o que, por certo, não aproxima o provimento jurisdicional da perspectiva democrática, que deveria ser alcançada no Código (já que o principal objetivo do código deveria ser adequar o Processo às diretrizes constitucionais, como também prometido na Exposição de Motivos).

Tanto é que, logo ao começar a tratar do "Processo nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais", no Livro III (o último), o Código de Processo Civil já traz, imediatamente, a seguinte informação em seu artigo 926: "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente", sem que, todavia, consiga esclarecer quais seriam os significados dos conceitos de estabilidade, integridade e coerência. O que se

---

[120] PAOLINELLI, Camilla Mattos. O Novo Código de Processo Civil: Cogitações sobre os principais aspectos positivos e negativos da estrutura técnico-sistemática do Projeto aprovado no Senado. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade.** Canoas, vol. 1, n. 1, nov. 2013, p. 51.

[121] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 363.

[122] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; *et al*. **Estudos Sistemático do NCPC**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 61.

pretende é tão somente garantir que todos os julgadores e todos os tribunais adotarão, diante da similitude dos fatos, resultados idênticos para situações idênticas. Ou seja: a pretensão consiste na consagração do método indutivo para garantir decisões judiciais idênticas.

Continuando em tal propósito, prossegue o texto processual:

> 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 do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Pode-se notar a intenção de estender o âmbito de aplicabilidade das decisões judiciais, fazendo com que o Judiciário, no menor número de vezes possível, tenha que se aprofundar na análise de questões similares, tornando-se mais eficiente quantitativamente por meio do estabelecimento de padrões a serem seguidos nos casos idênticos subsequentes, sob o argumento de preservação da isonomia, da celeridade procedimental, da estabilidade e da previsibilidade dos provimentos jurisdicionais. Conforme esclarecimento de Rosemiro Pereira Leal “os precedentes, tidos como vinculantes, passaram por interpretações variadas que buscavam afirmar sua autoridade à efetivação de segurança jurídica para seus destinatários que reclamavam isonomia de decisões iguais para casos iguais”[123].

É o que também aponta Luís Gustavo Mundim:

> (...) o CPC/2015 importa do *common law* a figura do precedente, atribuindo-lhe força vinculante, além de confirmar a tendência da jurisprudencialização do direito já advinda desde as inúmeras reformas realizadas na legislação processual anterior (CPC/73). Nesse sentido, a implementação dos precedentes e de mecanismos de padronização decisória na legislação pátria é utilizada para a justificar a necessidade de

[123] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo. **Revista Brasileira de Direito Processual -RBDPro**. Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun./2017, p. 298.

> segurança jurídica na jurisprudência, nos entendimentos dos tribunais e na redução do número de processos.[124]

Percebe-se, desde já, que essa instituição legislativa de uma padronização decisória é mais um dos representativos dos "fetiches das urgencialidades"[125], que acometem o legislador brasileiro, bem como da dogmática jurídica, que muito se preocupa com a chamada eficiência do Judiciário, sendo esta compreendida no sentido de se alcançar provimentos jurisdicionais de forma rápida, ainda que, para isso, seja necessário desconsiderar o devido processo legal. Trata-se de um verdadeiro equívoco representativo de uma "pseudourgência das coisas"[126], que acaba por justificar a supressão do tempo destinado à cognição processual.

Sobre as recentes reformas do direito processual, tem-se que:

> O maior risco que essas reformas trazem é que, no afã de implantar um sistema de precedentes em nosso ordenamento – porque tal sistema supostamente geraria maior isonomia e celeridade processual -, estas reformas acabam por suprimir verdadeiros direitos e garantias fundamentais do cidadão, na medida em que ignoram a flexibilidade ínsita ao sistema de precedente do *common law.*[127]

Também criticando essa incessante busca pela celeridade processual, Ronaldo Brêtas alerta para o fato de ser inconstitucional a restrição de qualquer das garantias processuais constitucionais, "sob a justificativa de agilizar ou tornar célere o procedimento", o que somente serve para "estimular o arbítrio dos juízes, fomentar a insegurança jurídica e escarnecer da garantia fundamental do devido processo legal"[128].

---

[124] MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Precedentes:** da vinculação à democratização. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 23.

[125] Rosemiro Pereira Leal critica o "fetiche pela Justiça Rápida", apontando que a almejada "velocidade pode ser aumentada pela supressão do processo e, até mesmo, do procedimento, com a altaneira supremacia da jurisdição" (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** Primeiros Estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 340)

[126] CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes Judiciais ou "Direito Jurisprudencial Mecânico"?. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016, p. 79.

[127] ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus Jurisprudência dotada de efeito vinculante: A ineficácia e os equívoco das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 493.

[128] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Direito à Jurisdição Eficiente e Garantia da Razoável Duração do Processo no Estado Democrático de Direto. In: GALUPPO, Marcelo Campo (org.). **O Brasil que Queremos:** Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, p. 656.

Diante dessas considerações, percebe-se que, atualmente, o direito processual brasileiro, não possui um “sistema de precedentes”, nem mesmo uma teoria dos precedentes, mas tão somente uma forma de julgamento coletivo de questões que, inicialmente, seriam individuais. Ou seja: o problema trabalhado no Código de Processo Civil de 2015 não se refere aos precedentes judiciais, mas sim ao processo coletivo (o qual também não foi objeto de um sério estudo teórico pelo legislador). Isso porque a adoção de um provimento jurisdicional como paradigma obrigatório para o julgamento de outras demandas que debatam a mesma questão, torna esse procedimento uma técnica destinada à tutela dos direitos individuais homogêneos, ou seja, àqueles direitos que consistem em “um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles”[129].

É o que afirma Sofia Temer:

> Este fenômeno, também denominado de litigância repetitiva ou seriada. Compreende tanto a reprodução de demandas homogêneas, relativas a pretensões isomórficas, porque fundadas em relações substanciais análogas, quanto a existência de áreas homogêneas em demandas heterogêneas, ou seja, questões comuns que se repetem em processos cujas pretensões são particularizadas, diferenciadas.[130]

Todavia, o que se verifica é que a literatura jurídica se recusa a analisar a questão dos precedentes sob a ótica do processo coletivo, uma vez que isso ensejaria o enfrentamento de questões problemáticas, como a legitimidade para agir e a coisa julgada. Apesar disso, a opção do Código de Processo Civil foi a construção dos precedentes na forma de “ações temáticas”, tal como propõe Vicente de Paula Maciel Junior[131], organizando os julgamentos coletivos a partir dos temas debatidos, mas sem se preocupar com as demais questões atinentes ao processo coletivo apresentadas pelo mesmo autor.

Após essas considerações iniciais, passa-se à análise dos mecanismos instituídos na legislação brasileira destinados à construção de precedentes judiciais.

---

[129] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.
[130] TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 27.
[131] MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas:** Ações coletivas como ações temáticas. Belo Horizonte: LTr, 2006.

2 Súmulas Vinculantes

Como reflexo de sua colonização portuguesa[132], os Tribunais brasileiros sempre editaram súmulas, inicialmente compreendidas como meramente persuasivas, como forma de sintetizar seus entendimentos. Como esclarecem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, as súmulas não podem ser compreendidas como "mero enunciado ou simples consolidação da interpretação da lei, mas algo que reflete uma tese jurídica inseparável das circunstâncias concretas que a motivaram"[133].

Como dito por Luiz Guilherme Marinoni:

> As súmulas, no direito brasileiro – se não foram idealizadas – foram compreendidas como mecanismos voltados a facilitar a resolução de casos fáceis que se repetem. Certamente não tiveram a preocupação em garantir a coerência da ordem jurídica ou a igualdade e a previsibilidade.[134]

Diante de uma tentativa de atribuir maior força aos provimentos jurisdicionais proferidos pelo Supremo Tribunal de Federal, o primeiro instrumento incluído no ordenamento jurídico brasileiro destinado a tornar obrigatória a observância dos entendimentos judiciais foi a Súmula Vinculante,

---

[132] Conforme esclarecem Lênio Streck e Georges Abboud, "a súmula vinculante é um expediente similar aos revogados assentos portugueses, e não aos precedentes do sistema do *common law*" (STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 108.) Nas precisas palavras de Sifuentes, os assentos consistiam "na solução de um conflito de jurisprudência, caracterizado pela contradição de dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça ou da Relação, relativamente à mesma questão fundamental de direito, da qual não fosse admissível recurso de revista ou de agravo. O assento deveria ser firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, com maioria qualificada dos seus membros (intervenção de pelo menos 4/5 dos seus juízes), por meio de um enunciado que passava a ter força obrigatória geral, nos termos do art. 2º do Código Civil português" (SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 200)

[133] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 167.

[134] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 480.

incluída pela Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, denominada de “Reforma do Judiciário”.

Essa reforma do Constituição, assim como nossas últimas reformas legislativas, demonstra crescente busca pela celeridade procedimental e pelo fortalecimento do Judiciário, sendo a súmula vinculante um dos meios adequados para “inibir a multiplicação de processos a respeito de questão idêntica”[135] e ainda garantir maior autoridade aos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal. Assim, consta da Exposição de Motivos da Emenda Constitucional nº 45/04 que “através dos julgados que os direitos se tornam incontestáveis e a vontade de seus titulares se apresenta em forma coercitiva”[136].

A mesma exposição de motivos traz um discurso que vincula a atividade judicial com a moral daqueles que a exercem, como se isso fosse garantia de um Judiciário imparcial. Vê-se arraigada no Direito a ideia de que se precisa de bons julgadores (sábios, íntegros, de boa reputação) para que se alcance boas decisões judiciais. Nesse sentido:

> Hoje, mais do que nunca, juízes, membros do Ministério Público e advogados precisam de reservas de grandeza moral para saber discernir entre o justo e o injusto, (...), só mesmo a grandeza moral os impedirá de ceder como tantas vezes tem dolorosamente acontecido, às injunções e pretensões dos poderosos do momento. A grandeza moral será uma barreira para que o ordenamento jurídico não se desvaneça ou fique à deriva, entre as correntes de interesses estranhas à essência e aos propósitos do Direito da Justiça.[137]

Chega a ser assustador que essa seja a motivação da criação das súmulas vinculantes e da Reforma do Judiciário, o que significa que não há nada de novo em tal Emenda Constitucional, mas somente a perpetuação de uma mitológica confiança no saber jurisprudencial.

Acerca da construção das súmulas vinculantes, prevê o artigo 103-A:

---

[135] MARINONI, Luiz Guilherme**. Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 490.

[136] BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45 de 2004** - Exposição de Motivos. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaodemotivos-149264-pl.html. Acesso em: 05 jul. 2018.

[137] BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45 de 2004** - Exposição de Motivos. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaodemotivos-149264-pl.html. Acesso em: 05 jul. 2018.

> O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Essa técnica tem por objetivo transformar a jurisprudência (decisões reiteradas) do Supremo Tribunal Federal em uma orientação de aplicação obrigatória, não só pelo Judiciário, mas também pelo Executivo, sendo claramente uma retomada do instituto dos assentos do Direito Português. Em suma, "a súmula vinculante é a inscrição de um enunciado a partir da *ratio decidendi* de precedentes – ou, excepcionalmente, de precedente – que versaram uma mesma questão constitucional"[138].

Afirma Alexandre Bahia que estas súmulas decorrem de uma audaciosa aposta, qual seja, alcançar uma uniformidade da intepretação do texto, a partir de ideia similar à trabalhada pela Escola da Exegese, segundo a qual todos os problemas jurídicos poderiam ser resolvidos pela simples submissão da hipótese fática à hipótese jurídica (leis ou súmulas)[139].

Curiosamente, o direito brasileiro somente adotou tal herança portuguesa após o reconhecimento da inconstitucionalidade do efeito vinculante assentos (Acórdão nº 810/1993 do Supremo Tribunal de Justiça)[140], sendo que, considerando a semelhança entre os dois sistemas jurídicos, a

---

[138] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 490.

[139] BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese. **Revista de Processo**. Ano 37, 206, abr. 2012, p. 362.

[140] "(...) o Tribunal Constitucional admitiu que a emissão de assentos com 'força obrigatória geral' pelo Supremo Tribunal de Justiça consistia numa função legislativa atípica exercida por um órgão da função judiciária que, simultaneamente, por meio de uma autonomização das posições decisórias de suas sentenças prevê efeitos futuros extraprocessuais, consistia num ato legislativo que buscava invocar uma interpretação autêntica (e muitas vezes extrapolando o âmbito interpretativo, procedendo verdadeira inovação), objetivo este que encontra grave objeção no esquema de separação de poderes e demarcação das competências legislativas presente na Constituição portuguesa, ficando clara a plena inconstitucionalidade do art. 2º do Código Civil ao atribuir força obrigatória geral aos assentos do Supremo Tribunal, pois alça os assentos o status de autêntica fonte do direito em expressa violação ao texto constitucional que proíbe a inovação nos instrumentos normativos de caráter geral além dos já especificados pela própria Carta Política (numa verdadeira novidade de fonte legislativa por meio de lei ordinária)" (SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Súmula Vinculante e o Instituto dos Assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 3 (2014), nº 2, p. 1.399).

mesma inconstitucionalidade lá reconhecida poderia também ser reconhecida no Brasil, uma vez que motivada pela atuação atípica do Judiciário como se legislador fosse.

A partir dessa concepção, torna-se possível perceber que o objetivo das súmulas vinculantes consistiria em evitar o exercício do direito de ação, ante a previsibilidade do futuro provimento jurisdicional, ocasionando, por consequência, um esvaziamento do Judiciário. Isso permitirá defender um discurso demagógico de celeridade da função jurisdicional, implementando entre os jurisdicionados a crença de que existe um Judiciário eficiente.

3 Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos e a Repercussão Geral

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a intitulada "Reforma Constitucional do Judiciário", inseriu-se no ordenamento jurídico, além da malfadada figura da súmula vinculante, também o instituto denominado Repercussão Geral, como pressuposto intrínseco de admissibilidade do Recurso Extraordinário, consistindo na aplicação de critérios políticos no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário.

Assim, dispõe o artigo 102, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004:

> No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Acerca da definição de repercussão geral, é informação contida no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br):

> A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a "Reforma do Judiciário". O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema

> Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos.

Entende-se, portanto, que a Repercussão Geral consiste em pressuposto de admissibilidade do Recurso Extraordinário, que visa limitar os recursos que são remetidos ao Supremo Tribunal Federal àqueles que sejam considerados relevantes sob o ponto de vista político, social, jurídico ou econômico, e criando uma forma de julgamento por amostragem.

Esse instituto resgata uma ideia de "verdadeiro processo de triagem", pela verificação da relevância da questão federal por critério claramente discricionário, "do ponto de vista do interesse público – pela repercussão, pelo número de casos, pelas consequências amplas", algo aproximado do que havia na anterior arguição de relevância[141], que era, em verdade, um filtro ideológico. Assim, tem-se que tanto na repercussão geral quanto na arguição de relevância, a "questão relevante federal transcende ao próprio conflito de interesse envolvido na lide".

