PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Faculdade Mineira de Direito

Luís Gustavo Reis Mundim

SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:

Uma análise crítico-epistemológica a partir da Teoria Neoinstitucionalista do Processo

Belo Horizonte
2017

Luís Gustavo Reis Mundim

SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:

Uma análise crítico-epistemológica a partir da Teoria Neoinstitucionalista do Processo

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal

Área de concentração: Direito Processual

Belo Horizonte
2017

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

Mundim, Luís Gustavo Reis
M965s Segurança jurídica e precedentes no código de processo civil de 2015: uma análise crítico-epistemológica a partir da teoria neoinstitucionalista do processo / Luís Gustavo Reis Mundim. Belo Horizonte, 2017.
160 f.

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

1. Processo civil. 2. Segurança jurídica. 3. Brasil. [Código de Processo Civil (2015)]. 4. Precedentes judiciais. 5. Ciência política. 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

Luís Gustavo Reis Mundim

SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:

Uma análise crítico-epistemológica a partir da Teoria Neoinstitucionalista do Processo

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

_____

Professor Dr. Rosemiro Pereira Leal – Orientador – PUC Minas

_____

Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça – Banca Examinadora - PUC Minas

_____

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - Banca Examinadora - FUMEC

_____

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - Suplente – PUC Minas

Belo Horizonte, 23 de outubro de 2017

Aos meus pais, que me ensinaram que sem os estudos não é possível alcançar e conquistar nossos sonhos.
À Isabella, por todo amor, carinho e apoio incondicionais.

AGRADECIMENTOS

É uma honra ser aluno do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/MG especificamente na linha de pesquisa “O processo na construção do Estado Democrático de Direito” diante de um corpo docente tão singular em suas pesquisas e exemplar em sua produção e qualificação. Certamente uma das principais linhas de pesquisa do país, sempre voltada à efetiva construção de uma ciência democrática do direito, destacando-se das demais por enfrentar criticamente os obstáculos e entraves que impedem a implementação da constitucionalidade democrática. Nesse ínterim, sinto-me orgulhoso de ser aluno e orientando do Professor Rosemiro Pereira Leal, pesquisador e combatente incansável das obscuridades que continuam a perpetuar no estudo do direito. Aqui registro meu agradecimento pelas inúmeras e indispensáveis reflexões proporcionadas na orientação dessa pesquisa, pelas aulas instigantes, pelo exemplo de humildade científica e por nos dar coragem de ousar e enfrentar pensadores “gigantes”, sempre acreditando no potencial das novas gerações de seus alunos. Agradeço, também, por ter tido a oportunidade de ser seu estagiário de docência, ocasião em que o aprendizado foi constante e os ensinamentos da docência levarei sempre para minhas aulas. Ao Professor André Cordeiro Leal por proporcionar minha busca continuada pela “ampliação da angústia”, que desde os tempos de graduação, quando fui seu monitor de Teoria Geral do Processo, aplico tal ensinamento para o desenvolvimento de meus estudos e pesquisas. Cabe aqui registrar meus agradecimentos ao Prof. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, um dos principais defensores e expoentes da técnica processual e do processo constitucional, pelas aulas e ensinamentos cruciais para o desenvolvimento desta pesquisa. Ao Prof. Dierle Nunes pelos ensinamentos em aula e pelas indicações bibliográficas, pois ser aluno de um dos membros da Comissão que elaborou o CPC/2015 é uma oportunidade ímpar. E por fim, ao Prof. Vicente de Paula Maciel Júnior, exemplo de magistrado que não se volta às arbitrariedades e arcaísmos do direito processual. Agradeço, também, aos Professores Drs. Sérgio Zandona e Vitor Salino pelas valiosas contribuições à pesquisa durante suas avaliações. Não poderia de deixar meu agradecimento à minha mãe, Denise Maria Freire Reis Mundim, pelo incentivo contínuo de estudar, pesquisar e lecionar, além do apoio e compreensão incondicionais de proporcionar uma dedicação extrema a meus compromissos acadêmicos. Ao meu pai, Luís Ângelo Mundim, pelo exemplo de competência e firmeza na conquista de nossos sonhos e objetivos, exemplo que sigo cada vez mais. Ao meu irmão Alexandre Reis Mundim, por compreender minha ausência e por saber que mesmo longe tenho seu apoio. À minha noiva Isabella Fonseca Alves, um agradecimento mais que especial,

por ter acompanhado o meu percurso no mestrado desde o processo seletivo e por tê-lo tornado muito mais leve e tranquilo. Agradeço pelas oportunidades de lecionarmos juntos, interlocuções acadêmicas, momentos de apoio e por acreditar em minha capacidade e projetos acadêmicos. Não poderia deixar de registrar minha admiração pela sua competência, pelo seu exemplo de docência, de força e por ser uma mulher vencedora e batalhadora que ainda irá longe em seus objetivos. Certamente o ambiente acadêmico foi ideal para conhecermos e construirmos nosso grande amor. Aos meus colegas e amigos feitos no mestrado, em especial: Alexandre Varela, Lorena Ribeiro, Allan Milagres, Érica Alves, Lucas Theodoro, Felipe Vaz, Alexandre Rocha, Natanael Lud, Alisson Martins, Márcio Melo, João Salles Carvalho, Luiz Sérgio Santos, Francisco Dourado, Reginaldo Gonçalves, Vinicius Barros, Guilherme Lage, Aurélio Viana e Helena Freitas pela convivência e união de ampliarmos a nossa Escola Mineira de Processo. Aos colegas do escritório Reis Mundim Sociedade de Advogados, por compreenderem meus momentos de ausência e segurarem a barra quando não estive presente, além de sempre proporcionarem um ambiente agradável de aprendizado mútuo.

Eu sou partidário da audácia intelectual. Nós não podemos ser intelectualmente covardes e ao mesmo tempo buscar a verdade. Aquele que busca a verdade deve ousar ser sábio – ele deve ousar ser um revolucionário no campo do pensamento.
(Karl Raimund Popper, 2004)

O problema é que à construção de mundo são necessárias teorias *a serem rigorosa e criticamente testificadas em todos os graus de* pesquisa científica *a começar pelos cursos fundamentais. O ensino de um direito que pretenda útil e adequado (pragmático-performativo) a realidades (existências humanas) que não fundamos é ignorar previamente os erros já cometidos à realização da sanha desenvolvimentista e delirante em que alucinamos uma* ***vida humana*** *de bem-estar pessoal e social pela sedução das proezas tecnológicas, deixando à margem desse encantamento as degradações mentais e ambientais que o destino do evolucionismo obscurantista nos mostra no cotidiano de nossa sobrevivência.*
(Rosemiro Pereira Leal, 2013).

RESUMO

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015), a segurança jurídica tornou um dos principais elementos para justificar a incorporação dos precedentes vinculantes à referida legislação. A necessidade de se enfrentar esse sincretismo ainda mantenedor do processo como instrumento de uma jurisdição perseguidora de celeridade e efetividade a qualquer custo é que faz com que o presente trabalho tenha como problema a análise da compatibilidade entre a segurança jurídica como justificativa dos precedentes e o Estado Democrático de Direito compreendido em perspectiva não dogmática. Assim, com o objetivo final de se ressignificar a segurança jurídica como legitimidade democrática e propor elementos para a construção de uma teoria processual dos precedentes a partir da processualidade democrática, é que a presente pesquisa adotou como marco teórico a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, cujo eixo epistemológico se encontra delineado no racionalismo crítico. Pela análise de literatura específica sobre a temática, pode-se averiguar que a perspectiva dogmática da segurança jurídica camufla a imposição de violência normativa por um Estado-Juiz de Exceção pela via dos precedentes, razão pela qual a sua ressignificação surge como premissa para a construção democrática de uma teoria dos precedentes a partir do referente lógico-jurídico do devido processo como instituição constitucionalizada de fiscalidade incessante e de implementação de direitos fundamentais ao conjunto de legitimados ao processo que é o povo.