No Código de Processo Civil de 2015, o artigo 1.035, § 1º, define o conceito de repercussão geral, determinando que esta existe quando a controvérsia abranger "questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa", sendo também transcendente, ou seja, deve ultrapassar o âmbito de interesse das partes.

Pelo supracitado artigo, tem-se que o reconhecimento da repercussão geral implica reconhecimento de um caráter abrangente da questão discutida, o que foi utilizado como justificativa para atribuir efeito vinculante ao provimento jurisdicional proferido no julgamento de qualquer recurso extraordinário.

---

[141] A arguição de relevância, prevista no art. 119, a e d, Constituição de 1967 e nos arts. 325, I a XI e 327, §1º, do Regimento Interno do STF, exigia que a questão levada a debate no Supremo Tribunal Federal versasse sobre matéria de interesse público. Tal pressuposto de admissibilidade não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Segundo Bruno Dantas, a arguição de relevância "se prestava a catalisar o ponto de vista da Corte sobre a sua própria função recursal extraordinária e sobre os grandes temas que mereceriam apreciação da Corte e razão da contribuição que sua decisão daria para o desenvolvimento do sistema positivo e para o aperfeiçoamento das instituições" (**Repercussão Geral: Perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado:** Questões Processuais**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 257).

Assim, caso seja reconhecida a ausência de repercussão geral, o que exige votação de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, a questão debatida não mais será objeto de discussão naquele Tribunal, sendo inadmitidos os recursos extraordinários futuros que versem matéria idêntica. Prevê o artigo 1.035, § 8º, que “negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica”. Da mesma forma o artigo 1.030, I, a, do Código de Processo Civil, determina que cabe ao Tribunal de segunda instância, que recebe o recurso extraordinário, negar-lhe seguimento caso “discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral”.

Caso seja reconhecida a existência de repercussão geral em determinado recurso extraordinário, os outros procedimentos que tratem de matéria idêntica serão suspensos, a fim de garantir que tenham exatamente o mesmo resultado que será definido naquele recurso. Tanto é que, após julgado o recurso com repercussão geral reconhecida, os recursos extraordinários que estejam sobrestados na origem, caso a pretensão recursal seja idêntica ao entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, serão encaminhados ao órgão julgador anterior para realização do juízo de retratação.

Analisando o referido procedimento, fica bastante clara a pretensão vinculante da repercussão geral.

No presente estudo, interessa também a redação dada ao art. 1.036 do Código de Processo Civil, que trata da multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais fundados na mesma questão controvertida, hipótese em que o julgamento do recurso escolhido como representativo servirá de parâmetro para o julgamento dos demais.

Assim, o artigo 1.036, § 1º estabelece competência ao Tribunal de origem para selecionar dois ou mais recursos que representem adequadamente a controvérsia, com fundamentação abrangente, para que sejam encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, que servirão de paradigma para todos os demais procedimentos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, aguardando o Tribunal Superior estabelecer seu

entendimento acerca da questão, a fim de que o mesmo entendimento seja aplicado aos demais casos que tratem de matéria idêntica.

Criou-se, assim, uma forma de julgamento simplificado dos recursos repetitivos, com vinculação dos demais tribunais às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal Federal, sendo "um paliativo ao grave problema da insubordinação à autoridade dos precedentes"[142].

Por meio de tais procedimentos, os recursos que tratem de temas recorrentes nos Tribunais Superiores poderão ser julgados "por amostragem". Isso significa dizer que, diante da multiplicidade de recursos que abordem uma mesma questão, somente alguns desses recursos serão analisados como representativos da controvérsia. No entanto, o resultado obtido afetará os recursos não analisados, podendo, inclusive, ensejar novo julgamento do acórdão de segundo grau recorrido.

Esses procedimentos, ainda que de forma sutil, tratam da vinculação do precedente judicial criado no julgamento dos recursos repetitivos. Ainda que ausente a expressão "vinculante", os recursos idênticos sobrestados somente poderão ter dois caminhos: novo julgamento pelo tribunal de origem, para se adequar ao entendimento firmado pelos tribunais superiores ou terão seguimento negado, caso o acórdão recorrido coincida com o tal entendimento.

É o que prevê o artigo 1.040:

> Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:
> I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;
> II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;
> III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;
> IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

---

[142]MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 497.

Assim, alerta Ana Paula Pereira Diniz da Silva que “a imposição da decisão construída distante e à revelia das partes e interessados configura ataque direto aos ditames constitucionais”[143], isso porque “para alcançar resultados estruturadores de estatísticas, extinguem-se os contornos democráticos do direito fundamental ao recurso”[144].

Sobre a participação dos interessados na construção do provimento jurisdicional, o artigo 1.038 autoriza que o Relator do Recurso Especial ou Extraordinário solicite ou admita “manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria” e, ainda, que fixe “data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”. Apesar de parecer uma boa possibilidade de debate, essas manifestações de interessados e a realização de audiência pública são mera faculdade do Relator, não se tratando de fase procedimental obrigatória, acabando por depender da subjetividade do julgador.

4 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Seguindo a tendência já demonstrada anteriormente por meio dos recursos repetitivos, o Código de Processo Civil estende a possibilidade de litigância serial a todos os tribunais, por meio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que se encontra previsto nos artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil e autoriza que o juiz ou Relator do recurso ou de procedimento de competência originária dos Tribunais, as partes, Ministério Público ou Defensoria Pública requeiram a instauração do incidente quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à

---

[143] DINIZ, Ana Paula Pereira da Silva. **Recursos Especiais “Repetitivos” no Direito Brasileiro**: Uma questão de (in)constitucionalidade?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 147.

[144] DINIZ, Ana Paula Pereira da Silva. **Recursos Especiais “Repetitivos” no Direito Brasileiro**: Uma questão de (in)constitucionalidade?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 149.

isonomia e à segurança jurídica. Ou seja, o referido incidente foi o mecanismo criado pelo Código de Processo Civil de 2015 para julgar fatos idênticos, já existentes ou futuros, de maneira única, idêntica e vinculante, sendo, portanto, metodologia de construção de precedentes judiciais.

Sobre esse novo procedimento, informam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

> É bem intencionada sua previsão, na medida em que visa a promover a segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário na análise da questão apreciada.[145]

Esclarece Sofia Temer:

> O incidente de resolução de demandas repetitivas não julga "causa", mas apenas fixa tese, porque seu objeto está restrito às questões de direito – material ou processual – que se repetem em diversos processos. Não se analisam questões de fato e questões de direito heterogêneas, o que impede que se possa falar em julgamento da demanda, que depende necessariamente da análise da causa de pedir e do pedido.[146]

Percebe-se que houve uma clara influência de institutos do sistema da *common law*, além do *Musterverfarhen*[147] do Direito Alemão. Todavia, também é possível perceber que essa influência se deu sem aprofundamento teórico, o que ocasiona o problema de ausência de compatibilidade dos estudados procedimentos com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

---

[145] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Projeto de Novo CPC***:* críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 178.

[146] TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 69

[147] No que se refere à influência do Direito Alemão, as chamadas "causas pilotos" ou, ainda, "processos-teste", caracterizam-se pela escolha de uma ou mais causas similares para serem julgadas, por meio de provocação das partes interessadas , sendo que a partir da solução encontrada nestas causas, os demais casos são solucionados de forma uniforme. Assim, observa-se ocorre a resolução, de modo idêntico e vinculante, de questões controversas em causas paralelas, mediante decisão modelo dos aspectos comuns. (Cf. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. As Ações-Teste na Alemanha, Inglaterra e Legislação Brasileira Projetada. **Revista Eletrônica de Direito Processual***.* V.III, jan./jun. 2009. CABRAL, Antônio do Passo. O Novo Procedimento Modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo,** nº 147, 2007). Esclarece Rodolfo de Camargo Mancuso que, neste procedimento, o "Tribunal é instado a afetar um processo piloto, como representativo de um certo núcleo de questões de fato e de direito, replicadas em muitos processos, buscando-se ao fim e ao cabo, que a estes seja estendida, oportunamente, a decisão firmada no processo-piloto" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas:** A luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 185-186).

Sobre tal procedimento, o Código de Processo Civil estabelece que poderá ser instaurado, de ofício, pelo juiz ou Relator (ou seja, decisão monocrática do relator, sendo dispensado o julgamento colegiado), a pedido das partes, do MP ou da Defensoria Pública (artigo 977).

Trata-se de uma tentativa de buscar maior previsibilidade dos julgados por meio da padronização decisória, o que demonstra claramente uma predisposição de utilização no direito brasileiro das tendências do *common law*, ou seja, um significativo aumento da relevância dos precedentes judiciais como fonte do direito. Apesar disso, vale ressaltar que os precedentes, "como estão sendo criados e compreendidos/aplicados não são nem precedentes nos moldes do *common law*, nem jurisprudência, porque prescindem de uma necessária reiteração de julgados no mesmo sentido"[148].

No caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, não é necessário que exista multiplicidade de julgados em sentidos diversos para que se chegue à construção de um precedente, bastando que haja multiplicidade de casos idênticos, o que ocasionará risco de julgamentos distintos, o que, segundo o Código de Processo Civil, poderia ocasionar ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Sobre as hipóteses de cabimento, prevê o artigo 976:

> Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:
> I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
> II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Após suscitado o incidente, o procedimento será transferido para o órgão competente para o julgamento, que será determinado pelo regimento interno de cada tribunal, o qual será responsável, inicialmente, por analisar a admissibilidade do incidente e, em seguida, por fixar a tese jurídica, já julgando o caso (recurso, remessa necessária ou procedimento originário) em que o incidente foi suscitado.

Sendo admitido o incidente, serão suspensos outros procedimentos que tratem de fatos idênticos que tramitem sob a competência territorial do órgão julgador, sendo que essa suspensão deverá durar por um ano, salvo decisão

---

[148] ROSSI, Júlio César. Precedente à Brasileira: **A Jurisprudência Vinculante no CPC e no novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015, p.154.

fundamentada do relator em sentido contrário, prazo esse em que deverá ser julgado o incidente. Caso decorra o prazo sem julgamento do incidente, os feitos sobrestado voltarão a tramitar normalmente.

É necessário destacar uma relevante novidade trazida pelo incidente em questão, que consiste na ampliação da participação das partes interessadas, que, ao contrário do que acontecia nos procedimentos de litigância de massa do Código de Processo Civil de 1973 (recursos extraordinário e especial repetitivos), não se restringe somente às partes vinculadas ao recurso paradigmático.

Veja-se:

> Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.
> § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

Assim, o texto legislativo poderia ser elogiável no tocante à ampliação do debate em tais incidentes, já que prevê expressamente que o relator deverá ouvir as partes e os demais interessados, tais como outras pessoas que sejam partes de lides idênticas ou *amicus curiae*, incluindo outras pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, ainda estabelecendo a possibilidade de instrução do incidente com depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, a serem ouvidas em audiência pública. A despeito de já ser significativa essa discreta ampliação do debate, tal reforma legislativa não é suficiente para adequar o procedimento de litigância de massa à perspectiva democrática, por não analisar como e se tais manifestações serão consideradas na atividade interpretativa.

Por fim, após julgado o incidente, a tese jurídica nele firmada será, obrigatoriamente, aplicada a todos os casos, pendentes de julgamento ou futuros, sejam eles individuais ou coletivos, que versem idêntica questão de direito (artigo 985). Caso o julgador deixe de aplicar o entendimento consolidado pelo incidente, será cabível reclamação, nos termos do artigo 988, IV, do Código de Processo Civil.

É de se destacar que a já apontada inconstitucionalidade das súmulas vinculantes, pelo atípico exercício da função legislativa pelo Judiciário, também vale para esses outros procedimentos de construção de precedentes obrigatórios. Assim é que, nos autos nº 0010694-71.2015.5.03.0138, do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, o juiz Vicente de Paula Maciel afirmou que o "o novo CPC foi extremamente infeliz em criar uma série de institutos aos quais confere força vinculativa, desconsiderando e contrariando frontalmente o comando da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 103-A". "Esses institutos podem ser uma sinalização da interpretação jurisprudencial nos Tribunais, um mero indicativo, mas não podem ter efeito vinculante porque somente o STF pode proferir decisões com força vinculativa"[149].

E, conforme crítica de Victor Barbosa Dutra, a elaboração de medidas de "desafogamento" do Judiciário, como é o caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, não pode considerar apenas "argumentos extrajurídicos fundados em praticidade", devendo observar os direitos fundamentais e a Constituição[150].

Portanto, defende-se, neste trabalho, que, de nada adianta essa busca desenfreada e impensada de aceleramento dos procedimentos jurisdicionais, sem que haja a estrita observância dos princípios institutivos do processo (isonomia, contraditório e ampla defesa), uma vez que a isso ocasionará a ausência de legitimidade democrática do provimento. Assim, seria completamente inócuo todo o percurso transcorrido, ainda que em tempo recorde, ante a ausência de validade do resultado.

5 Incidente de Assunção de Competência

---

[149] MINAS GERAIS. TRT da 3.ª Região; PJe: 0010694-71.2015.5.03.0138 (RO); Disponibilização: 18/04/2016; Órgão Julgador: Segunda Turma; Redator: Sebastiao Geraldo de Oliveira.

[150] DUTRA, Victor Barbosa. **Precedentes Vinculantes:** Contraditório efetivo e técnicas repetitivas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 135.

Apesar de não tratar de litigância serial, o Incidente de Assunção de Competência, novidade trazida no artigo 947 do Código de Processo Civil, também consiste em mecanismo de construção de precedente judicial.

Veja-se:

> Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.
> § 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.
> § 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.
> § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.
> § 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

O referido artigo, em clara violação ao requisito da indelegabilidade da jurisdição[151], estabelece que poderá haver transferência de competência entre os órgãos de um mesmo Tribunal diante da "repercussão social" do tema tratado em determinada demanda, seja recurso, remessa necessária ou feito de competência originária.

Sobre a compreensão do que seja essa repercussão social, afirma Marinoni:

> Questão de direito com grande repercussão social é aquela que, além de não ter relevo apenas para a solução do caso sob julgamento, tem valor para a sociedade. Na verdade, quando se fala em questão com grande repercussão social não se quer apontar para algo que diz respeito à sua relevância técnico-processual, que atingiria outros casos repetitivos ou casos respeitantes a direitos coletivos ou difusos. Alude-se a uma questão de direito com grande repercussão social para

[151] Segundo Rosemiro Pereira Leal, o requisito da indelegabilidade da jurisdição veda ao magistrado que, "a seu alvitre ou conveniência, delegar (transferir, repassar) suas funções a outrem". E o que ocorre no Incidente de Assunção de Competência nada mais é do que a transferência de funções de uma turma julgadora para outra, tendo em vista o fundamento de que existe relevância social do tema em debate.