Palavras-chave: Processo Civil. Segurança jurídica. Precedentes. Código de Processo Civil de 2015. Teoria Neoinstitucionalista do Processo. Processualidade democrática.

ABSTRACT

With the advent of the Civil Procedure Code of 2015 (Law 13.105/2015), legal certainty has become one of the main elements to justify incorporating binding precedents into said legislation. The need to confront this syncretism that still maintains the process as an instrument of a jurisdiction that pursues speed and effectiveness at any cost is that this work has as its problem the analysis of the compatibility between legal security as justification of precedents and the Democratic State of Law understood in a non-dogmatic perspective. Thus, with the ultimate goal of re-defining legal certainty as democratic legitimacy and proposing elements for the construction of a procedural theory of precedents based on democratic procedurality, the present research adopted as theoretical framework the Neoinstitutionalist Theory of Process, whose axis epistemological approach is outlined in critical rationalism. By analysing specific literature on the subject, it can be verified that the dogmatic perspective of legal security camouflages the imposition of normative violence by a State-Judge of Exception by means of precedents, which is why its resignification appears as a premise for the construction democratic process of a theory of precedents from the logical-legal referent of due process as a constitutional institution of incessant control and implementation of fundamental rights to the set of legitimized to the process that is the people.

Keywords: Civil Process. Legal certainty. Precedents. Code of Civil Procedure of 2015. Neoinstitutionalist Theory of the Process. Democratic procedurality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. – Artigo

CF. – Constituição federal

Cf. - Conferir

Coord. – Coordenador

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015

Ed. - Editor

Ex. – Exemplo

Org. – Organizador

p. – Página

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10

2 A SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DOS PARADIGMAS ESTATAIS 14
2.1 Considerações propedêuticas..... 14
2.2 Estado Liberal..... 20
2.3 Estado Social 25
2.4 Estado Procedural 29
2.5 Estado Democrático de Direito..... 33

3 DIREITO E VIOLÊNCIA: O SIMULACRO DA SEGURANÇA JURÍDICA 39
3.1 O simulacro da democracia..... 39
3.2 Segurança Jurídica e o Direito como Integridade 44
3.3 A Pós-Modernidade e o rompimento com o Estado-Segurança..... 50

4 A SEGURANÇA JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: OS PRECEDENTES VINCULANTES 54
4.1 A noção de precedente e seus corolários-lógicos..... 54
***4.1.1 Ratio decidendi e Obiter Dictum: a razão jurisprudencial e a órbita da autoridade*...63**
***4.1.2 As técnicas da distinção (distinguishing) e superação (overruling)*..... 69**
4.2 A Segurança Jurídica na Exposição de Motivos..... 78
4.3 O caráter jurisdicizante da Lei 13.256/2016: o fim do *overruling?*..... 84
4.4 Coerência, estabilidade, integridade e vinculação: uma análise dos artigos 926 e 927 do CPC/2015..... 89

5 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PELOS PRECEDENTES VINCULANTES NO CPC/2015..... 96
5.1 O pesadelo social do processo: a justiça judiciária!..... 96
5.2 O mito dos Tribunais Superiores como Cortes Supremas..... 101
5.3 O espaço desprocessualizado na formação dos precedentes: a interdição da lei pela vedação ao *non liquet*..... 109
5.4 A ritualidade no CPC/2015 pelas técnicas ideológicas de aceleração de procedimentos..... 115

6 A RESSEMANTIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA: POR UMA TEORIA PROCESSUAL DA DEMOCRACIA..... 122
6.1 O Processo como instituição de fiscalidade incessante..... 122
6.2 Cidadania e efetividade: a necessária correlação para o ganho de legitimidade..... 130
6.3 A vinculação dos precedentes a partir da causa de pedir e pedido..... 135
6.4 Precedentes, cognição e devido processo..... 138
6.5 Uma proposta final: procedimento constitucional de revisão de precedentes vinculantes..... 143

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 146

REFERÊNCIAS 149

1 INTRODUÇÃO

O discurso de *segurança jurídica* é utilizado por juristas, doutrinadores e pela jurisprudência para justificar a estabilização dos entendimentos dos tribunais, a fim de se buscar *celeridade*, *efetividade* e *previsibilidade* das decisões, vindo a prevenir o cidadão-jurisdicionado de quaisquer mudanças abruptas na jurisprudência. Assim, a *estabilidade* do *saber jurisprudencial* restaria protegida pelo ideal de segurança jurídica e conjuntamente traria maior velocidade ao trâmite procedimental.

Certamente, o Código de Processo Civil de 2015 possui como uma de suas justificativas alcançar a segurança jurídica com vistas ao combate da denominada *jurisprudência lotérica*, em que juízes, tribunais inferiores e superiores decidem o direito de forma a não respeitar o mínimo de *previsibilidade*, com aplicação de decisões distintas para lides iguais.

Para tanto, 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 segurança jurídica na jurisprudência, nos entendimentos dos tribunais e na redução do número de processos.

No entanto, 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.

Essa problemática contamina por completo a teoria dos precedentes que acaba por manter a jurisdição na centralidade do sistema jurídico, o que, além de elevar as atribuições dos tribunais (principalmente dos superiores) acaba por possibilitar que a criação e aplicação dos precedentes seja uma atividade solitária de juízes e tribunais na busca dos escopos metajurídicos. Toda essa perspectiva aliada à celeridade, efetividade e à busca por integridade e coerência sistêmicas, fazem com que o sincretismo entre segurança jurídica e precedentes não esteja em consonância com a construção do Estado Democrático de Direito, em perspectiva não dogmática.

Assim, a presente pesquisa busca realizar o enfrentamento crítico da junção entre segurança jurídica e os precedentes judiciais previstos no CPC/2015, com o objetivo de

analisar a sua compatibilidade com a processualidade democrática e de se propor elementos para a conjectura de uma *teoria processual dos precedentes* voltada à construção do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, utilizar-se-á como marco teórico a *Teoria Neoinstitucionalista do Processo* conjecturada por Rosemiro Pereira Leal e demarcada epistemologicamente pelo racionalismo crítico de Karl Popper, pois a propositura de que o Processo é uma instituição constitucionalizada volta-se à implementação de direitos fundamentais do povo.

Nesse ínterim, o primeiro capítulo busca compreender as origens e facetas da segurança jurídica nos distintos paradigmas de Estado, ocasião em que são tecidas considerações acerca do *Estado Dogmático*, expressão cunhada por Rosemiro Pereira Leal para designar a estatalidade despótica e ideológica que permeia toda a ciência do direito. Em seguida, demonstrar-se-á que a noção de segurança jurídica possui origens nas concepções de Thomas Hobbes e se desenvolve desde o paradigma de Estado Liberal ao Estado Procedural habermasiano no sentido de manter o Estado como fonte de sua própria segurança.

Ainda, se apresentará a noção de Estado Democrático de Direito e a necessidade de que a segurança jurídica deva se *ressemantizar* para ser compreendida como *legitimidade democrática*, a partir da compreensão *Neoinstitucionalista* de que o *Processo* é o referente de toda a sistematicidade jurídica de forma que as decisões (provimentos) sejam tomadas dialogicamente entre Cidadão e Estado em igualdade interpretativa.

No segundo capítulo, o foco do estudo dar-se-á na *dissimulação da segurança jurídica* como *violência normativa* pelo simulacro de democracia, em que se demonstrará que a manipulação ideológica do direito é geradora de *violência* e criadora de um *Estado de Exceção* para a preservação do próprio poder estatal, legitimador do *simulacro da segurança jurídica*. Analisar-se-á, também, a correlação entre segurança jurídica e a Teoria do Direito como Integridade proposta por Ronald Dworkin que, ao buscar a integridade e coerência do sistema jurídico, acaba por manter o *juiz hercúleo* na centralidade das decisões estatais, dando continuidade à imposição de violência normativa por juízes e tribunais. Há a necessidade de rompimento com o Estado-Segurança impositivo de violência, que somente ocorrerá pela Pós-Modernidade, cuja principal preocupação é a construção do Estado Democrático de Direito por uma concepção de sociedade aberta a todos do povo para testificar as decisões estatais e reduzir os níveis de violência presentes nos planos instituinte, constituinte e constituído do direito pelo *devido processo*.

Já o terceiro capítulo destina-se à análise da segurança jurídica no Código de Processo Civil de 2015, com a apresentação da noção dos precedentes e de seus corolários lógicos da

ratio decidendi, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*, ainda mantenedores de uma perspectiva em que a jurisdição é o centro das decisões. A partir da *Teoria Neoinstitucionalista* far-se-á uma proposta de compreensão dos precedentes como *instituto jurídico-processual* a se criar uma *decisão jurídica* construída pela processualidade. Ainda, será objeto de análise a Exposição de Motivos do CPC/2015, que dá embasamento à segurança jurídica como justificativa de aumento dos poderes dos tribunais superiores em que se busca a contínua celeridade e redução da quantidade de processos.

Tal perspectiva gera a necessidade de se analisar o *caráter jurisdicizante* da Lei 13.256/2016, responsável por efetuar reformas no sistema de precedentes do CPC/2015 que praticamente esgota o acesso aos tribunais superiores e consequentemente do *overruling*. Essa perspectiva ainda influencia os elementos da coerência, estabilidade, integridade e vinculação previstas nos artigos 926 e 927 que de forma alguma podem ser dissociados de uma análise processualizada.

O quarto capítulo buscou averiguar como a violência normativa é institucionalizada pelos precedentes vinculantes no CPC/2015, a partir de uma *justiça judiciária* que cria um *falso dilema* entre celeridade, efetividade e devido processo, e preconiza uma *jurisdição relâmpago* na construção e aplicação dos precedentes. Desta feita, os tribunais superiores passam a ser compreendidos como cortes supremas que, sob o pretexto de segurança jurídica, poderão criar um precedente vinculante a partir de qualquer decisão, conforme sua consciência. Esse mito perpetua na desprocessualização da formação dos precedentes pela vedação ao *non liquet* que dá abertura à interpretação criativa do direito pelos tribunais. Por tais fundamentos, instauram-se técnicas de aceleração de procedimentos no CPC/2015, que preconizam a rápida solução da demanda pela replicação dos padrões decisórios por meio da concessão de *tutela de evidência* e *julgamento de improcedência liminar dos pedidos.*

Por fim, o quinto capítulo apresenta a ressemantização da segurança jurídica como *legitimidade democrática* e a propositura de elementos que possibilitem a construção de uma *teoria processual dos precedentes*. Para tanto, a busca dos elementos democráticos do processo como instituição de fiscalidade incessante é feita em consonância com a principiologia institutiva que possibilita ao povo o exercício de fiscalização das decisões estatais. Nessa esteira, para se proporcionar a segurança jurídica como legitimidade democrática, o entrelaçamento entre *Cidadania* e *efetividade* se darão pelo devido processo, a fim de que se tenham ganhos de eficiência sistêmica pela implementação de direitos fundamentais. A partir de tais embasamentos, se proporá a vinculação dos precedentes pela causa de pedir e pedido, bem como a aplicação e construção dos precedentes pela cognição,

institutos que possibilitam o afastamento do solipsismo judicial e a construção do direito pelo Processo. Por fim, a propositura de um procedimento constitucional de revisão de precedentes vinculantes é que se alinhará à *Teoria Neoinstitucionalista* e condensará as noções democráticas do processo direcionadas à construção de uma *teoria processual da democracia* e *dos precedentes*.

Desta feita, não houve a pretensão de se esgotar a temática, porém, espera-se que se tenha realizado uma contribuição crítica e reflexiva sobre a proposta ora apresentada.

2 A SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DOS PARADIGMAS ESTATAIS

O presente capítulo analisará quais as origens da segurança jurídica, a partir de um estudo nos paradigmas estatais do Estado Liberal, Social, Procedural e Democrático de Direito. Ademais, será analisada a concepção de Estado Dogmático e a apresentação do marco teórico do racionalismo crítico, a fim de se permitir a perquirição teórica da segurança jurídica.

2.1 Considerações propedêuticas

A Ciência Dogmática do Direito, ou dogmática jurídica, é proveniente do pensamento dogmático, caracterizado pela impossibilidade de questionamento e problematização de suas premissas e pressupostos. Isso porque, as premissas "foram *estabelecidas* (por um arbítrio, por um ato de vontade ou de poder) como inquestionáveis".[1]

A dogmática, então, parte do *princípio da inegabilidade dos pontos de partida*, que consiste na assunção de postulados inquestionáveis a serem trabalhados a partir de si próprios, que irão orientar e dar condições para uma ação. Tércio Sampaio Ferraz Jr. explica que, especificamente na ciência dogmática, criam-se condições para a obtenção de decisões em conflitos juridicamente definidos.[2]

Nesse sentido, pela irrefutabilidade do dogma[3], a dogmática jurídica "cumpre funções típicas de uma *tecnologia*", pois pode "instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a

---

[1] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 20. "Se a atividade é chamada de 'dogmática', é porque pressupõe a adesão a certo número de ideias, que não são postas em questão: que o legislador é racional; que os enunciados têm sentido; que esse sentido pode ser descoberto; que o sistema é completo, ou que o direito positivo não comporta lacunas nem contradições, ou então que estas últimas podem ser eliminadas por meio de certos métodos; enfim, que se pode, por intermédio do raciocínio lógico, conhecer a norma aplicável a não importa qual seja o caso particular". TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. Trad. Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.75.

[2] ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**: tópica, discurso, racionalidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p.53. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, cit., p. 60. Segundo Michel Troper, a dogmática jurídica "tem como objetivo organizar e sistematizar o direito, de modo a determinar, a partir dos textos que expressam regras gerais, quais são os casos aos quais essas regras se aplicam e, a propósito de determinado caso, quais são as regras aplicáveis". TROPER, Michel. **A filosofia do direito**, cit., p. 75.