> evidenciar o seu excepcional relevo em face da vida social nas perspectivas política, religiosa, cultural e econômica.[152]

Verifica-se que se trata de procedimento destinado a "prevenir" eventuais divergências de entendimento em decisões judiciais futuras. Ao contrário do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, em que se pretende unificar entendimentos diversos, aqui, no Incidente de Assunção de Competência, evita-se que as decisões futuras sejam diferentes daquela adotada como modelo. Afirma Mancuso que se trata de mais um dos mecanismos da legislação processual que lutam "contra a dispersão jurisprudencial excessiva e seus deletérios efeitos"[153].

Sobre o tema leciona José Miguel Garcia Medina:

> A assunção de competência, por sua vez, é admitida quando, a despeito de ter grande relevância social, a questão de direito não se repetir em múltiplos processos (cf. art. 947, *caput*, *in fine*, do CPC/2015).
> Compreende-se, assim, que, sob esse prisma, a assunção de competência tenha também função preventiva (cf. § 4º do art. 947 do CPC/2015), algo que não deve ocorrer em relação a casos repetitivos (já que nessa hipótese, deve ter havido a repetição de casos). Desse modo, enquanto em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas o tratamento isonômico ganha destaque, quanto ao incidente de assunção de competência sobressai a segurança jurídica.[154]

O artigo citado regulamenta e transforma em incidente aquilo que já se encontrava previsto no artigo 555, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973:

> Art. 555. (...)
> § 1º 'Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

As novidades sobre tal incidente encontram-se no fato de que essa assunção de competência somente poderia ocorrer no julgamento de recurso

---

[152] MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. **Revista de Processo** vol. 260/2016 | p. 233 - 256 | Out / 2016, p. 2.

[153] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas:** A luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 113.

[154] MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.478

de apelação, sendo, agora, estendido para qualquer recurso, remessa necessária ou procedimentos de competência originária dos Tribunais, além do já mencionado efeito vinculante.

Verifica-se, por fim, pela leitura do § 4º do artigo 947, que esse procedimento também tem por finalidade evitar divergências entre as câmaras e turmas dos Tribunais, a fim de que se possa garantir que sejam idênticas todas as decisões judiciais sobre casos idênticos, ainda que não decorra da repetição em “múltiplos processos”. Ou seja: ao contrário do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, este procedimento permite que determinado órgão do tribunal assuma a competência para julgar caso que contém questão de grande repercussão social, quando ainda não há multiplicidade de controvérsias idênticas, como forma de já estabelecer um entendimento jurisprudencial a ser seguido em eventuais casos futuros.

Considerando que a expressão “grande repercussão social” não possui um conceito objetivo, é de se destacar que a utilização deste critério para instauração do incidente favorece o obscurantismo do Judiciário.

CAPÍTULO III – A CONSTRUÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS

1 O Problema da Subjetividade do Julgador em contraponto à Teoria do Interpretante

Entende-se por subjetividade o "caráter de todos os fenômenos psíquicos, enquanto fenômenos de consciência, que o sujeito relaciona consigo mesmo e chama de 'meus'."[155], ou seja, é subjetivo o procedimento mental solitário e particular, em que o sujeito elabora análises (sobre si mesmo ou sobre qualquer outra coisa) a partir de sua própria percepção da realidade. E essa característica vem ocupando considerável espaço nos provimentos jurisdicionais, assim como na teoria do conhecimento humano, sendo o "conhecimento encarado como um tipo especialmente seguro de crença humana, e o conhecimento científico como um tipo especialmente seguro de conhecimento humano"[156].

Por mais que pareça ultrapassado enfrentar a questão da subjetividade no âmbito da pesquisa jurídica e por mais que se acredite que este problema se encontra superado diante do dever (constitucional e legal) de fundamentação das decisões, este é um dos grandes problemas enfrentados quando analisada a forma como é construído o provimento jurisdicional que será utilizado como precedente. É necessário, na lógica da processualidade democrática, se libertar da ideia de que o provimento seja elaborado por um procedimento mental exclusivo do julgador.

Todavia, ainda existe no Código de Processo Civil (aquele mesmo cuja pretensão era se adequar ao paradigma de Estado Democrático de Direito) determinação no sentido de que "o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum" (artigo 8º), sem que haja qualquer esclarecimento sobre o que se entende por fins sociais ou por bem comum. Mais grave que isso é a previsão contida no artigo 375, segundo o qual, na análise de provas, "o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela

---

[155] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 922.
[156] POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento Objetivo.** Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, p. 7.

observação do que ordinariamente acontece". Ou seja: a perspectiva do juiz sobre a realidade deve ser considerada quando da formação de seu convencimento, com base em juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos (utilização do método indutivo) e que poderão ter validade para outros novos[157].

Não basta, portanto, incluir na Constituição a exigência que toda decisão seja fundamentada, sob pena de nulidade (artigo 93, IX), não sendo também suficiente repetir a mesma determinação no Código de Processo Civil (artigos 10 e 489, § 1º), se não há coerência no discurso legislativo, que continua a se ancorar na noção de que o magistrado possui capacidade de extrair da realidade conhecimentos intangenciáveis, capazes de garantir o bem comum, a paz social, dentre outros escopos metajurídicos, defendidos pela doutrina instrumentalista.

Essa subjetividade fica demasiadamente explícita em algumas manifestações dos Ministros dos Tribunais Superiores, como é o exemplo do Ministro Ayres Brito, que, ao analisar o direito de nomeação do candidato aprovado em concurso público dentro do limite de vagas, afirmou: "é que nós temos evoluído jurisprudencialmente para trazer para esse tema critérios de razoabilidade que a vida nos ensina, critérios inspirados na realidade cotidiana da Administração Pública"[158].

Também se verifica a mesma subjetividade na análise do conceito de família apresentado pelo Ministro Luiz Fux, ao se manifestar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, em que se discutia o reconhecimento de união estável homoafetiva: "O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo"[159].

---

[157] Cf. STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez.** Bogotá: Temis, 1999.
[158] RE 598099 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 17-12-2012 PUBLIC 18-12-2012
[159] ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001

Ainda merece destaque o pronunciamento do Ministro Luís Roberto Barroso acerca da questão referente à obrigatoriedade do ensino religioso confessional nas escolas públicas:

> (...) obrigar uma criança de seis anos a declarar-se diferente e a excluir-se da aula de religião confessional é impor a uma criança um ônus que ela não deve suportar, fere a liberdade religiosa dela e, no geral, fará com que ela silencie e participe da aula de religião confessional que não corresponde ao seu credo para não se colocar como diferente no grupo. Portanto, penso que, também por essa razão, admitir-se o ensino confessional produz um resultado muito ruim para a formação de uma criança nesta fase da sua construção como cidadão.
> (...)
> A vida me deu a benção de ser filho de pai católico e mãe judia, o que me permitiu conviver num ambiente religioso multicultural, que me fez muito bem ao longo da vida e me fez ter apreço pelas duas formações religiosas. Vivi, por circunstâncias da minha vida, com uma família Presbiteriana adorável e, quando estudei fora, em Yale, em 88 e 89, meu vizinho de porta era da Arábia Saudita, era muçulmano praticante e éramos amigos e tínhamos a melhor relação possível. Portanto, as pessoas quando se conhecem, quando se olham nos olhos e são capazes de ter empatia, elas imediatamente desenvolvem a tolerância, porque é disso mesmo que nós estamos falando aqui.[160]

Tais trechos foram retirados de acórdãos em que houve a construção de um precedente vinculante. Porém, nem mesmo sob o argumento de que esses fundamentos compõem o chamado *obter dictum* (fundamentos sem efeito vinculante que compõem a decisão), pode-se admitir decisões com conteúdos tão subjetivos. Isso porque, ainda que esses fundamentos não vinculem as futuras decisões judiciais, eles demonstram a subjetividade e o solipsismo[161] que permeou o raciocínio traçado pelo julgador para construir o provimento jurisdicional.

Em um contexto democrático, é inadmissível a perpetuação da crença na misteriosa sabedoria do julgador, já que esta carga de subjetividade contida nas decisões acaba por fragilizar sua legitimidade ao apresentar elementos extrassistêmicos oriundos da subjetividade do julgador, porquanto que obstam

---

[160] ADI 4439, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018

[161] Conforme definição apresentada por Abbagnano, “o solipsismo é a atitude egocêntrica que preside à concepção dos objetos do mundo real” (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 307).

a assimilação objetiva de seu conteúdo pelo destinatário, impedindo, por consequência, a crítica.

Assim, André Del Negri esclarece que "são as partes processuais que orientam a fundamentação da decisão (relação jurídica entre normas), e não mais uma vontade emanada da esfera solitária de convicção do juiz"[162]. Ou seja: não se pode conjecturar, no processo democrático, a construção de provimentos jurisdicionais decorrentes da subjetividade do julgador, tal como proposto por Hans Kelsen e perpetuado pelos estudos jurídicos não democráticos.

Segundo Kelsen:

> O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.[163]

Para Kelsen, a interpretação do Direito seria atividade exclusiva do julgador, sendo que a norma, intencionalmente ou não, sempre deixa espaço para esta atividade interpretativa, por ele denominada de "autêntica". Essa atividade interpretativa, conforme apresentada por Kelsen, é de demasiada estranheza, uma vez que, apesar de apresentar um limite à atividade jurisdicional ("molduras"), tem por base uma norma fundamental pressuposta, completamente desconhecida. Assim, ao contrário do que se pretende por meio do positivismo kelsiniano, não há qualquer pureza na Teoria Pura do Direito, uma vez que acaba por ser contaminada pela compreensão do direito na perspectiva da consciência do julgador

Assim, vale mencionar a seguinte crítica:

> Kelsen, ao se omitir quanto a uma hermenêutica de aplicação de sua norma abstrata, deixa à inteligência jurisdicional o *munus* da inoculação concreta da ideia de justiça no sistema normativo por juízos de direito (monocráticos e colegiados) a pretexto de estarem dando cumprimento à vontade do legislador.[164]

---

[162] DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 87.
[163] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 247.
[164] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 16.

Aponta Rosemiro Pereira Leal que o Positivismo Jurídico se sustenta no dogma de que seria impossível alcançar uma "hermenêutica que ofereça simétrico exercício de igual direito de interpretação da lei para todos e que ponha todos os intérpretes em função de um único interpretante lógico-jurídico-discursivo"[165]. Por isso, é que o positivismo se sustenta na ideia de que seria necessário atribuir ao julgador a função interpretativa de forma solitária, como se esse fosse o único sujeito capaz de buscar a interpretação adequada. Assim, perpetua-se um mito da autoridade do julgador, excluindo qualquer possibilidade de participação de outros interessados.

Percebe-se que a literatura jurídica encontra-se em permanente crença no mito da autoridade, de forma a sequer tangenciar que não seja o julgador o legítimo intérprete do direito, "recorre-se à fala da autoridade jurisdicional como intérprete último o que justifica o processo funcionar como um instrumento da jurisdição e a jurisdição, por sua vez, ser um ato do juiz"[166]. Por isso, tem-se por necessária a distinção efetuada por Rosemiro Pereira Leal, entre jurisdição e judicação, sendo a primeira compreendida como o conjunto dos conteúdos jurídicos que, produzidos pelo devido processo legislativo, são acessíveis a toda a comunidade jurídico-política, enquanto a segunda é tão somente a atividade decisória estatal[167].

Assim é que se adota como marco teórico a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, a qual repugna o positivismo, que impede o esclarecimento científico e a busca por um conhecimento objetivo, por trabalhar com doutrinas não interrogáveis e mitos como o da "norma fundamental".

Considerando a lógica da processualidade democrática, a atividade interpretativa não pode ser reduzida a mera vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência, sabedoria), como se a realidade fosse também reduzida à sua representação subjetiva, tendo em vista que a função do julgador se limita a ser o aplicador da lei como intérprete das articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes construtoras da estrutura procedimental.

---

[165] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 319.
[166] PENIDO, Flávia Ávila. **Processo e Interpretação em Eduardo J. Couture**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 167.
[167] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 95.

Assim, por mais que insistam diversos autores a enunciar que se encontram filiados a um intitulado “pós-positivismo”, percebe-se que não conseguem se desvincular do ideal de Hans Kelsen de que somente o julgador poderia realizar uma interpretação autêntica da lei, por conhecer a vontade do legislador.

Ocorre, em verdade, um monopólio dos sentidos pelo julgador, o que blinda sua decisão de toda e qualquer crítica, de modo que não se pode considerar que esses pronunciamentos sejam democráticos.

Como esclarece André Del Negri:

> As sociedades totalitárias são avessas ao debate. Silenciam o discurso dos atores sociais, tanto quanto. Em face dessa não possibilidade de manifestar opinião, o outro é anulado. Por isso, a importância de estudos que buscam a emancipação dos indivíduos num contexto que privilegie a pluralidade de vozes e de visões de mundo.[168]

Em contraponto, é se se compreender que o Direito Democrático deve ser legitimado pela via do processo, que deve ser considerado um instrumento de institucionalização constitucionalizada sociedade da vontade democrática dos cidadãos, superando as noções do Estado Absolutista e Social, rechaçando, por consequência, a figura do julgador como um ser magnânimo e iluminado, detentor de toda a sabedoria necessária para a resolução de conflitos e interpretação normativa. Segundo Rosemiro Pereira Leal, no Processo Democrático, todo provimento, seja jurisdicional, administrativo ou legislativo, somente pode ser construído por meio da estrita observância das normas constitucionais de Estado Democrático de Direito, principalmente o devido processo legal, o que, atualmente não ocorre em relação aos precedentes judiciais.

É a crítica apontada por Rosemiro Leal:

> (...) os tribunais gerarem a esmo normas em que juízos de ponderabilidade, otimização, proporcionalidade, repercussão geral, boa-fé, clamor público, bem-estar social e segurança jurídica, em elásticos espectros semânticos, orientem, como pressupostos interpretativos, a realização de escopos metajurídicos a reafirmarem a dogmática positivista

[168] DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis**. Belo Horizote: Fórum, 2011, p. 41.

> (kelseniana) de que, por interpretação autêntica, a lei é o que o juiz diz que ela é (...).[169]

Assim, a partir do estudo das obras do referido autor, pretende-se superar a noção de que "o juiz é o intérprete magno, monopolista hermenêutico e jurisdicional e pensador legal e extrajurídico do DIREITO"[170] e, desse modo, repensar a construção dos provimentos jurisdicionais e sua validade para que sejam futuramente utilizados como precedentes.

2 Revisitação do Conceito de Isonomia e a Teoria do Interpretante

Conforme já mencionado, a isonomia é um dos argumentos utilizados, tanto na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, como pela literatura jurídica, para a implantação da metodologia de precedentes vinculantes. Entretanto, defende-se essa busca pela isonomia, sem sequer se interrogar o sentido deste instituto. Grande parte da doutrina jurídica se limita em uma abordagem da isonomia como um direito de igual tratamento dos sujeitos processuais ou até mesmo de igual direito de participação, sem compreender que tal participação deveria incluir também a atividade de interpretação normativa.