[3] "O dogma, em sentido material, é para o teólogo uma verdade que se contém nas fontes de revelação divina, para o jurista é uma verdade que se contém no conjunto sistemático dos imperativos que procedem das fontes concretas do direito". BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 703.

sociedade”[4], o que cria um envoltório nos fundamentos produtores da normatividade e impossibilita que sejam problematizadas a inconsistência e a aplicação do Direito. [5]

Tércio Sampaio Ferraz Jr. aduz que as funções tecnológicas da dogmática se assemelham às tecnologias industriais, visto que se torna visível a influência mercadológica exercida sobre aquela. Os conflitos, segundo o autor, devem ser resolvidos juridicamente com o mínimo de perturbação social possível “em termos de relação custo/benefício”, o que deixa evidente a visão econômica do saber dogmático. [6]

Nesse ínterim, a Ciência Dogmática do Direito dá origem ao que Rosemiro Pereira Leal designa como *Estado Dogmático*, que pode ser compreendido como “um instrumento lógico-jurídico de livre manobra dos *experts* e autoridades para realizar, de modo nomológico e tópico-retórico (doutrinário), com apoio na *dogmática analítica*, a mítica dos ideais de falaciosa justiça, paz, bem comum e fins sociais de um direito que pode ou não ser legislado”.[7]

O Estado Dogmático torna-se um mecanismo de continuidade dos “modos de vida já implantados” e busca “erradicar conflitos” por meio da aplicação de “comandos proteção e repressão” irrefutáveis e incontestáveis. [8]

Desse modo, o Estado Dogmático estabiliza o sentido das normas pela preservação perpétua da tradição, das formas de vida cristalizadas pela história, dos “*status quo*” e da proteção de conteúdos éticos que somente são esclarecidos pelos condutores da história, a fim de que seja possível implantar segurança, paz social e o bem-estar coletivo.[9]

O processo, sob essa perspectiva do Estado Dogmático, torna-se mero instrumento da jurisdição, em que as partes estão subordinadas ao juiz (relação jurídica de direito público), para a consecução da paz social via escopos metajurídicos (social, econômico, político). Ou seja, permite-se ao juiz decidir com base em critérios que extrapolam os limites legais do ordenamento jurídico.[10]

---

[4] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, cit., p. 20.

[5] GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.3. v. 1.

[6] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, cit., p. 61.

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

[8] GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**, cit., p.2.

[9] ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A lealdade na processualidade democrática**: escopos fundamentais do processo. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.142. v. 2.

[10] “Por isso é que, hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal”. DINAMARCO, eCândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.181-182.

Com efeito, o Estado Dogmático é autocrático, arbitrário e antidemocrático, visto que deposita na autoridade soberana o reinado da resolução de conflitos pela imposição de suas vontades, conveniências e interesses. É o que leciona Rosemiro Pereira Leal:

> O Estado, nessa conjuntura, identifica-se com o mercado de troca de vantagens pessoais, funcionais e institucionais, pouco importando se o sistema é aberto ou fechado em concepções luhmannianas, positivistas, jusnaturalistas, hermenêuticas, logicistas, crítico-verificacionistas ou sociologistas-justificacionistas. A democracia é um emblema pelo simulacro de uma constitucionalidade jurídica suscetível a flexibilidades em seus conteúdos pelos juízos de livre convencimento de seus intérpretes engastados em tribunais de excelsos saberes já pré-compreendidos no empirismo convencionalista e no realismo mecanicista que orientam a ideologia da dominação social. Direitos fundamentais confundem-se com direitos individuais com prevalência da retórica dos direitos humanos, implementáveis pela via de ações afirmativas de cunho político-judicialista. Veda-se, assim, distinguir paradigmas de Estado que são a maior conquista teórica da atualidade dos estudos jurídicos à busca de uma nova conceituação de democracia que não é mais herdeira da Paidéia grega e de seus consectários mítico-totalitaristas.[11]

Luiz Sérgio Arcanjo dos Santos, em pioneira pesquisa sobre processo e poder constituinte originário, alerta que a limitação imposta pelo Estado Dogmático faz com que o homem se entregue ao discurso da autoridade estatal pela imposição de verdades absolutas, o que resulta na alienação do mundo e do próprio homem.[12]

Por isso, conceber a Ciência do Direito e o Estado como tecnologia, a partir de matrizes dogmáticas, geram-se efeitos catastróficos. Primeiro, porque "ainda não se esclareceu de que *técnicas* deriva a *tecnologia* e como esta busca seus saberes numa *ciência* para se ampliar indefinidamente, pouco se importando com a própria sobrevivência do homem e do planeta".[13]

Segundo, pois a racionalização da técnica e da ciência atrelada aos ideais mercadológicos (tecnologia) trabalha uma "racionalidade manipuladora, uma racionalidade da dominação", que relega qualquer pleito democrático de implementação de direitos fundamentais a último plano.[14]

---

[11] LEAL, Rosemiro Pereira. A crise do dogmatismo e implicações jurídico-políticas**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n.92, p.241-245, out./dez.2015, p. 242.

[12] SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos. **Processo e Poder Constituinte Originário**: a construção do direito na processualidade jurídico-democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.36-37.

[13]LEAL, Rosemiro Pereira. Da técnica procedimental à ciência processual contemporânea. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. SOARES, Carlos Henrique. (Coord.). **Técnica processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p.5-6.

[14]HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como "ideologia"**. Trad. Felipe Gonçalves da Silva. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p.80-81.

E terceiro, pelo fato de que uma ciência baseada em uma fundamentação última e suficiente leva "à dogmatização, e com isso à imunização das respectivas convicções contra argumentos racionais", o que abre espaço para decisões autoritárias e arbitrárias.[15]

Esse bloqueio ao homem de se libertar das amarras da dominação[16] de uma certeza última imposta pelo Estado é que faz com que a presente pesquisa se apoie no racionalismo crítico cunhado por Karl Raimund Popper como metodologia de arguição do Estado Dogmático, para possibilitar a construção de um Estado Democrático de Direito (não dogmático).

Para Karl Popper "não há conhecimento sem crítica racional, crítica a serviço da busca da verdade", pois o conhecimento e os enunciados científicos não podem ser definitivos ou insuscetíveis a testes. São inexistentes premissas e pontos de partida tidos como verdadeiros e certos, na medida em que todo o conhecimento se inicia e acaba com problemas.[17]

A racionalidade, então, não deriva de uma busca de certeza, visto que todo conhecimento humano é suscetível ao erro, é falível e incerto. É por isso que o saber científico é "sempre hipotético: é um *saber conjectural*", razão pela qual o método crítico busca por erros e pelas suas eliminações "a serviço da busca da verdade, a serviço da verdade".[18]

Importante mencionar que, pelo racionalismo crítico, não há o fim de uma busca pela verdade, que se diferencia da certeza e da verdade dogmáticas como fundamento último. A busca da verdade consiste na "busca de teorias explanatórias, objetivamente verdadeiras". [19] É o que nos explica Popper:

> Combater a falha, o erro, significa, portanto, buscar a verdade objetiva e tudo fazer para descobrir e eliminar inverdades. Essa é a tarefa da atividade científica. Pode-se, portanto, dizer: nossa meta como cientistas é a verdade objetiva; mais verdade, verdade mais interessante, verdade mais bem compreensível. Não podemos, racionalmente, ter a certeza como meta. Quando percebemos que o conhecimento

---

[15] ALBERT, Hans. **O direito à luz do racionalismo crítico**. Trad. Günther Maluschke. Brasília, DF: Universa: Fundação Universidade de Brasília, 2013, p. 65.

[16] "A dominação da natureza humana por intermédio dos sujeitos portadores do saber possibilita que o homem subordine o próprio homem. No sistema jurídico dogmático, a técnica (proceder ordenado) como única forma legítima de pensar perpetua a violência da autoridade que utiliza de instrumentos de dominação destinados a alcançar a todos, bem como reforça 'o poder da ordem existente' e formando, aí, o seu tipo próprio de totalitarismo e estendendo-se para além dos locais estruturados institucionalmente". SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos. **Processo e Poder Constituinte Originário**: a construção do direito na processualidade jurídico-democrática, cit., p. 44.

[17] POPPER, Karl Raimund. **Em busca de um mundo melhor**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.38. POPPER, Karl Raimund. **O mito do contexto**: em defesa da ciência e da racionalidade. Trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009, p.250.

[18] POPPER, Karl Raimund. **Em busca de um mundo melhor**, cit., p.15.

[19] POPPER, Karl Raimund. **Em busca de um mundo melhor**, cit., p.14.

> humano é falível, também percebemos que *jamais* podemos estar *totalmente certos* de que não cometemos um erro. [...]
> Como nunca podemos estar totalmente certos, não vale a pena buscar a certeza; mas vale muito a pena buscar a verdade; e nós o fazemos principalmente buscando erros, para os corrigir. [20]

Desse modo, Popper aproxima a noção de verdade à de verossimilitude, em que a "verossimilitude de uma asserção será exposta como aumentando com seu conteúdo de verdade e decrescendo com seu conteúdo de falsidade". Desta feita, a teoria mais resistente e com mais conteúdo, após ser testificada por conjecturas e refutações, terá "maior grau de verossimilitude".[21]

Popper não busca tão somente a aproximação da verdade, mas, também, a validade. Isso porque, o crescimento do conhecimento científico por meio da eliminação de erros pelo exercício de crítica acaba por se tornar "o esquema da procura da verdade e do *conteúdo* por meio da discussão racional". [22]

Ao não crer facilmente na razão humana, Popper aponta dois problemas fundamentais do conhecimento, quais sejam, o da indução e o da demarcação.

Para o austríaco, os indutivistas não fazem a observação de que o conhecimento científico não é fundado na experiência, uma vez que "no sentido científico é sempre uma experiência construída, ela vem confirmar a reflexão, nunca é o ponto de partida". Vale dizer, então, que as conclusões experimentais sempre irão derivar de fatos observados, o que faz com que as verificações de uma teoria se tornem facilmente alcançáveis. [23]

Desta feita, o principal problema dos indutivistas é "como justificar asserções de universalidade irrestrita, que constituem a parte vital das teorias, à base de evidência circunscrita a um número limitado de enunciados observacionais". [24]

Por sua vez, em relação aos dedutivistas, a mesma crítica pode ser aplicada, eis que estes não podem crer que seus enunciados universais sejam comprovados pelos fatos, tornando-se premissas verdadeiras e absolutas (dogmas). [25]

É por isso que Karl Popper conjectura seu método crítico que "contenta com o fato de que a racionalidade de uma teoria reside em a escolhermos porque é melhor do que as

---

[20] POPPER, Karl Raimund. **Em busca de um mundo melhor**, cit., p.14-15.
[21] POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem revolucionária. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1999, p.54-59.
[22] POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem revolucionária, cit., p. 122.
[23] ALMEIDA, Andréa Alves. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 24.
[24] OLIVA, Alberto. Popper da atitude crítica à Sociedade Aberta. *In*: PEREIRA, Júlio César R. (Org.). **Popper**: as Aventuras da Racionalidade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995, p.107.
[25] ALMEIDA, Andréa Alves. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**, cit., p. 24.

predecessoras", eis que foi submetida a testes mais severos, "podendo, portanto, aproximar-se mais da verdade". [26]

Pode-se resumir o método crítico de Popper no seguinte esquema: P1 -> TT -> EE -> P2, no qual P1 é o problema a ser resolvido, TT é a testificação teorizada do problema, EE a eliminação de erros e P2 o problema gerado pela eliminação do erro, que é sempre menor que o primeiro problema.

O conhecimento científico se encaminhará a partir de um "conjunto de *teorias concorrentes*, isto é, teorias oferecidas como soluções para os mesmos problemas", que serão testadas e chegarão a um maior grau de corroboração. [27]

Em Popper, o grau de corroboração de uma teoria é medido por um relato conciso avaliativo do "estado (num certo tempo *t*) da discussão crítica de uma teoria, com respeito ao modo por que ela resolve seus problemas; seu grau de testabilidade; a severidade dos testes que experimentou; e o modo pelo qual reagiu a esses testes". [28]

Por tais fundamentos é que o conhecimento científico não pode se aproximar de uma Ciência Dogmática, irrefutável e insuscetível à crítica, caracterizada por ser um "saber fechado e estático" de cunho solipsista[29], que reduz as chances de identificação de erros e inconsistências nas teorias, impedindo a sua evolução.[30]

De forma inédita no campo jurídico, Rosemiro Pereira Leal conjectura a denominada *Teoria Neoinstitucionalista do Processo*, baseando-se nas pesquisas e no racionalismo crítico de Karl Popper, com a finalidade de afastar os autoritarismos e a carga de repressividade constantes do discurso jurídico dogmático.[31]

Rosemiro Leal utiliza-se da epistemologia quadripartite cujas bases morfológicas não estacionam apenas na técnica e na ciência, mas são complementadas e arguidas pela teoria e pela crítica. A técnica consiste em procedimentos conjugados e orientados com a finalidade de produção de resultados úteis, enquanto a ciência é um saber ordenado, produtor de

---

[26] ALMEIDA, Andréa Alves. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**, cit., p. 25.
[27] POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem revolucionária, cit., p.24.
[28] POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem revolucionária, cit., p.28.
[29] O solipsismo "determina que exista apenas um *Eu* que comanda o Mundo, ou seja, *o mundo é controlado consciente ou inconscientemente pelo Sujeito.* Devido a isso, a única certeza de existência é o pensamento, instância psíquica que controla a vontade. *O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o Sujeito imagina, quer e decide o que é*." STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.61.
[30] BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 24.
[31] "A minha teoria neoinstitucionalista do processo dá seguimento às conjecturas de Popper, migradas, à minha instância, para a área jurídica, sobre a sociedade aberta, a miséria do historicismo e principalmente sobre o seu método de encaminhar o conhecimento científico (falseabilidade)". LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural, cit., p.01.

conhecimentos e esclarecimentos. Por sua vez, a teoria consiste em ser uma proposição conclusiva de uma reflexão, enquanto a crítica é o meio de aferir o grau de certeza e apontar os vazios (aporias) no conhecimento científico.[32]

Teoria e crítica tornam-se fundamentais para o progresso científico, pois "o elo entre *técnica* e a *ciência* passa, necessariamente, pelas *teorias*", enquanto a crítica possibilitará a escolha entre teorias "porquanto é ela que faz o estranhamento com o objeto, uma vez que coloca a razão questionada". [33]

Rosemiro Leal ainda leciona que a compreensão entre técnica e ciência deve perpassar obrigatoriamente pela epistemologia quadripartite (pós-grega), pois, caso contrário, haverá a perpetuação de Estados Dogmáticos repetidos "como *mundanidade* realizável por um esperado e mítico ideal de fala pela filosofia, arte e religião, autopoiéticas de um absoluto ético para todos" que se "encontram na transcendentalidade apriorística de uma mente iluminada". [34]

No marco da Teoria Neoinstitucionalista, tem-se a conjectura de um Estado não Dogmático, visto que não é gestado, atuado e operacionalizado pela dogmática jurídica.[35]

São pelas premissas expostas que nos afastamos da noção de paradigma cunhada por Thomas Khun, que fornece "soluções modelares para os praticantes de determinada ciência" como modelo ou padrão, e aproximamos da noção de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias para quem o termo paradigma deve ser compreendido como "sistema jurídico-normativo consistentes" como conjunto de princípios e regras juridicamente coordenados, conectados a partir da estrutura jurídico-constitucional[36] que permite a testificação crítica e contínua de paradigmas anteriores.