Segundo Rosemiro Pereira Leal, no Estado Democrático de Direito, a isonomia processual não se limita a um reconhecimento do direito à diferença, devendo ser compreendida como um direito das partes à igualdade argumentativo-procedimental na defesa e reconhecimento de seus direitos, o que a torna essencial para a construção e aplicação normativa[171]. Dessa forma, define-se que a isonomia é "princípio-norma que rege a atuação dos sujeitos do processo quanto à igualdade argumentativa na formação do discurso estrutural

---

[169] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 314.
[170] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 90.
[171] LEAL, Rosemiro Pereira Leal. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada**: Temática Processual e Reflexões Jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 79.

do procedimento de produção e aplicação do direito”[172], o que deixa claro que a igualdade das partes não se limita somente à sua participação no processo jurisdicional, mas também na criação da norma jurídica e sua interpretação.

Dessarte, esclarece:

> A isonomia, como princípio legal, autodiscursivo e legitimante de validade da instituição do devido processo constitucional, já impõe a igualdade procedimental a ensejar a execução de igualdades fundamentais de direitos dos desiguais e diferentes já decididos, como líquidos, certos e exigíveis, no plano da normatividade constituinte e, por conseguinte, protegidos pela invulnerabilidade do instituto da coisa julgada constitucional que, na democracia, é estabilizadora dos direitos fundantes da constitucionalidade democrática desde as etapas instituinte e constituinte de sua criação normativa até sua efetiva execução jurisdicional.[173]

De forma essencial para a compreensão do problema a ser tratado no presente estudo, também defende Rosemiro Pereira Leal que a “a isonomia supõe três vertentes de reflexão: isotopia, isomenia e isocrítica”. Ou seja, compreende que esta igualdade de participação dos jurisdicionados deve ocorrer nos âmbitos constituinte, instituinte e instituído.”[174]. Esclarece Rosemiro Pereira Leal:

> O espaço-político (isegoria) de criação do direito só será continente democrático se já assegurados os conteúdos processuais dialógicos da isonomia – que são a isotopia, isomenia e isocrítica – em que haja, portanto, em sua base decisória, igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos de interpretar a lei (isomenia) e igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica).[175]

Para fins de discussão acerca da construção de precedentes judiciais, interessa, especialmente, a noção de isomenia, que consiste na igual

---

[172] LEAL, Rosemiro Pereira Leal. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada:** temática Processual e Reflexões Jurídicas*.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 81.

[173] LEAL, Rosemiro Pereira Leal. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada:** Temática Processual e Reflexões Jurídicas*.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 84

[174] LEAL, Rosemiro Pereira. A Principiologia Jurídica do Processo na Teoria Neo-Institucionalista*.* **Revista da Faculdade Mineira de Direito.** Nº 2/2006. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf. Acesso em 28 maio 2018.

[175] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo***:* primeiros estudos*.* Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 93.

possibilidade de interpretação da norma, não limitando tal atividade somente ao julgador, mas sim a todos os legitimados ao processo[176].

Como já mencionado, os estudos acerca da atividade interpretativa ainda encontram assento no Positivismo Jurídico (ainda que diversas vezes seja chamado de "neopositivismo" ou "pós-positivismo"), que se sustenta no dogma de que seria impossível alcançar uma "hermenêutica que ofereça simétrico exercício de igual direito de interpretação da lei para todos e que ponha todos os intérpretes em função de um único interpretante lógico-jurídico-discursivo"[177]. Ou seja: o positivismo nega que a isomenia seja parte da concepção de isonomia. Assim é que, ao negar tal possibilidade de participação, reconhece-se, por consequência, que "é inevitável a manipulação (monopólio) do sentido normativo pelo Estado-Juiz, tornando-se não refutável o saber-poder da autoridade intérprete"[178]. Perpetua-se, assim, a crença adotada por Cappelletti, no sentido de que "a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios"[179].

Desse modo, é de se reconhecer, conforme informa Flávia Penido, que "um discurso tem vários sentidos porque o sentido é atribuído pelo intérprete que, por sua vez, é carregado de textos (subjetividades) o que faz com que um mesmo discurso tenha vários sentidos (seja conotado), a depender do intérprete"[180], de modo que, ao se permitir que um texto seja interpretado isoladamente pelo juiz, perpetua-se a possibilidade de dominação dos sentidos por uma autoridade.

Sobre a dominação pela linguagem, esclarece Edward Lopes:

> Analisados, um a um, todos os modos de dominação que o homem inventou ao longo dos séculos para relacionar-se com o seu próximo, nenhum é mais eficiente que o da manipulação dos sentidos. Aquele que manipula os sentidos do discurso transforma-se no árbitro todo-poderoso da comunidade para a

---

[176] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** primeiros estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 93

[177] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 20107, p. 319.

[178] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** Primeiros Estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 364.

[179] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 1993, p. 129.

[180] PENIDO, Flávia Ávila. **Processo e Interpretação em Eduardo J. Couture.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 220.

> qual define o que venha a ser valor e antivalor; é ele que assinala os objetivos a serem perseguidos pelo grupo, dita as regras de comportamento que hão de dirigir a ação singular dos indivíduos na tentativa de realização de seus valores, pune e recompensa. Pois como os mitos sempre demonstraram, só o que sabe quer, só o que sabe pode, só o que sabe faz."[181]

Por tal motivo, é que se faz necessário buscar uma forma de democratizar a construção dos provimentos jurisdicionais, notadamente quando este poderão ser utilizados como fundamentação de decisões futuras, o que pode ser alcançado por meio de uma "igual possibilidade interpretativa (isomenia)"[182], diante da efetiva participação dos interessados na construção desta interpretação. E, para reconstrução do sentido do discurso no paradigma de Estado Democrático de Direito, a Teoria Neoinstitucionalista se vale da teoria do interpretante elaborada por Edward Lopes.

A partir do reconhecimento da multisignificação perturbadora do discurso, afirmando que "o discurso tem como objeto (texto) um conhecimento aberto a uma pluralidade de leituras"[183], o linguista desenvolve uma teoria, em que aponta a necessidade de estabelecimento de um "código, acessível a todos, que define (decodifica) o discurso impedindo a pluralidade de significações a que se está sujeito"[184].

Desse modo:

> (...) o interpretante é um conceito de valor relacionante que tende a repor em circulação, nos quadros da moderna ciência semiótica, toda a complexa problemática das fundações metalinguísticas, em segundo lugar, esse conceito permite-nos eliminar para sempre o espectro ontológico e a falácia realista dos "referentes" extralinguísticos do âmbito da semântica.[185]

Por isso, o método apresentado como possibilidade de construção de uma hermenêutica isomênica depende da aplicação da Teoria do Interpretante, considerando o processo como "uma instituição interpretante que nucleia e

---

[181] LOPES, Edward**. Discurso, Texto e Significação**. São Paulo: Cultrix, 1978, p. 5.
[182]LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 18.
[183] LOPES, Edward**. Discurso, Texto e Significação**. São Paulo: Cultrix, 1978, p. 8.
[184] PENIDO, Flávia Ávila. **Processo e Interpretação em Eduardo J. Couture.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 223.
[185] LOPES, Edward. **Fundamentos da Linguística Contemporânea**. São Paulo: Cultrix, 1995, p. 251.

baseia o sistema jurídico de forma a garantir o igual direito de interpretação (hermenêutica isomênica) aos legitimados ao processo”[186].

Rosemiro Pereira Leal esclarece que, para que se tenha uma atividade jurisdicional democrática, é necessário que exista uma “comunidade lingüístico-jurídica como autora de um projeto co-institucional de uma sociedade aberta”, ou seja, a fundamentação democrática das decisões judiciais depende da ampla participação linguística das partes interessadas. Afirma ser “óbvio que a concretização do direito não é ato maiêutico do juiz, mas hermenêutico das partes a partir da procedimentalização argumentativa em modelo (escrito ou oral) autorizado pelo devido processo na intra e infracoinstitucionalidade”[187].

[186] PENIDO, Flávia Ávila**. Processo e Interpretação em Eduardo J. Couture**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 234.
[187] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** Primeiros Estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 90.

CAPÍTULO 5 - A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

1 A Construção de Dogmas pelo Judiciário e o Problema do Método Indutivo

A partir da análise dos métodos de construção de precedentes judiciais, pode-se perceber que o legislador insiste em buscar meios para perpetuar a Ciência Dogmática do Direito, transferindo para o Judiciário a autoridade para construir dogmas, totalmente blindados à crítica.

É preciso se desvencilhar da Ciência Dogmática, que contempla a autoridade, a fim de compreender a lógica da processualidade democrática. Isso porque a dogmática jurídica, de forma deliberada e proposital, "promove a blindagem dos fundamentos da produção normativa e a interdição da problematização em torno da inconsistência e da aplicação do Direito"[188]. No mesmo sentido, afirma Clenderson Cruz que:

> (...) o comprometimento do direito com a dogmática analítica parece-nos impedir qualquer cogitação de implementação do direito democrático. Sob os estigmas de segurança, justiça e paz, impedem o desenvolvimento do direito em níveis democráticos (...)"[189].

Como já mencionado anteriormente, o paradigma constitucionalidade no Brasil de Estado Democrático de Direito não acolhe a implementação de dogmas, uma vez que o dogmatismo se desenvolve a partir da crença em verdades absolutas, inquestionáveis, que não podem ser submetidas à crítica.

Conforme Rosemiro Pereira Leal:

> É que, na dogmática jurídica, em não se delineando previamente a teoria da produção e da operacionalização da lei, as relações sígnicas, no plano sintagmático e associativo, ficam entregues à consciência do decisor, criando uma sobrecarga de instabilidade psíquica e social para todos no que se refere à fiabilidade do direito, uma vez que os campos seletivo-associativos (paradigmas e sintagmas) dos signos

---

[188] GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.3.

[189] CRUZ, Clenderson. **A Ampla Defesa na Processualidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 1

> jurídicos adquirem alguma viscosidade (evanescência) semiológica devastadora a extrapolarem normas escritas e fatos (situações) para se estabilizarem (paradigmatizarem) nos "valores" cristalizados de uma sociedade hipotética e cridamente subjacente ao direito que, por suas estruturas historicamente ideologizadas, já assegura uma vitória de seu imanente sistema cultural repressivo e estratégico antes mesmo que haja processualmente disputa ou confronto de direitos (lide, litígio) entre partes.[190]

Em contraponto ao dogmatismo, "Karl Popper, pela lógica do racionalismo crítico, esclarece que a construção do conhecimento científico deve-se dar a partir de uma epistemologia que inviabilize qualquer monopólio da verdade"[191]. Ao impossibilitar a crítica, percebe-se que nosso ordenamento jurídico, em que pese elaborado em suposto Estado Democrático de Direito, ainda se filia à Ciência Dogmática, permitindo que "os órgãos judiciários prossigam aplicando, pelo processo instrumental, um Direito não questionado em suas premissas, feito coerente por ficções lógicas e justificado como eco da dominação"[192].

E, como alerta Rosemiro Pereira Leal, "é paradoxal, como se vê em muitos, evocar um Estado Democrático de Direito se o "Processo Constitucional" é trabalhado em paradigmas de adequação decursiva dos Estados liberal e social de direito"[193].

Não se pode admitir que um Estado que se pretenda democrático instaure mecanismos de perpetuação de dogmas, insuscetíveis de apontamentos de aporias. Vê-se um Judiciário repetindo afirmações tão somente pelo fato de que foram ditas anteriormente por outros órgãos desse mesmo Judiciário, sem que essas afirmações sejam submetidas à crítica. E, assim, "o impacto da principiologia constitucional é significativamente amortizado pela continuidade ideológica propiciada pela dogmática jurídica"[194].

---

[190] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 162.
[191] ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A Lealdade na Processualidade Democrática**: Escopos Fundamentais do Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 1.
[192] GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.5.
[193] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 49.
[194] GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.5.

Assim, quanto ao tema abordado, é relevante apontar que o já mencionado artigo 927 do Código de Processo Civil trata da obrigação dos magistrados de seguir os entendimentos considerados vinculantes, o que deixa claro que esses entendimentos não podem ser submetidos à crítica, nem mesmo pelos outros julgadores, menos ainda pelas partes legitimadas ao processo.

De forma similar, o artigo 332 determina que ocorra o julgamento liminar de improcedência, sem que haja sequer a citação do réu, quando o pedido inicial contrariar precedentes vinculantes. E, quando o pedido inicial estive em conformidade com tais precedentes, foi autorizada, pelo artigo 311, II, a concessão de tutela provisória, fundada numa suposta evidência do direito.

Se, ainda recentemente, somente as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade possuíam efeito vinculante e *erga omnes*, vê-se que, atualmente, a legislação brasileira atual elenca uma série de procedimentos cujo resultado vinculará as futuras decisões jurisdicionais: súmula vinculante, recursos especiais e extraordinários repetitivos, incidente de assunção de competência e incidente de resolução de demanda repetitiva. Trata-se, em verdade, de metodologia de construção de dogmas.

Essa criticada dogmática decorre da adoção do método indutivo, cujo problema é apontado por Popper: "Será racionalmente justificável raciocinarmos partindo de exemplos ou contra-exemplos que experimentamos para descobrir a verdade ou falsidade das leis correspondentes ou para exemplos que não tenhamos experimentado?"[195]. Popper parte da constatação a que David Hume chegou anteriormente: não se pode fundamentar um enunciado universal por meio de situações particulares, pelo simples motivo de que uma única observação futura pode contradizer todas as anteriores.

Compreende-se como inferência indutiva aquela construída "a partir de casos repetidamente observados para casos ainda não observados"[196]. Com esse conceito, fica fácil concluir que esse pretenso sistema de precedentes é basicamente indutivo, uma vez que se estabelece um único enunciado (dogmático e universal) para ser aplicado em situações futuras. Conforme

---

[195] POPPER, Karl. **Textos Escolhidos**.In: MILLER, David. (Org.). Rio de Janeiro: Contraponto – PUC Rio, 2010, p. 109.
[196] POPPER, Karl. **Textos Escolhidos.**In: MILLER, David. (Org.). Rio de Janeiro: Contraponto – PUC Rio, 2010, p. 102.

informa Fredie Didier Junior, “a principal característica do Direito Judicial é a de que a sua produção se faz por indução”[197]. Por isso, questiona Charles W. Collier como seria possível que uma série de experiências sociais determine uma “moderna autoridade” para uma decisão judicial[198].

Ainda pior é o que ocorre no direito brasileiro, com sua obscura importação de institutos da *common law*, em que o método indutivo se resume a observação de poucos casos ou de apenas um caso para apontar uma solução para todos os casos futuros.

A partir desta constatação, torna-se possível encontrar o problema a ser trabalhado, tendo em vista que a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, ao adotar como seu principal fundamento a lógica do racionalismo-crítico de Popper, busca superar no âmbito processual, o problema da indução.