Portanto, é só com o enfrentamento crítico e teórico que se possibilitará a desdogmatização do Estado e da Ciência Jurídica e, por conseguinte, o progresso do conhecimento jurídico-científico, a fim de se construir um Estado não dogmático, de Direito Democrático. É por isso que a presente pesquisa se apoiará no racionalismo crítico de Popper

---

[32] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 13ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 384.

[33] DEL NEGRI, André. Técnica legislativa e teoria do processo. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. SOARES, Carlos Henrique. (Coord.). **Técnica processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p.27-28.

[34] LEAL, Rosemiro Pereira. Da técnica procedimental à ciência processual contemporânea, cit., p.10.

[35] LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural, cit. p.03.

[36] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 65-67. Andréa Alves de Almeida, ao refutar o paradigma de Thomas Khun eivado por um modelo historicista, leciona que "Paradigma na teoria neoinstitucionalista, que tem como marco epistemológico o racionalismo crítico popperiano, é parada obrigatória na fala, mas para testificá-la por teorias a fim de gerar significado". ALMEIDA, Andréa Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: Editora CRV, 2012, p. 153.

e na Teoria Neoinstitucionalista do Processo para desafiar a temática da segurança jurídica e dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015, ainda alicerçados no dogmatismo estatal.

2.2 Estado Liberal

Jorge Amaury Maia Nunes reporta que, não obstante a temática da segurança ter sido objeto de estudo desde o século XII, é na obra de Thomas Hobbes na qual se pode encontrar uma das primeiras referências ao tema.[37]

Thomas Hobbes, filósofo inglês, teve crucial influência no desenvolvimento do Estado Absolutista, na medida em que buscou centralizar todo o poder na figura do soberano. No capítulo XVII da obra Leviatã, Hobbes deixa claro que a noção de segurança se vincula diretamente às razões de Estado.[38]

Hobbes irá afirmar em sua obra que o chamado "estado de natureza" é prejudicial ao homem, visto que se assemelha a um "estado de guerra" no qual os homens lutam por seus próprios interesses, o que viria a gerar um autoextermínio. Para que essa autodestruição não ocorresse, os homens se uniriam por meio de um pacto, o contrato social, ocasião em que entregariam seus direitos e sua segurança a um soberano, autoridade central.[39]

A segurança, então, seria imposta por um poder absoluto, não importando se de um rei ou de uma assembleia de governantes, pois o importante seria a tomada de decisões que gerassem paz em nome de todos. Só assim se garantiria segurança aos homens.[40]

Nas palavras de Hobbes:

> A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do

---

[37] NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.77.

[38] Sobre as razões de Estado, cf. DEL NEGRI, André. **Segredo de Estado no Brasil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 83-93.

[39] SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

[40] SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito, cit., p. 35-36.

representante, e suas decisões a sua decisão.[41]

É da necessidade por segurança que se originaria o Estado, representado pelo Leviatã, cujo propósito é a conservação e o aumento do próprio poder estatal, o que seria suficiente para gerar segurança a todos. O poder estatal soberano, então, se apropria da potência da vida humana para aumentar o poder que a preserva de uma agressão externa, mas com a prática de outro tipo de violência, que refreia a vida humana a mera vida natural.[42]

Em Hobbes, portanto, a segurança jurídica se deposita no Estado Soberano, que de modo irrefletido, ilimitado e irrefreável utiliza "a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum". [43]

Portanto, é na conjuntura do Estado Absolutista que nasce o núcleo da segurança jurídica, que vem a influir diretamente nos paradigmas liberal, social e procedural de Estado, alcançando o Código de Processo Civil de 2015, conforme se verá nas próximas linhas da presente pesquisa.

A ausência de limitação do poder no Estado Absolutista acabou por ocasionar a sua falência, situação em que se forma o paradigma liberal de Estado. Tal paradigma visava, sobretudo, servir como um bloqueio às interferências estatais na autonomia privada dos indivíduos, a fim de que conduzissem seus interesses.[44]

O Estado Liberal, então, era marcado pela liberdade como "direito natural de influenciar diretamente na estruturação político-jurídico-econômica do Estado em favor dos seus interesses individuais". [45]

Nesse sentido, Jürgen Habermas leciona que a política passa a ter a função de congregar e impor os interesses privados junto ao aparato estatal, motivo pelo qual o status de cidadão era definido pelos direitos subjetivos[46] frente ao Estado e frente a outros cidadãos.[47]

Assim, a busca da felicidade passa a ser uma realização individual, sendo defeso ao

---

[41] HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Col. Os Pensadores, p. 61.

[42] SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos. **Processo e Poder Constituinte Originário**: a construção do direito na processualidade jurídico-democrática, cit., p.58-59.

[43] HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, cit., p. 61.

[44] Segundo Vinicius Lott Thibau, a autonomia privada era um entrelaçamento entre liberdade, igualdade e propriedade privada. THIBAU, Vinicius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 9-10.

[45] THIBAU, Vinicius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**, cit., p.10.

[46] Sobre a noção de direito subjetivo e seu colapso, cf. MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p.69-115.

[47] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, n.3, p.107-121, jan./jun.1995, p.107-108.

Estado interferir no seu alcance.[48] Sobre a prevalência do indivíduo em relação à estatalidade, nos ensina Paulo Bonavides:

> O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-lo-ias na Sociedade, que aparece como uma ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao *negativum* dessa liberdade, que, por isso mesmo, surde na teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo. [49]

Além da liberdade, outra característica do Estado Liberal é a igualdade, mas uma igualdade meramente formal, pois no plano jurídico se desconsiderava a desigualdade do plano fático.[50] Ou seja, a igualdade era apenas o direito de o cidadão formar contratos de maneira livre, de reger sua vida privada, "sem qualquer tipo de intervenção externa, independentemente se, de um lado, apresentar um sujeito hipossuficiente e, de outro, uma multinacional".[51]

A pouca intervenção estatal também ocorreu fortemente na economia, pois baseava-se na ideia do *laissez-faire*, ou livre mercado, que nutriu a livre concorrência e estimulou o capitalismo.[52]

Com a supremacia do indivíduo frente ao Estado, houve a necessidade de que fossem sistematizadas leis para viabilizar o exercício dos direitos subjetivos e garantir segurança jurídica contra eventuais abusos estatais. Desta feita, a partir de uma *crença na razão*, o indivíduo passa a *mitificar* a lei, pois esta seria o mecanismo de trazer certeza e segurança ao direito. [53]

Os interesses dos burgueses em vincular o Estado à legislação não se reduziam apenas à noção de liberdade negativa, pois surgiam da necessidade de *previsibilidade* das intervenções estatais e de *segurança* da propriedade, que possibilitariam a *calculabilidade* de investimentos econômicos e de relações de mercado.[54]

Assim, a noção de segurança jurídica surge atrelada ao mero legalismo[55], situação na

---

[48] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2011, p. 93.

[49] BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40.

[50] THIBAU, Vinicius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**, cit., p.11.

[51] SALES, Ana Flávia. **Teorias de direito e direito processual democrático**: incursões tópico-jurídicas pela teoria neoinstitucionalista do processo. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2012, p.95.

[52] DEL NEGRI, André. **Teoria da constituição e do direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.65.

[53] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no estado democrático de direito, cit., p. 93-94.

[54] MAUS, Ingeborg. **O judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.21.

[55] É importante nesse ponto diferenciar o legalismo, como mero apego à letra da lei, da legalidade, "como o dever, constitucionalmente imposto ao juiz, de observar e fazer cumprir o ordenamento jurídico, e, em especial, os direitos e garantias fundamentais, de modo que a integração do direito se dê não por usos e

qual o juiz torna-se apenas *boca da lei*, visto que não se permitia uma interpretação ampla dos fatos e da legislação devido à preocupação dos burgueses de ainda encontrarem juízes pautados nos ideais do absolutismo. [56]

A certeza do direito estaria vinculada à aplicação estrita da legislação, situação na qual o indivíduo possuiria *segurança* e *previsibilidade* em suas relações, bem como *igualdade* entre todos, noções estas, presentes nos sistemas de *civil law*.[57]

Nesse ponto, é importante mencionar que começam a surgir elementos caracterizadores da segurança jurídica, da previsibilidade, da calculabilidade e da igualdade, que definitivamente irão influenciar na elaboração do Código de Processo Civil de 2015 e na importação de uma teoria (ideologia) dos precedentes vinculantes no Brasil, o que será analisado mais à frente da presente pesquisa.

Para Gregorio Peces-Barba Martínez, a mera existência do Direito já gerava segurança jurídica na medida em que se superava a autotutela. A segurança jurídica, então, traria tranquilidade nas relações privadas:

> Assim, tanto no âmbito do Direito Público, como garantia ante o poder e ante seu Direito, dos cidadãos e do Direito Privado, nas relações entre particulares no exercício da autonomia da vontade, se vai gerando segurança jurídica, mais que como um direito fundamental como um princípio ou um valor que inspira todo o ordenamento jurídico e do que se depreende essa certeza, essa ausência de temor, essa tranquilidade como reflexo no indivíduo dessa situação objetiva [...][58]

---

costumes, pela sensibilidade, livre consciência ou senso pessoal de justiça do julgador, mas pelo embate argumentativo apto a maximizar a efetividade dos princípios e garantias constitucionais, mediante técnica de interpretação das normas jurídicas em conformidade com os preceitos constitucionais." DALLE, Ulisses Moura. Técnica processual e imparcialidade do juiz. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. SOARES, Carlos Henrique. (Coord.). **Técnica processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p.74. Cf. também, BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p.158-164.

[56] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no estado democrático de direito, cit., p. 94. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, "Para a Revolução Francesa, a lei seria indispensável para a realização das suas intenções. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria imprescindível diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos do 'novo regime' estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. Manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica". MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2016, p.52.

[57] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, cit., p. 52-53. "Tradicionalmente, ao menos nos sistemas jurídicos do *civil law*, a segurança jurídica é pensada a partir da função legislativa, exigindo-se normas jurídicas estáveis, previsíveis e acessíveis". DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p.62.

[58] No original "*Así. tanto en el ámbito del Derecho público, como seguridad ante el poder y ante su Derecho, de los ciudadanos, y del Derecho privado. En las relaciones entre particulares en el ejercicio de la autonomía de la voluntad se va generando la seguridad jurídica, más que como un derecho fundamental como un principio o un valor que inspira a todo el Ordenamiento jurídico y del que se desprende esa certeza, esa ausencia de temor. esa tranquilidad como reflejo en el individuo de esa situación objetiva. aunque en algunos aspectos aparecerá como derecho humano.*". MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba**.** La seguridad jurídica desde la

(Tradução livre).

Nesse sentido, no liberalismo, o Estado não passa de um mero vigilante e expectador, conforme explica José Joaquim Gomes Canotilho:

> [...]o Estado de direito é um *Estado liberal de direito*. Contra a ideia de um *Estado de Polícia* que tudo regula e que assume como tarefa própria a prossecução da 'felicidade dos súbitos', o Estado de direito é um *Estado liberal* no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e da segurança públicas ('Estado Polícia', 'Estado gendarme', 'Estado guarda nocturno'), remetendo-se os domínios económicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Neste contexto, os *direitos fundamentais liberais* decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual. [59]

O *Estado Vigilante* reflete diretamente na noção de segurança jurídica, pois, como visto, é caracterizada pela certeza da legislação que deveria apenas "reproduzir um sistema estatal que revogasse a ordem anterior e, por conseguinte, mimetizasse um modelo de livre mercado, a saber, de interferência mínima do Estado no domínio da vontade individual".[60]

No entanto, o Estado Liberal acabou por sucumbir diante do panorama de exploração dos seres humanos relatados na Revolução Industrial, que aumentou a pobreza e a desigualdade. [61]

Leciona Dhenis Cruz Madeira:

> A Revolução industrial dos séculos XVIII e XIX mostrou que o modelo liberal, ao invés de trazer igualdade, liberdade e fraternidade, trouxe a exploração do homem pelo próprio homem e que toda a carga filosófica e jurídica conferida aos argumentos liberais nada mais fazia do que encobrir um interesse de cunho puramente econômico. A miséria se alastrou, e o Estado Liberal, que não intervinha socialmente, precisou ser repensado. [62]

Assim, a concepção de segurança jurídica de que apenas o texto da lei seria capaz de prever e determinar os sentidos das decisões judiciais, passa a se tornar mais distante. Isso porque, apenas o conhecimento dos textos legislativos não é capaz de gerar a tão almejada previsibilidade, devido à dificuldade de se definir o que será previsto, além do "limite natural

---

Filosofia del Derecho. *In*: **Anuario de Derechos Humanos**, nº 06, Madrid: Universidad Complutense, 1990. p. 215-229.

[59] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 92-93.

[60] SALES, Ana Flávia. **Teorias de direito e direito processual democrático**: incursões tópico-jurídicas pela teoria neoinstitucionalista do processo, cit., p.95.

[61] DEL NEGRI, André. **Teoria da constituição e do direito constitucional**, cit., p.66.

[62] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no estado democrático de direito, cit., p. 94.

quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer”.[63]

Nesse sentido, tornou-se necessário a assunção de um paradigma estatal mais intervencionista, visto que o paradigma liberal de omissão do Estado não funcionou. Assim, há o surgimento do Estado Social, que irá interferir diretamente na noção de segurança jurídica.