Para Popper, “todo o aparato da indução torna-se desnecessário quando admitimos a falibilidade geral do conhecimento humano”, também chamada por ele de “caráter conjectural do conhecimento humano”[199]. Segundo Popper, “a tradição racionalista, a tradição do debate crítico, é a única maneira viável de expandir o nosso conhecimento – conhecimento conjectural ou hipotético”[200]. Assim, para que se desenvolva uma teoria dos precedentes judiciais, tem-se por necessária a utilização da lógica do racionalismo crítico, afastando-se do método indutivo, caminho que parte da observação ou da experimentação.

Popper enfrenta o chamado “problema filosófico tradicional da indução”[201], questionando a validade das “leis universais de asserções isoladas”[202]. E, ao enfrentar o problema da indução levantado por David Hume, Popper demonstrou que “o conhecimento humano subjetivista (apoiado tão somente em inferências indutivistas) não permite a progressão da ciência, pois

---

[197] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Editorial 49**. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/. Acesso em : 11 nov. 2014.

[198] COLLIER, Charles W. Precedent and Legal Authority: A Critical History. **Wisconsin Law Review.** Nº 771, 1988, p. 772. Disponível em: http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/675. Acesso em: 20 jun. 2018.

[199] POPPER, Karl Raimund. **Textos Escolhidos**. *In:* MILLER, David (Org.). Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 104.

[200] POPPER, Karl Raimund. **Textos Escolhidos**. *In:* MILLER, David (Org.). Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 29.

[201] POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento Objetivo.** Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, p.14.

[202] POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento Objetivo.** Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, p.20.

as limitações existem apenas na experiência singular, o que provoca incoerências lógicas”[203].

Segundo Karl Popper, “não existe uma entidade lógica chamada inferência indutiva. Todas as chamadas inferências indutivas carecem de validade lógica”[204]. Assim, pretende oferecer um método não-indutivo que possibilite a reconstrução racional da ciência, que consiste no método de conjecturas e refutações, permitindo a testabilidade e o controle empírico das teorias científicas.

A solução apontada por Popper não afasta a possibilidade de considerar as asserções isoladas, mas faz com que todas as leis ou teorias sejam encaradas como hipóteses ou conjecturas, necessitando, constantemente, de passar por refutações. Assim, não há uma teoria certa ou errada, verdadeira ou falsa, mas sim teorias que são mais resistentes às críticas. Desse modo, essa crítica ao método indutivo, trazida ao direito, torna necessário repensar o sistema de utilização de precedentes judiciais, buscando esclarecer se seria possível, por meio da lógica do racionalismo-crítico e da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, conferir legitimidade democrática a este sistema.

É interessante observar como a doutrina não se preocupa em afirmar que o saber jurisprudencial se dá por meio da indução, sem sequer passar pelo problema desse método de construção do conhecimento, que leva, em verdade, a um conhecimento subjetivo, uma vez que depende da relação sujeito-objeto, com foco maior no sujeito observador.

Para André Del Negri, a busca por um conhecimento objetivo, afastado do médio indutivo, liberta-se “das decisões repetitivas, já asseguradas *a priori*, em especial pela jurisprudência”[205]. Assim, ao reconhecer que o método indutivo não possibilita a construção de um conhecimento objetivo, também se conclui que tal método não pode ser utilizado para a construção de teses pelo Judiciário, muito menos quando tais teses são, em verdade, dogmas impostos pela figura da autoridade.

---

[203] DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis.** Belo Horizote: Fórum, 2011, p. 16.
[204] POPPER, Karl Raimund. **Textos Escolhidos.** *In*: MILLER, David. (Org.). Rio de Janeiro: Contraponto – PUC Rio, 2010, p. 103.
[205] DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis**. Belo Horizote: Fórum, 2011, p. 16.

2 A Obrigatoriedade dos Precedentes Judiciais como Técnica de Dominação

Mauro Capelletti alerta que o Judiciário, quando confrontado com o gigantismo do Legislativo e do Executivo, acaba por surgir como um "terceiro gigante" capaz de controlar não só a atividade dos cidadãos, mas também os poderes políticos.

Afirma:

> Certamente, o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos de um novo estado leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso. Existe, antes, certa semelhança entre esses riscos e os decorrentes de outras manifestações do gigantismo estatal, de natureza legislativa ou administrativa: riscos de autoritarismo, lentidão e gravosidade, de inacessibilidade, de irresponsabilidade, de inquisitoriedade policialesca.[206]

Assim é que, diante da obrigatoriedade dos precedentes judiciais, instituída por lei ou pela adoção do sistema do *stare decisis*, verifica-se que da tentativa de padronizar os entendimentos jurisprudenciais alcança-se uma modalidade de dominação dos legitimados ao processo, que ficam completamente impedidos de rediscutir as teses elaboradas pelo Judiciário.

Tudo isso se dá a partir de uma equivocada ideia de segurança jurídica, retomando os estudos de Thomas Hobbes, segundo o qual incumbe ao Estado, por força do pacto de sujeição a que os homens se submetem, garantir-lhes a paz e a defesa como uma resposta ao "estado de natureza". Veja-se:

> A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de os defender das invasões dos estrangeiros e dos danos uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante o seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade.[207]

---

[206] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 49.

[207] HOBBES, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 147.

O conteúdo filosófico jurídico de Hobbes parte da ideia da busca da conservação humana através de segurança e paz na sociedade, impondo, em verdade, "uma gramática de obediência aos significados das normas organizadoras da coerção estatal"[208]. Hobbes afirma que os Estados modernos devem se constituir em sistemas de controle de modo a manter a ordem, o que se dá por meio de controle do governo sobre os súditos, ou seja, "preconiza o absolutismo como solução de conflitos de autoridade, ordem e segurança"[209].

Também parte da fantasiosa busca da conservação humana por meio de segurança e paz na sociedade, defendendo a ideia de que todo o ato da autoridade é destinado a alcançar tais objetivos. É o que esclarece Luís Sérgio Arcanjo dos Santos:

> (...) há o surgimento de novos paradigmas, que sustentados em bases histórica e política, procuram explicar as várias formas de dominação, haja vista que a tradição contratualista fundamenta de forma jurídica o poder do soberano no acordo coletivo de transferência do poder equitativo dos homens, bem como a vida, aos cuidados do soberano, torna-se o elemento ordenador da vida associativa.[210]

Como elucida Rosemiro Pereira Leal, a ideia de Hobbes consiste no mito de se conceber o Estado "como aparelho imprescindível (instituição) de unificação pressuposta das vontades a possibilitar a naturalização (ontificação) do imaginário fantasístico das multidões a serviço das reinações dos estadistas"[211]. Ou seja: trata-se tão somente de um mito para justificar um estado absolutista e despótico.

Verifica-se que, para o legislador, segurança jurídica significa controlar o comportamento dos jurisdicionados diante da total previsibilidade do entendimento jurisprudencial, e isonomia significa garantir que todos os jurisdicionados terão julgamentos idênticos diante de idênticas situações fáticas. Isso porque, ao abordar o conceito de segurança jurídica, retoma-se os estudos de Thomas Hobbes, segundo o qual incumbe ao Estado, por força do

---

[208] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** Primeiros Estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 53.
[209] SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado:** novos paradigmas em face da globalização. São Paulo: Atlas, 2008, p. 55.
[210] SANTOS, Luís Sérgio Ancanjo dos Santos. **Processo e Poder Constituinte Originário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 11.
[211] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21.

pacto de sujeição a que os homens se submetem, garantir-lhes a paz e a defesa.

Ao se transferir imaginariamente para o Estado o poder mítico de assegurar a segurança jurídica, transfere-se também ao julgador o poder de limitar a liberdade dos cidadãos a partir de provimentos judiciais, a partir da previsibilidade de suas decisões. Assim, busca-se uma "jurisdição redentora, pouco importando os níveis de violência a ser praticada para debelar violências"[212]. Tanto é que Mitidiero defende a fidelidade ao precedente, para garantir que a ordem jurídica ganhe unidade e se torne um ambiente "seguro, livre e isonômico"[213].

O que se denuncia, a partir de tal busca pela segurança jurídica, é que se instaura um Estado absolutista, despótico, repressor, como informa Luís Gustavo Mundim:

> (...) o significado inesclarecido de segurança jurídica permite que suas origens despóticas se voltem ao sincretismo ideológico proporcionado pelo Estado que, assumindo uma posição de subserviência, alimenta uma visão de que o juiz pode criar e ditar o direito conforme sua consciência, situação em que o processo se torna mero instrumento da jurisdição.[214]

Ao contrário da crença mantida pela literatura jurídica brasileira, o princípio da segurança jurídica como motivador da estabilização dos sentidos na jurisprudência não se destina ao jurisdicionado, mas somente ao fortalecimento da violência praticada pelo Estado, devendo, por isso, ser compreendida como uma forma de dominação.

Mas, antes de adentrar especificamente na questão da dominação exercida na aplicação dos precedentes judiciais, tem-se por necessário compreender o que é dominação e como ela ocorre na atividade jurisdicional. Trata-se aqui de dominação compreendida como "a probabilidade de encontrar obediência a um determinado mandato"[215], tal como trabalhado por Max

---

[212] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 47.
[213] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 100.
[214] MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Precedentes:** da vinculação à democratização. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 24.
[215] WEBER, Max. Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber.** São Paulo: Ática, 2004, p. 128.

Weber, que ainda aponta três tipos puros de dominação: legal, tradicional e carismática.

Essa relação de dominação encontra-se totalmente vinculada à ideia de poder, senão veja-se:

> Em outros termos, a ideia de poder que Weber trabalha situa-se na seara das formas mais típicas das ações sociais, entendida como a possibilidade de impor, ao comportamento de terceiros, a vontade própria. Trata-se da configuração mais pura do poder do homem sobre outro homem, um comando expresso ou simbólico que afeta singularmente a capacidade geral de ação do dominado.[216]

Esclarece Luís Sérgio Arcanjo dos Santos que "o conceito de poder bem como sua natureza, normalmente estão vinculados ao fenômeno da obediência"[217], ou seja, o poder ocasiona a dominação.

A dominação legal, também chamada de racional, tem por base a crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que estão nomeados para exercer a dominação. Seria aquela de caráter racional e baseada em uma ordem estabelecida, sendo a autoridade de um indivíduo legitimada pela força da lei. Nesse sentido, explana Weber que "a burocracia constitui o tipo tecnicamente mais puro da dominação legal"[218].

Já a dominação tradicional teria por base a crença na sacralização das tradições e na legitimidade daqueles que representam essas tradições. Aqui, não se obedece a estatutos ou leis, mas à autoridade que, por ter sido estabelecida pela tradição, é vista como digna de respeito.

Por fim, Weber trata da dominação carismática, articulando que o "quadro administrativo é escolhido segundo carisma e vocação pessoais, e não devido à sua qualificação profissional"[219]. Isto é, baseia-se na veneração da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa (figura mitificada) e, por consequência, segue-se as ordens por esta reveladas ou criadas. Trata-se de "um exercício de mando não racional e basicamente

---

[216] SILVEIRA, Daniel Barile. **Patrimonialismo e Burocracia:** uma análise sobre o poder judiciário na formação do estado brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito. Brasília, 2006, p. 27.

[217] SANTOS, Luís Sérgio Ancanjo dos Santos. **Processo e Poder Constituinte Originário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 11.

[218] [218] WEBER, Max. Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber.** São Paulo: Ática, 2004, p. 130.

[219] [219] WEBER, Max. Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber.** São Paulo: Ática, 2004, p. 135.

emocional, fundamentado na confiança, às vezes fanática, que isenta momentaneamente o poder de quaisquer críticas”[220].

Segundo Max Weber, esses três tipos de dominação seriam considerados puros, uma vez que desprovidos de qualquer fundamento lógico, baseando-se somente em costumes, interesses materiais e racionais e, principalmente, na crença da legitimidade da dominação. Informa que “a obediência de um indivíduo ou de grupos inteiros pode ser dissimulada por uma questão de oportunidade, exercida na prática por interesse material próprio ou aceita como inevitável por fraqueza e desemparo individuais”[221]. Desse modo, os tipos puros de dominação seriam ideológicos, legitimados pelo mito e utopia”[222].

É o que esclarece Weber:

> A “legitimidade” de uma dominação deve naturalmente ser considerada apenas uma probabilidade de, em grau relevante, ser reconhecida e praticamente tratada como tal. Nem de longe ocorre que toda obediência a uma dominação esteja orientada primordialmente (ou, pelo menos, sempre) por essa crença. A obediência de um indivíduo ou de grupos inteiros pode ser dissimulada por uma questão de oportunidade, exercida na prática por interesse material próprio ou aceita como inevitável por fraqueza e desamparo individuais. Mas isso não é decisivo para identificar uma dominação. O decisivo é que a própria pretensão de legitimidade, por sua natureza, seja “válida” em grau relevante, consolide sua existência e determine, entre outros fatores, a natureza dos meios de dominação escolhidos. […] “Obediência” significa, para nós, que a ação de quem obedece ocorre substancialmente como se este tivesse feito do conteúdo da ordem e em nome dela a máxima de sua conduta, e isso unicamente em virtude da relação formal de obediência, sem tomar em consideração a opinião própria sobre o valor ou desvalor da ordem como tal.[223]

De fato, nesses tipos de dominação, a legitimidade da atividade mandamental decorre somente da crença no poder daquele que a exerce, porque autorizado por ordens, por sua santidade ou por seu caráter, a fazê-lo.

---

[220] SILVEIRA, Daniel Barile. **Patrimonialismo e Burocracia**: uma análise sobre o poder judiciário na formação do estado brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito. Brasília, 2006, p. 32.

[221] WEBER, Max. Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber.** São Paulo: Ática, 2004, p. 140.

[222] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 138.

[223] WEBER, Max. Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber.** São Paulo: Ática, 2004, p. 140.

De uma breve análise desses tipos puros de dominação, torna-se possível perceber como tais técnicas permeiam a atividade jurisdicional. Ainda domina no Judiciário a crença, muito influenciada pela instrumentalidade do processo, de que os julgadores são detentores de uma sabedoria extrema, que lhe dá capacidade para promover a paz social, a justiça e a resolução de todos os conflitos existentes entre os cidadãos.

Rosemiro Pereira Leal denuncia o fato de que a validade da lei "repousa na crença em uma autoridade em si contida na própria lei a expressar uma potência mística de imperatividade transmitida pelo legislador"[224]. Essa crença não se limita ao âmbito legislativo, abrangendo também a atividade jurisdicional, na qual repousa a mesma crença na autoridade do julgador, sendo que tal autoridade lhe concede a função divina de pacificação de conflitos e a "missão" de resolver os problemas sociais. Isso porque, "na atualidade, é certo que o Poder Judiciário edita não apenas normas concretas, mas também normas gerais e abstratas, exercendo, pois também, atividade normativa"[225]. Assim, é de se compreender que o Direito Democrático deve ser legitimado pela via do processo, que deve ser considerado um instrumento de institucionalização constitucionalizada sociedade da vontade democrática dos cidadãos, superando as noções do Estado Absolutista e Social, rechaçando, por consequência, a figura do julgador como um ser magnânimo e iluminado.

Desse modo, no Processo Democrático, todo provimento, seja jurisdicional, administrativo ou legislativo, somente pode ser construído por meio da estrita observância das normas do Estado Democrático de Direito.

Todavia, a atribuição de escopos metajurídicos à jurisdição, conferindo ao magistrado a função de resolver todos os problemas sociais, mesmo que desvinculados do direito, coloca-o "como sujeito privilegiado, na posição de líder inatacável do bando soberano", permitindo assim que uma aplicação do direito na qual "o juiz está fora da legalidade para fixar os limites do ordenamento e sua direção, colocando o julgador (juiz-fuhrer, como quer

---

[224] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 98.

[225] TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennam Faria Krüger. **Teoria Geral do Processo:** em conformidade com o novo CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 30.

Couture) na borda legal que nega a própria normatividade do direito, ou seja, no ponto similar de decretação do estado de exceção schimittiano."[226].

De uma análise dos estudos acerca da atividade jurisdicional, é possível perceber que, ainda atualmente, em um Estado Democrático de Direito, a atividade do julgador é tratada como uma atividade criativa, solitária, de clarividência do julgador. Boa parte da literatura jurídica brasileira continua a defender a ideia de que cabe ao julgador criar o direito, diante da (incompletude fatal da norma, sendo ele o dominador quanto à interpretação do direito e quanto à sua própria criação.

A mesma crença na legitimidade da autoridade é observada pelos julgados dos tribunais, os quais carregam o imperativo de serem utilizados pelos outros julgadores como meios de fundamentação de suas decisões. Chega-se a uma fundamentação orientada pela dominação de outros julgadores, e não a uma fundamentação construída pela via processual, com observância do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Grande parte dos estudos sobre precedentes judiciais tem por fundamento a necessidade de adotar os entendimentos firmados pelos Tribunais Superiores, em razão da necessidade de uniformizar a jurisprudência e garantir segurança jurídica. Todavia, é possível constatar que a adoção desses entendimentos se dá pela dominação carismática exercida pelos julgadores desses tribunais sobre aqueles que exercem a função jurisdicional em outros tribunais hierarquicamente inferiores. Essa dominação carismática encontra-se, ainda, presente no texto legal, sendo decorrente, também, de uma tradição, enquadrando-se em todos os tipos de dominação puros analisados por Weber.

É o que se observa, com uma clareza impressionante, pela manifestação do Ministro Edson Fachin, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752/PR: "por força do princípio da colegialidade, tenho feito ressalva pessoal e acompanhado a maioria, como disse e repito, em respeito ao princípio da colegialidade"[227]. No mesmo julgamento, assim se pronunciou a Ministra Carmen Lúcia: "Ao mudar para Segunda Turma, ressalvei meu ponto

---

[226] LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 32-33.

[227] HC 152752, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018.

de vista sempre, mas adotei o princípio da colegialidade, para aceitar que nessa Turma, predominantemente, o entendimento era diferente e cumpria respeitar o que ali assentado por maioria". E vale ainda citar a manifestação da Ministra Rosa Weber, que afirmou ser necessário que a colegialidade leve a um pronunciamento uníssono do Tribunal:

> (...) a colegialidade, quanto ao seu elemento funcional, exige a direta interação, por meio do respeito e confiança recíprocos, entre os membros do grupo para a formação da vontade coletiva, que não se perfectibiliza com a soma de várias vozes, e sim com a sua conjugação em uníssono, a voz da Corte para toda sociedade (...).

A análise deste julgamento demonstra a total impossibilidade de crítica, até mesmo pelos próprios julgadores, acerca de um precedente vinculante. Essa impossibilidade de crítica surge com o nome de "princípio da colegialidade", na tentativa de convencer o jurisdicionado de que existe, de fato, a pretendida segurança jurídica pela imutabilidade das teses.

Conforme se infere pelos estudos de Max Weber, há um sincretismo na linguagem do saber humano, de modo que o ato de decidir se verifica uma "mistura indiscernível de normas jurídicas, mitos, tradições, crendices", fazendo com que se abra espaço para a discricionariedade. Dessa forma, o "Direito passa a ser uma ordem sistêmico-utilitária que impede a reflexão sobre os fundamentos de produção normativa"[228].

Nesse sentido, aponta André Del Negri que tal crença no poder do julgador ocasiona a dominação no Processo. Veja-se:

> As sociedades totalitárias são avessas ao debate. Silenciam o discurso dos atores sociais, tanto quanto. Em face dessa não possibilidade de manifestar opinião, o outro é anulado. Por isso, a importância de estudos que buscam a emancipação dos indivíduos num contexto que privilegie a pluralidade de vozes e de visões de mundo.

Sobre tal questão, também é procedente a crítica de Rosemiro Pereira Leal:

> A confusão nefasta é imaginar que o juiz é o intérprete magno, monopolista hermenêutico e jurisdicional e pensador legal e extrajurídico do *direito* e que pode, em fontes do conhecimento subjetivo, *extra*, *ultra* ou *citra lege*, produzir decisões justas

---

[228] DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis.** Belo Horizote: Fórum, 2011, p. 41.

> (vangloriosas) ou compor, por sentenças legiferantes ou de lege ferenda, soluções magníficas, justas (clarividentes), para os conflitos à margem da procedimentalidade modulada pelo constitutional *due process*.[229]

Tem-se por perceptível o exercício de dominação pela imposição dos julgados dos tribunais superiores, que criam precedentes, julgam recursos por eles escolhidos como paradigmas, criam súmulas vinculantes, os quais devem ser seguidos pelos outros tribunais, pelo simples fato de terem sido impostos por uma autoridade.

Diante da análise dos tipos puros de dominação legítima analisados por Max Weber, é possível perceber que tais tipos se encontram impregnados na atividade jurisdicional, fazendo com que inexista nessa atividade a legitimidade essencial para a construção do Estado Democrático de Direito.

Essa dominação também contamina a utilização de precedentes judiciais, os quais são criados de forma solipsista e aleatória pelos Tribunais, muitas vezes fundados em argumentos extrassistêmicos e subjetivos, e que, em razão de uma ilusória sapiência e divindade dos julgadores, acabam por ser aplicados pelos julgadores e invocados pelas partes como argumento.

O fundamento argumentativo apresentado por um enunciado firmado em mecanismo de construção de precedente judicial é oferecido à comunidade jurídica como dogma, ou seja, de maneira inquestionável, sendo possível ao julgador e às partes interessadas somente acolher sua aplicação. E, diante de tal situação, uma das questões mais problemáticas dos precedentes refere-se à sua força vinculativa, obrigando a ocorrência de situações como o julgamento liminar de improcedência (artigo 332 do Código de Processo Civil) e a concessão de tutela de evidência (artigo 311, II, do Código de Processo Civil), sem que haja qualquer oportunidade argumentativa.

Obriga-se, legislativamente, os julgadores a adotarem as teses construídas pelos Tribunais Superiores, tão somente porque tais tribunais seriam “superiores”, não se questionando se tais teses foram construídas democraticamente, mediante observância do devido processo legal, e muito menos oferecendo tais teses à crítica. Percebe-se, com isso, que a aplicação

---

[229] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 90-91.

dos precedentes judiciais ocorre mecanicamente (embora sua construção seja de natureza sociológica), sem que haja a devida interrogação da origem do conhecimento ali produzido, nem mesmo se questionando que se tal conhecimento é objetivo ou se deriva da subjetividade do julgador.

Trata-se de uma perpetuação da dogmática jurídica, que "permite que os órgãos judiciários prossigam aplicando, pelo processo instrumental, um Direito não questionado em suas premissas, feito coerente por ficções lógicas e justificado como eco da dominação"[230].

Ademais, ao se transferir somente para os Tribunais a possibilidade de uma interpretação legítima do direito, faz-se com que se estabeleça a dominação por meio da manipulação dos sentidos, como já mencionado anteriormente. Isto considerando, alcança-se que os estudos sobre precedentes judiciais, de forma geral, tem por fundamento a necessidade de adotar os entendimentos firmados pelos Tribunais Superiores, em razão da necessidade de uniformizar a jurisprudência e garantir segurança jurídica.

Isso porque, adotado determinado entendimento pelos Tribunais, mediante a utilização de mecanismos de criação de precedentes judiciais, este deve ser obrigatoriamente aplicado nos casos futuros, sem possibilidade de se interrogar sua validade ou legitimidade democrática. Reforça-se, portanto, a possibilidade de manipulação dos sentidos pelo julgado, o qual, tem a autorização (legal, tradicional e/ou carismática) para instituir dogmas inquestionáveis. E tal prática não pode ser admitida no Estado Democrático de Direito, uma vez que este se pretende "não dogmático".

Transfere-se para o julgador o poder de dominar a sociedade pelo monopólio interpretativo do direito, excluindo-se, tal como proposto pelos positivistas, a isomenia do conceito de isonomia, impossibilitando o igual direito de interpretação e substituindo-o pelo direito de interpretação idêntica.

Percebe-se que tal obrigatoriedade dos precedentes exerce uma ampla dominação, uma vez que não há só o controle dos jurisdicionados por meio da carga de violência trazida pela incessante busca da segurança jurídica, e do julgador, impedindo que este decida de forma contrária à "orientação" dos

---

[230] GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 5.

Tribunais. O controle, na verdade, é direcionado ao devido processo, impedindo este instituto de existir.

3 A Crença no Historicismo e o Problema da Integridade de Dworkin

O método, ora criticado, de aplicação de precedentes não só tem base indutiva, mas também historicista, uma vez que parte da ideia de que existiria uma única resposta correta para qualquer problema jurídico, que dependeria de uma adequada análise do passado. Acredita-se que o passado jurídico é uma obrigatória fonte de direcionamento para a atuação jurisdicional e que as decisões judiciais passadas seriam dotadas de acumulados valores morais e sabedoria[231].

Neil MacCormick e Robert Summers afirmam que os precedentes são decisões passadas que servem de modelo para decisões futuras e que uma parte da razão humana consiste, exatamente, em utilizar lições do passado para resolver problemas atuais e futuros[232]. Ainda anota Henrique Garbellini Carnio que o objetivo do commom law não é a vinculação do magistrado a uma única decisão ou sentença, mas sim "a uma série de decisões que, ao longo da história, possibilitou a concretização de uma *rule of law*"[233].

Esse método historicista de busca por respostas corretas corresponde aquilo que Ronald Dworkin denomina de integridade do direito, tratando as afirmações jurídicas como "opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado como para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento"[234]

---

[231] HUTCHINSON, Allan C. **Evolution and the Common Law.** New York: Cambridge University Press, 2005, p. 5.
[232] MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents:** a comparative study**.** Londres: Routledge, 1997, p. 1.
[233] CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes Judiciais ou "Direito Jurisprudencial Mecânico"?. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro.** Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016, p. 80.
[234]DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271.

Nesse sentido:

> O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente da justiça e equidade.[235]

Desse modo, para Dworkin, somente é possível uma única decisão correta no Direito, que poderia ser encontrada se o juiz mediante uma completa análise do contexto fático, dos argumentos apresentados pelas partes, tendo conhecimento de todo o Direito, atual e passado. Exige-se, portanto que "os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo"[236]. Assim é que direciona a ideia de precedentes como um romance em cadeia, isto é, cada julgador deve agir como se estivesse escrevendo o capítulo de um romance, devendo para tanto partir do capítulo anterior, para poder avançar.

Por mais que não haja essa expressa confissão na obra de Dworkin, é possível perceber que o próprio autor não acredita na possibilidade de adoção do historicismo (chamado por ele de integridade) como meio de busca por respostas corretas no Direito, já que, para chegar a tanto, ele adota a criação de uma figura julgadora mitológica, o Juiz Hércules.

Sobre tal ideologia dowrkiniana, é a crítica elaborada por Rosemiro Pereira Leal:

> É certo que Dworkin, discípulo de Pound, precursor da Jurisprudência Sociológica norte-americana que trabalha precedentes como coleção de casos similares ou genuínos julgados pelos tribunais a instituírem coerência para as decisões, dá continuidade ao paradigma do Estado Social de Direito que é eixo da autoridade pressupostamente lúcida, sábia, a operar as lógicas verificacionista e justificacionista a serviço de uma interpretação triunfal (trunfal).
> (...)
> Caberá ao juiz hercúleo (sacerdote de Hércules) interpretar (inter-parare), ou seja, suspendendo as ambiguidades semânticas dos sentidos normativos que tanto perturbam os positivistas, estabilizar por um ponto fixo (eu puro) fora da legalidade estrita, uma consciência privilegiada de alta abstração a partir da qual conferisse legalidade ao Direito,

---

[235] DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 217-272.

[236] DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 272.

> realizando (doando) uma irrestrita igualdade perante a lei para todos indistintamente.[237]

Desse modo, fica claro que a ideia de integridade, desenvolvida por Ronald Dworkin, nada mais é do que uma visão historicista da construção do Direito, que alcançaria uma única resposta correta para os problemas jurídicos a partir de uma análise histórica das decisões judiciais.

Não parece racional buscar a construção do conhecimento por uma única vez e presumir que houve o encerramento da discussão sobre determinada questão (indução), por isso é que a tese central do livro "A Miséria do Historicismo", de Karl Popper, é a de que não há como prever o caminho da história humana, mesmo recorrendo aos recursos do método científico ou a qualquer outro método racional. Conforme leciona Karl Popper, "o historicismo é método pobre – método que não produz fruto algum"[238]. Popper esclarece que o método historicista utilizado para vislumbrar sucessão de eventos históricos não são leis, mas tão somente orientações, diretrizes gerais[239].

Assim afirma:

> As uniformidades sociais não são, em verdade, leis da natureza; decorrem da ação humana e, conquanto se possa dizer que dependem da natureza humana, dir-se-á que dependem porque a natureza humana tem o poder de modificá-las e, talvez, de controla-las. Consequentemente, as coisas são suscetíveis de aperfeiçoamento ou deterioração: uma reforma ativa não é necessariamente fútil.[240]

O autor ressalta que não está refutando todo o tipo de predição social, pois, segundo ele, as Ciências Sociais (principalmente as teorias econômicas) podem ser submetidas a teste e serem objeto de previsão mediante condições estabelecidas previamente, porém, ressalta ele, qualquer previsão que suponha uma expansão do conhecimento humano será impossível.

---

[237] LEAL, Rosemiro Pereira. O Juiz Hercúleo e a Letalidade do Estado Dogmático. **Delictae**, Vol. 2, nº 3. Jul./Dez. 2017, p. 120.
[238] POPPER, Karl. **A Miséria do Historicismo.** São Paulo: Cultrix, 1991, p. 3.
[239] POPPER, Karl. **A Miséria do Historicismo**. São Paulo: Cultrix, 1991, p. 93.
[240] POPPER, Karl. **A Miséria do Historicismo**. São Paulo: Cultrix, 1991, p. 10.

CAPÍTULO V – A DESCONSTRUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

1 O Overruling à Brasileira

Diante das considerações já trazidas, também se preocupa, por fim, com a possibilidade de desconstrução desses precedentes vinculantes, de forma a buscar uma estabilização de sentido da norma, mas não sua perpetuação. Nesse sentido, esclarece Sodero que os precedentes devem ser sempre expostos à "contra argumentação", sendo que nenhum órgão julgador pode ter autoridade suficiente para encerrar de forma definitiva o diálogo sobre a interpretação correta[241]. Sobre esse problema, Pauliana Maria Dias delineia sua crítica afirmando que "os tribunais superiores não devem prender-se a posicionamentos jurisprudenciais arcaicos, que estão em desuso, o que denota abandono tácito do precedente" [242], sendo certo que, ao submeter uma determinada tese/interpretação à crítica, esta passa a ser refutável, permitindo uma nova construção interpretativa, superando a anterior.

Essa possibilidade de revisão/superação de um precedente judicial é chamada, no modelo do *common law*, de *overruling*, e é essencial para permitir a continuidade do debate sobre o entendimento jurisprudencial, por meio da oferta à crítica das teses elaboradas pelos Tribunais.

O artigo 927, § 4º, do Código de Processo Civil, prevê que "a modificação de enunciado de súmula pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia". Referido artigo causa imensa estranheza, não só por não disciplinar qual seria o procedimento destinado à revisão dos precedentes judiciais, mas também por amparar essa possibilidade

---

[241] SODERO, Eduardo. Sobre el Cambio de lós Precedentes. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho.** N. 21, out. 2004. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, p. 231.

[242] DIAS, Pauliana Maria. **O Procedimento Constitucional de Revisão da Súmula Vinculante**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2012, p. 69.

em conceitos completamente desconhecidos pelo legislador (segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia).

Ao tratar do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o artigo 986 determina que a revisão da “tese” se dê no mesmo tribunal em que ela foi estruturada, seja de ofício ou por provocação do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Assim é que o Código de Processo Civil traz uma previsão, no mínimo preocupante, sobre a possibilidade de superação do entendimento já padronizado, limitando a legitimidade para postular a revisão ao próprio Tribunal que o firmou, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, e sem tratar da forma procedimental adequada para tanto. Percebe-se, portanto, que não haverá possibilidade de superação do entendimento a partir do debate travado entre as partes em um eventual procedimento individual, que tramite na primeira instância. A parte interessada não terá a possibilidade de discutir a aplicabilidade do entendimento, salvo na hipótese de distinção entre o *thema decidendum* em análise e aquele que deu origem ao precedente. O juiz também não poderá discutir a questão, sendo obrigado a aplicar o entendimento padronizado, sob pena de sofrer uma reclamação.

Assim, é a crítica apontada por Marcos Cavalcanti:

> A falta de legitimidade das partes para formularem o pedido de revisão da tese jurídica contribuirá enormemente para o engessamento da jurisprudência, visto que normalmente são elas que identificarão os fundamentos necessários e terão interesse maior na revisão do precedente. Não há qualquer justificativa para essa restrição.[243]

Percebe-se que essa restrição da legitimidade para a revisão da tese firmada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ocasionará um excesso de força do precedente judicial, fazendo, inclusive, que ele se torne mais importante na resolução de conflitos do que a própria legislação. Isso porque existe a possibilidade de afastar a aplicação da lei, por meio do controle difuso de constitucionalidade, mas essa possibilidade não existe em relação ao precedente vinculante, que deverá obrigatoriamente ser seguido pelos julgadores.

---

[243] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 348.

Assim, essa limitação da legitimidade para postular a superação do precedente faz como que o entendimento jurisprudencial torne-se imune à crítica, e, por isso, os procedimentos de resolução de demandas repetitivas não apresentam qualquer compatibilidade com o Estado Democrático de Direito, que, como já dito, deve ser compreendido como não-dogmático.

Ainda acrescente-se que, diante da ausência de previsão legislativa de um procedimento destinado à revisão de precedentes, é possível que entendam os Tribunais que a legitimidade que está prevista no artigo 986 se estenda para todos os precedentes vinculantes, não só para aqueles construídos por meio de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Ademais, o artigo 489, § 1º, V, do Código de Processo Civil dispõe que o magistrado, ao fundamentar suas decisões, somente pode deixar de aplicar um precedente vinculante se este já estiver superado. Não há menção no sentido de que possa esse magistrado superar tal precedente, podendo deixar de aplicar somente se tiver ocorrido superação anterior, o que, por consequência, deixa claro que a parte interessada não pode pleitear essa superação.

Se de um lado é necessário buscar alguma estabilidade da jurisprudência, por meio da observância dos precedentes, por outro, deve atentar-se para a necessidade da mudança da jurisprudência já uniformizada, uma vez que esta deve sempre ser submetida à crítica.

É necessário ser cauteloso ao analisar a necessidade de procedimentos de superação de precedentes judiciais, para não correr o risco de justificá-la na jurisprudência sociológica de Roscoe Pound. Juliane Facó pretende justificar o *overruling* com base na teoria do racionalismo-crítico de Popper, mas acaba caindo no mito da sociedade pressuposta e na crença de que o Direito deveria evoluir de acordo com essa sociedade.

Veja-se:

> O precedente deve refletir os valores da sociedade e, se isto não acontece, ele precisa ser superado, seja por apresentar noções equivocadas do direito ou perpetrar injustiças, seja por revelar incongruências com os padrões sociais, acarretando distinções inconsistentes com outras decisões proferidas em casos semelhantes.[244]

---

[244] FACÓ, Juliane. Popper e Overruling: Mecanismo de Superação de Precedentes e Evolução do Direito. **Direito Unifacs – Debate Virtual**. Nº 176, 2015. Disponível em: http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3467/2483. Acesso em: 20. Mai. 2018.

O mesmo equívoco é cometido por Michelle Taruffo:

> Tal ciclo permite a evolução do direito, pois sempre se pode corrigir uma interpretação equivocada ou sintonizar o entendimento jurisprudencial com os valores atuais, desde que presentes os critérios para a utilização do overruling, pautado em fundadas razões para revogar o precedente e preservar a segurança jurídica.[245]

Taruffo sustenta que existem boas razões para permitir a revisão de um precedente pela mesma Corte que o proferiu, destacando que é possível que:

> (...) a mesma corte se encontre na condição de dever mudar de orientação, esquivando-se dos seus próprios precedentes em várias situações, que vão da obsolescência do precedente ao mudar de condições históricas, econômicas e sociais que influenciam a decisão do caso sucessivo até a eventualidade de se apresentarem casos com peculiaridades tão acentuadas que não podem ser enquadrados no precedente[246].

Do mesmo modo, afirma Márcia Cadore que "a cristalização eterna da jurisprudência é de todo indesejável, notadamente porque se trata do instrumento mais sensível às modificações sociais"[247].

Não basta pensar que é necessário permitir a revisitação dos precedentes judiciais, pela possível mudança de pensamento dos julgadores, já que isso levaria, mais uma vez, a ficar reféns da autoridade. O que deve justificar uma possível reconstrução de precedentes é adoção, como marco teórico, da lógica do racionalismo-crítico, que sugere que uma proposição precisa ser submetida à crítica, que seja refutável.

---

[245] FACÓ, Juliane. Popper e Overruling: Mecanismo de Superação de Precedentes e Evolução do Direito. **Direito Unifacs – Debate Virtual**. Nº 176, 2015. Disponível em: http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3467/2483. Acesso em: 20. Mai. 2018..

[246] TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**. Vol. 199, setembro/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 150.

[247] CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula Vinculante e Uniformização de Jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 2007, p. 28.

2 A Refutabilidade como Elemento do Processo Democrático

O Estado Democrático de Direito, como projeto inacabado e conjecturado a partir de uma concepção de sociedade aberta, é que possibilita escapar das amarras do dogmatismo estatal, na medida em que abre a todos do povo a viabilidade de testificarem as decisões estatais. O exercício de ampla e incessante fiscalidade do sistema jurídico pelo processo e seus consectários lógicos, requisito à construção e operacionalização do Estado Democrático de Direito. No Estado Democrático de Direito, há de se evitar a "obediência ao absolutismo das palavras (pragmatização lexical)", para possibilitar "a refutabilidade a partir da enunciação proposicional da normatividade (falseabilidade em Popper)"[248].

Assim, nas palavras de André Del Negri, "quando não há fiscalidade, não há democracia"[249].

Neste contexto é que o racionalismo crítico de Karl Popper se articula com a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, trazendo a percepção de que não existem verdades absolutas, mas, somente, conjecturas (asserções provisórias) que devem sempre ser submetidas à teste, sob pena de perderem sua condição enunciativa. Para Karl Popper todos os problemas apresentados à sociedade, incluídos os problemas de ordem jurídica, são resolvidos a partir de teorias conjecturais, que devem ser, constantemente, submetidas à testes/refutações, de modo a serem aperfeiçoadas.

Assim afirma:

> Velhos experimentos jamais conduzem a novos resultados futuros. O que acontece apenas, é que novos experimentos permitem decidir acerca de velhas teorias. E a teoria antiga, ainda que superada, frequentes vezes mantém sua validade, como uma espécie de caso limite de uma teoria nova; ela continua a ser aplicada, pelo menos com bom grau de aproximação, aos casos que abrangia no passado.[250]

---

[248] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 162.
[249] DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis.** Belo Horizote: Fórum, 2011, p. 106.
[250] POPPER, Karl Raimund. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 277.

Por isso, em concepções democráticas contemporâneas, tem-se por necessário permitir que os precedentes vinculantes possam ser novamente analisados (novos experimentos), o que permitirá perquirir sua validade. O enunciado construído por um Tribunal sem sua oferta à crítica não é falseável, testável ou refutável, não possuindo, portanto, legitimidade. Assim é que, tão somente pela ausência de possibilidade de novo debate, os precedentes tido por vinculantes acabam perdendo seu nexo jurídico democrático para fundamentar novas decisões.

Diante de uma situação como aquela estabelecida pelo art. 332 do Código de Processo Civil (julgamento liminar de improcedência), em que a tese construída por um Tribunal é arbitrariamente adotada em um novo julgamento, sem qualquer oportunidade de argumentação da parte, já se pode concluir pela total invalidade da tese, já que blindada para a análise crítica.

Sobre esse problema, afirma Rosemiro Pereira Leal:

> (...) apenas a crítica provoca o crescimento do conhecimento, porque viabiliza o preenchimento dos poros da linguagem (ou do discurso) das teorias até então vigentes, estabelecendo-se, inevitavelmente, uma permuta de problemas, na medida em que a solução de problemas antigos possibilita a identificação de inúmeros problemas novos.[251]

Como destaca Gustavo de Castro Faria, a revisão dos precedentes judiciais é necessária, uma vez que não se pode inviabilizar um debate, de modo que esse passe “a girar em torno de um padrão apriorístico de verdades, mitigando o ambiente dialógico-participativo”, transformando, assim, a jurisprudência em ‘técnica de ideologização do discurso”[252].

Por esse motivo, defende-se, neste trabalho, como tese, a criação de um procedimento de fiscalidade dos precedentes vinculantes, considerando que em uma democracia, é necessária a permanente inclusão procedimental processualizada de todos os legitimados, em todos os aspectos, máxime no fiscalizatório[253].

---

[251] LEAL, Rosemiro Pereira. Exposição de Motivos de um Possível Novo Código de Processo Civil. In: LEAL, Rosemiro Pereira; ALMEIDA, Andréa Alves. **Comentários Críticos à Exposição de Motivos do CPC de 1973 e os Motivos para a Elaboração de um Novo CPC**. Franca: Lemos e Cruz, 2011, p, 37.

[252] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do Direito:** Reflexões no Contexto da Processualidade Democrática. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 3.

[253]DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis.** Belo Horizote: Fórum, 2011, p. 117.

Para tanto, inicialmente, é de se compreender que vinculação não se pode decorrer de uma análise da similitude fática do caso que originou o precedente e o caso atual/futuro. Isso porque uma comparação fática ocasionará a regressão ao já combatido método indutivo e chegar-se-á a conclusão de que se deve adotar uma mesma resposta a uma situação anteriormente já observada. A comparação entre os fatos traz à tona o verificacionismo, ou seja, a confirmação do saber pela repetição da incidência do caso na realidade observada.

Como aponta Henrique Garbellini Carnio:

> A doutrina tradicional do precedente tratou a aplicação repetida do Judiciário de explorações anteriores para casos análogos como a melhor prova da sua provável validade, assim como a confirmação dos resultados repetidos de experiências científicas pela comunidade de físicos e químicos foi tratada como prova da provável verdade de suas descobertas.[254]

Identificar os fatos analisados no precedente e os novos fatos, que se apresentam à realidade de forma idêntica aos fatos anteriores, impede qualquer progresso científico, não há nova experimentação, mas apenas repetição dos fatos anteriores.

Nesse sentido:

> (...) a referida igualdade de pedidos há de ser aferida por precedentes (antecedentes lógicos da causa petendi) construídos (ementados, sintetizados) a posteriori de lides instaladas pela via procedimental processualizada, não pelo bom senso, ritos sumaríssimos, tutelas interditais, monocráticas, solipsistas, interpretação criativa, talento, intuição, sensibilidade, da autoridade jurisdicional, mediante hermenêuticas de índole historicistas ou universalistas de sociedades tribais, fortes e sofisticadamente tecnologizadas, que bem caracterizam ideologias travestidas de teorias, colocando a idealidade ou a pragmática dos juízos de qualquer direito a ditar a forma correta, adequada e justa, de estabilizar o sentido normativo (...).[255]

A testificação continuada proposta por Karl Popper e encampada na Teoria Neoinstitucionalista exige a ampla e aberta oportunidade a todos de

---

[254] CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes Judiciais ou “Direito Jurisprudencial Mecânico”?. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016, p. 88.

[255] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo. **Revista Brasileira de Direito Processual -RBDPro**. Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun./2017, p. 310.

eliminação de erros, o que depende, portanto, de uma análise de novas teorias sobre o tema proposto.

Impõe-se, assim, a título de tese, a instauração de um procedimento fiscalizatório, que poderia ser denominado de "controle difuso de jurisprudencialidade", capaz de permitir a qualquer interessado interrogar a possibilidade de aplicação de um precedente. Seria, assim, possível "perquirir qual teoria da procedimentalidade processual deu suporte à construção do precedente"[256], apontar sua inaplicabilidade ante a ausência do devido processo como interpretante, ante a subjetividade do julgador em tal construção e até mesmo testificar o precedente, apresentando novas teorias capazes de superá-lo.

Por isso, reafirma-se o critério dissertado por Luís Gustavo Mundim, na perspectiva da *teoria neoinstitucionalista do processo*, de que a vinculação do precedente se dê a partir da causa de pedir e do pedido, por serem "antecedentes lógicos integrantes do núcleo construtivo dos precedentes"[257].

Haveria, desse modo, um verdadeiro *overruling*, bem diverso daquele existente no *common law* (e importado para o direito brasileiro), em que a mesma enigmática razão jurisprudencial que construiu um precedente pode desconstruí-lo. A desconstrução dos precedentes decorreria pela apresentação de novos elementos configurativos do procedimento processualizado: causa de pedir e pedido suscetíveis de provocar superações de precedentes pretéritos.

Possibilita-se, desse modo, o afastamento do despotismo de incidentes de coletivização de sentidos normativos por meio da "designação de um direito democrático da contemporaneidade na visão neoinstitucionalista do processo"[258], ostentando para a TESE aqui proposta de que é imprescindível criar, em face da instituição constitucionalizada de Estado Democrático de Direito no Brasil (Constituição Federal – artigo 1º), um modelo de precedentes vinculantes, tendo em vista que o Código de Processo Civil de 2015, ao inserir o instituto dos precedentes em seu bojo normativo, não cuidou de sequer

---

[256] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo. **Revista Brasileira de Direito Processual -RBDPro**. Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun./2017, p. 309.

[257] MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Precedentes:** da vinculação à democratização. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 135.

[258] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** Primeiros Estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 362.

mencionar em sua Exposição de Motivos a linha teórica e técnico procedimental na qual deveriam ser empreendidas a formação e aplicação dos precedentes, uma vez que a via postulatória e de atuação estruturante no Processo Civil Brasileiro é assentada em pressupostos processuais, causa de pedir e pedido, não em casos (*cases*) coletados pela lógica empírica do verificacionismo indutivo do realismo mecanicista com violação do direito fundamental do devido processo legal (artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal).

CONCLUSÃO

A presente tese intentou analisar, de forma crítica, a metodologia dos precedentes vinculantes, seja no modelo do *civil law*, seja no modelo do *common law*, sendo a crítica válida para qualquer sistema jurídico, que preconize estabilização dos sentidos normativos a partir de uma enigmática razão jurisprudencial, autoristatista, subjetiva e indutiva.

Partiu-se de uma análise da metodologia de construção, aplicação e desconstrução de precedentes judiciais vinculantes adotada no direito brasileiro, passando pelo estudo das interferências do sistema do *common law* e de suas ideologias.

Assim, a partir da lógica do racionalismo crítico de Karl Popper e da Teoria Neoinstitucionalista do Processo desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, conseguiu-se apontar os problemas na construção, aplicação e desconstrução dos precedentes judiciais, buscando uma adequação de tal instituto ao Estado Democrático de Direito.

Para possibilitar este estudo, buscou-se, em um primeiro momento, demonstrar a total ausência de teorias sobre a questão dos precedentes judiciais, por meio da elaboração de críticas aos principais estudos até então empreendidos na literatura brasileira. Assim, concluiu-se que se tratam de teorias ideologizadas, voltadas somente para o prático funcionamento do Judiciário, sem qualquer compromisso com a concretização do Estado Democrático de Direito. Todas chegam a uma mesma conclusão acerca da necessidade de uniformização do saber jurisprudencial, partindo de marcos teóricos completamente diversos, e até antagônicos.

Apesar de, inicialmente, ter sido cogitada a impossibilidade total de adoção dos precedentes na perspectiva democrática, o desenvolvimento do presente estudo ensejou esclarecer que seria possível a utilização de precedentes como forma de fundamentação das decisões jurisdicionais, se construídos sob a ótica da Teoria do Interpretante de Edward Lopes, garantida uma hermenêutica isomênica.

Buscou-se métodos de fuga da arbitrariedade que ainda permeia a atividade jurisdicional, de forma a exterminar a crença injustificada, influenciada

pelos ideais positivistas, de que os julgadores são os únicos intérpretes legítimos do conhecimento jurídico, o que permite, por consequência, acabar com a dominação pura dos jurisdicionados pelo saber jurisprudencial (seja essa dominação legal, carismática e/ou tradicional).

Considerando o devido processo como interpretante capaz de garantir a isonomia (incluindo-se, aqui, a isomenia essencial na construção e aplicação dos precedentes), este não pode ser desconsiderado em qualquer momento da atividade jurisdicional, notadamente porque se trata do meio adequado para garantir a participação das partes na construção do provimento. Não basta mencionar a garantia do contraditório e sua vinculação ao dever de fundamentação das decisões para assegurar que as partes interessadas (legitimadas ao processo) estarão em condição de igualdade para interpretar a norma.

Assim, critica-se o mito da autoridade do julgador, bem como a imposição de dogmas pelo Judiciário. E, a fim de concretizar o Estado Democrático de Direito como "não-dogmático", verificou-se a necessidade de tornar os atos estatais, inclusive jurisdicionais, abertos à crítica, motivo pelo qual a vinculação dos precedentes judiciais, proposta pelo Código de Processo Civil e perpetuada pela tradição do *common law* (*stare decisis*), propôs-se a criação de um procedimento capaz de permitir a fiscalidade de tais precedentes.

Propôs-se a criação de um modelo fiscalizatório, por ora denominado nesta tese de "**controle difuso de jurisprudencialidade**", em que os enunciados, teses e súmulas elaborados pelos Tribunais possam ser submetidos a uma testificação contínua, transformando-os, assim, em verdadeira teoria científica, capaz de produzir conhecimento objetivo. Conjecturou-se que a instauração deste procedimento apto a permitir a interrogação acerca da legitimidade democrática da decisão utilizada como precedente, bem como a sua validade, a partir de sua abertura à crítica. Assim, a questão acerca da possível aplicação do precedente não se resume aos importados institutos do *distinguishing* e do *overruling.*

Afasta-se, desse modo, a ideia de que um precedente deve ser seguido pelos julgadores e jurisdicionados pelo simples motivo de ter a lei criado uma esdrúxula modalidade de precedentes vinculantes, em que se estabeleceu que

os Tribunais seriam os órgãos capazes de alcançar respostas definitivas para pretensões jurídicas não estruturadas de modo exauriente pelo devido processo legal, que confere fundamento de legitimidade ao paradigma de Estado Democrático de Direito na contemporaneidade.

Belo Horizonte, 08 de novembro de 2018.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** São Paulo: Martins Fontes, 2007;

ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus Jurisprudência dotada de efeito vinculante: A ineficácia e os equívoco das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A Lealdade na Processualidade Democrática**: Escopos Fundamentais do Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese. **Revista de Processo**. v. 37, n. 206, p. 359-379, abr. 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. **Direito Processual Constitucional:** Aspectos Contemporâneos*.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **O conteúdo lógico-objetivo do princípio da inocência:** uma proposição segundo a teoria neoinstitucionalista do processo e o racionalismo crítico. Tese (Doutorado em Direito Processual). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2016.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. Ano 8, nº 1, p. 39-63, janeiro/junho 2007.

BRASIL. Congresso. Senado. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.** Brasília, 2010. Disponível em http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL, ADI 4439, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018.

BRASIL, RE 598099 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 17-12-2012 PUBLIC 18-12-2012.

BRASIL, ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

BRASIL, HC 152752, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Direito à Jurisdição Eficiente e Garantia da Razoável Duração do Processo no Estado Democrático de Direto. *In*: GALUPPO, Marcelo Campo (org.). **O Brasil que Queremos**: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame Técnico e Sistemático do Código de Processo Civil Reformado. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana (Org.). **Processo civil reformado.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; *et al*l. **Estudos Sistemático do NCPC**. 2ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial:** A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

BÜLOW, Oskar von. **Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais.** 2 ed. São Paulo: LZN, 2005.

CABRAL, Antônio do Passo. O Novo Procedimento Modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, nº 147, 2007.

CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula Vinculante e Uniformização de Jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 1993.

CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes Judiciais ou "Direito Jurisprudencial Mecânico"?. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COLLIER, Charles W. Precedent and Legal Authority: A Critical History. **Wisconsin Law Review.** Nº 771, 1988, p. 772. Disponível em: http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/675. Acesso em: 20 jun. 2018.

COUTURE, Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil***:* Discursos, Ensaios e Conferências. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008.

CRUZ, Clenderson. **A Ampla Defesa na Processualidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: Perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado:** Questões Processuais**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Trad. Hermínio A. Carvalho. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis**. Belo Horizote: Fórum, 2011.

DIAS, Pauliana Maria. **O Procedimento Constitucional de Revisão da Súmula Vinculante**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Editorial 49**. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/. Acesso em : 11 nov. 2018.

DINARMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Ana Paula Pereira da Silva. **Recursos Especiais "Repetitivos" no Direito Brasileiro**: Uma questão de (in)constitucionalidade?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DUTRA, Victor Barbosa. **Precedentes Vinculantes:** Contraditório efetivo e técnicas repetitivas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACÓ, Juliane. Popper e Overruling: Mecanismo de Superação de Precedentes e Evolução do Direito. **Direito Unifacs – Debate Virtual**. Nº 176, 2015. Disponível em: http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3467/2483. Acesso em: 20 mai. 2018.

FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do Direito**: Reflexões no Contexto da Processualidade Democrática. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIX-ZAMUDIO, Hector. **Constituición y Proceso Civil en Latinoamérica.** México: Instituto de Investigaciones Juridicas, 1974.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo.** Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

HOBBES, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law.** Boston: Little, Brown and Company, 1881.

HUTCHINSON, Allan C. **Evolution and the Common Law.** New York: Cambridge University Press, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOZEL, Randy J. Stare Decisis as Judicial Doctrine. **Washington and Lee Law Review.** Vol. 67, nº 2, 2010.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático.** São Paulo: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Hermenêutica Constitucional a Partir do Estado Democrático de Direito. **Revistada Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.** nº 28, ano 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada**: Temática Processual e Reflexões Jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. A Principiologia Jurídica do Processo na Teoria Neo-Institucionalista. **Revista da Faculdade Mineira de Direito.** Nº 2/2006. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf. Acesso em 28 maio 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo Como Teoria da Lei Democrática.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** Primeiros Estudos. 13 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo. **Revista Brasileira de Direito Processual -RBDPro**. Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun./2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. O Juiz Hercúleo e a Letalidade do Estado Dogmático. **Delictae**, Vol. 2, nº 3. Jul./Dez. 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira; ALMEIDA, Andréa Alves. **Comentários Críticos à Exposição de Motivos do CPC de 1973 e os Motivos para a Elaboração de um Novo CPC**. Franca: Lemos e Cruz, 2011.

LIMA, Newton de Oliveira. **Jurisdição Constitucional e Construção de Direitos Fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos**. São Paulo: MP, 2009.

LOPES, Edward**. Discurso, Texto e Significação**. São Paulo: Cultrix, 1978.

LOPES, Edward. **Fundamentos da Linguística Contemporânea**. São Paulo: Cultrix, 1995.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas:** Ações coletivas como ações temáticas. Belo Horizonte: LTr, 2006.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents:** a comparative study**.** Londres: Routledge, 1997.

MADEIRA, Dhenis Cruz *et all*. Processo, Jurisdição e Ação em James Goldschmidt. *In:* LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). **Estudos Continuados de Teoria Geral do Processo.** Vol. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas:** A luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luís Guilherme. **A Força dos Precedentes.** Salvador: JusPodivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC:** críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. **Revista de Processo,** vol. 260/2016, p. 233 – 256, Out / 2016.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. *In*: **Novos Estudos CEBRAP**. N. 58. São Paulo: Fundação Carlos Chagas. novembro de 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MINAS GERAIS. TRT da 3.ª Região; PJe: 0010694-71.2015.5.03.0138 (RO); Disponibilização: 18/04/2016; Órgão Julgador: Segunda Turma; Redator: Sebastiao Geraldo de Oliveira.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** Da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORINEAU, Marta. **Una Introduccion al Common Law.** México: Universidad Nacional Autonoma de Méximo, 2004.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Precedentes:** da vinculação à democratização. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes Vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2013.

NUNES, Dierle. A Litigância de Interesse Público e as Tendências "não Compreendidas" de Padronização Decisória. **Revista de Processo**, Vol. 199, setembro/2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático***.* Curitiba: Juruá, 2011.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. O Novo Código de Processo Civil: Cogitações sobre os principais aspectos positivos e negativos da estrutura técnico-sistemática do Projeto aprovado no Senado. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade.** Canoas, vol. 1, n. 1, nov. 2013, p. 51.

PENIDO, Flávia Ávila**. Processo e Interpretação em Eduardo J. Couture**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PINTO, Luis Filipe Marques Porto Sá. **Julgamento das causas repetitivas**: uma tendência de coletivização da tutela processual civil. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Vitória, 2011.

POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law.** New Haven: Yale University Press, 1924.

POUND, Roscoe. **The Formative Era of American Law.** Boston: Little, Brown and Company, 1938.

POUND, Roscoe. **Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico**. Barcelona: Ariel, 1950;

POPPER, Karl Raimund. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 3 ed. São Paulo: Cultrix, 1972.

POPPER, Karl Raimund. **A Miséria do Historicismo**. São Paulo: Cultrix, 1991.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento Objetivo.** Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl. **Textos Escolhidos**. *In*: MILLER, David. (Org.). Rio de Janeiro: Contraponto – PUC Rio, 2010.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIESENHUBER, Karl. English Common Law versus German Systemdenken? Internal versus External Approuches. **Utrecht Law Review**, Vol. 07, Issue 01. Jan. 2011.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. As Ações-Teste na Alemanha, Inglaterra e Legislação Brasileira Projetada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. V.III, jan./jun. 2009.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à Brasileira**: A Jurisprudência Vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

SÁ, Silvio de. Teoria Processual da Relação Jurídica como Técnica Ideológica de Julgamento: Uma Estagnação Científica. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. **Técnica Processual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SANTOS, Luís Sérgio Ancanjo dos Santos. **Processo e Poder Constituinte Originário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Súmula Vinculante e o Instituto dos Assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 3 (2014), nº 2.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVEIRA, Daniel Barile. **Patrimonialismo e Burocracia**: uma análise sobre o poder judiciário na formação do estado brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito. Brasília, 2006.

SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual Elementar de Processo Civil.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado:** novos paradigmas em face da globalização. São Paulo: Atlas, 2008.

SODERO, Eduardo. Sobre el Cambio de lós Precedentes. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho.** México: Instituto Tecnológico Autónomo de México. N. 21, out. 2004.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez.** Bogotá: Temis, 1999.

STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**. Vol. 199, setembro/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria Geral do Processo:** Em conformidade com o Novo CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THIBAU, Vinícius Lott. **Garantismo e Decisão Jurídica Imparcial.** Tese (Doutorado em Direito Processual). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2017.

WEBER, Max. Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima. *In*: COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber.** São Paulo: Ática, 2004.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional:** O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes:** Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.