2.3 Estado Social

Ao contrário do paradigma liberal de Estado, o Estado Social[64] surge a partir da necessidade de se ter uma atuação estatal mais proativa no asseguramento de direitos sociais básicos, a exemplo da educação, saúde, previdência, *segurança* e trabalho, de modo central e ilimitado.[65]

A intervenção estatal acabou por estabelecer um abandono à posição de mero expectador e passou a se ter um Estado cada vez mais presente e protagonista na vida das pessoas. Nesse aspecto, a individualidade é trocada pela solidariedade, em que o interesse coletivo passa a ser o foco das atividades estatais e a busca de bem-estar coletivo torna-se o principal objetivo. [66]

O Estado, sob essa perspectiva, assume um caráter paternal,[67] na medida em que são criados mecanismos compensatórios de controle de massas pela tutela de direitos sociais, econômicos, políticos e jurídicos, anteriormente negados no paradigma liberal.[68] A tutela estatal se alarga a todas as funções, como bem ressalta Vinicius Lott Thibau:

> O Estado que se qualificava como garantidor da ordem e da segurança públicas no Liberalismo, agora, no paradigma jurídico-constitucional do Estado Social, qualifica-se como regulador e compensador das contingências políticas, sociais e econômicas, a partir de técnicas intervencionistas preventivas ou reativas, que se explicitam no âmbito das funções executivas, legislativa e judiciária. [69]

---

[63] PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: JusPodivm, 2015, p.33-34.

[64] Também conhecido como Estado Provedor ou *Welfare State* ou Estado de Bem-Estar Social. Habermas denomina o Estado Social como Estado Republicano. HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, cit.

[65] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no estado democrático de direito, cit., p. 95.

[66] DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo**: teoria da legitimidade democrática. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 35.

[67] Sobre o paternalismo estatal e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, cf.: CARVALHO, João Carlos Salles de. **Pedagogia judicial e processo democrático**: uma crítica processual à adoção de medidas punitivo-pedagógicas em ações individuais. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2017.

[68] DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo**: teoria da legitimidade democrática, cit., p. 39.

[69] THIBAU, Vinicius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**, cit., p.17.

A centralização estatal exacerbada acabou por gerar autoritarismos, pois o poder estatal é que decidiria pela concessão ou interdição dos direitos sociais em prol do bem-comum e da coletividade.[70] Essa visão sobrepõe o papel do juiz como representante do Estado voltado à busca do bem-estar coletivo, pela imposição de seus conhecimentos e senso de justiça, a fim de serem corrigidos os desequilíbrios sociais mesmo com a inobservância do ordenamento jurídico.[71]

É o que já alertamos em outro trabalho, de que na perspectiva socializadora do processo:

> [...] permite-se que o Estado-juiz crie o Direito a partir de sua própria consciência, seus valores, sua sensatez e seus sentimentos de 'justiça', como uma supra parte que possui saberes inteligíveis e transcendentais infalíveis, sendo possível que tal decisão possa ir além ou contra os textos legislativos, como se uma lei o fosse.[72]

De fato, o paradigma social de Estado teve como ápice a "eclosão de modelos ditatoriais", a exemplo do fascismo italiano e do nazismo alemão, que desaguaram em uma das maiores atrocidades já realizadas pelo homem.[73]

Vale dizer que, no nazismo, os juízes atuavam como engenheiros sociais, ao canalizarem e portarem os valores da sociedade, realizando nesse período autorizações de esterilizações em massa dos judeus, além de chancelarem medidas de pseudo-eugenia.[74]

O papel do juiz no Estado Social, especificamente no período nazista, é lecionado por Ingeborg Maus:

> O juiz não tem que atuar como porta-voz de um sentimento nacional qualquer, mas ensinar a um povo "doente" um sentimento "sadio" – é justamente nisso que consiste sua função de superego. Nem o próprio conceito pressuposto de povo é empírico: quando o juiz – como formulam as "Cartas aos Juízes", publicadas pelo Ministério da Justiça do Reich desde 1942 – é empregado como "protetor dos valores de um povo e [...] destruidor dos desvalores", o povo torna-se, como

---

[70] SALES, Ana Flávia. **Teorias de direito e direito processual democrático**: incursões tópico-jurídicas pela teoria neoinstitucionalista do processo, cit., p.101.

[71] LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.28.

[72] MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O "Paradoxo de Bülow" no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial. *In*: FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; LEAL, André Cordeiro; FRATTARI, Rafhael; ENGELMANN Wilson. (Org.). **Jurisdição e Técnica Procedimental**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 48. v. 6.

[73] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no estado democrático de direito, cit., p. 95. "A própria acumulação, no direito nazista, de fórmulas ligadas à comunidade e ao bem-estar comum que permitem, conforme a necessidade, desconsiderar dispositivos jurídicos individuais em prol de finalidade comunitárias 'superiores' já é a expressão da ideologia de que o povo alemão formaria, no nacional-socialismo, uma nação em que as antigas clivagens sociais e os antigos conflitos entre grupos estariam abolidos". MAUS, Ingeborg. **O judiciário como Superego da Sociedade**, cit., p.32. Em perspectiva distinta, Michel Foucault inclui o nazismo no paradigma de Estado Liberal. Para tanto, cf.: FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

[74] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2011, p. 93.

> "unidade", como povo "verdadeiro", o objetivo e o produto da atividade decisória judicial.[75]

A segurança jurídica, então, passa a não se basear mais na certeza advinda da lei, mas como ideologizado por Hermann Göring, fundador da Gestapo, polícia secreta alemã, "a segurança jurídica reside não na própria lei, mas sim na condução uniforme de sua aplicação".[76]

Busca-se, portanto, uma "valoração uniforme, com o objetivo de garantir uma comparabilidade e previsibilidade das decisões judiciais além da vinculação legal". [77]

Nota-se que, diferentemente do paradigma liberal, a previsibilidade passa a ser da decisão judicial, e não mais dos textos legais, visto que abarcada pelos elementos da uniformidade e da vinculatividade, compondo a noção de segurança jurídica.

A uniformidade é umbilicalmente ligada à igualdade, porquanto a aplicação uniforme das normas jurídicas propicia a manutenção da mesma decisão para casos iguais, "visto que o cidadão pode prever a mesma solução" para seu caso, com a atribuição de idêntica consequência.[78]

Infere-se que a igualdade e a uniformidade na aplicação e condução do direito pressuporiam "homogeneidade e consistência" na atividade interpretativa das normas jurídicas, o que, instantaneamente, levaria à previsibilidade. [79]

Como consequência, extraem-se, também, os elementos da confiabilidade e da calculabilidade. O primeiro, se baseia na manutenção das decisões, o que gera estabilidade, enquanto o segundo consistiria na possibilidade de o cidadão prever a consequência do ato ante à estabilidade. [80]

Ter-se-ia, portanto, previsibilidade pela condução uniforme da interpretação, coerência do ordenamento jurídico, estabilidade e vinculatividade do direito a partir da atividade

---

[75] MAUS, Ingeborg. **O judiciário como Superego da Sociedade**, cit., 33.

[76] GÖRING, Hermann. Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft, Hamburg, 1935 apud MAUS, Ingeborg. **O judiciário como Superego da Sociedade**, cit., 51.

[77] MAUS, Ingeborg. **O judiciário como Superego da Sociedade**, cit., 51.

[78] ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 238.

[79] DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes, cit., p. 265-266.

[80] ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**, cit., p. 238. O autor ainda complementa: "Em outras palavras, o temo 'confiabilidade' é utilizado para denotar aquilo que, do passado, deve permanecer no presente do Direito, ao passo que 'calculabilidade' é empregada para demonstrar aquilo que, do presente, deve ser mantido na transição para o seu futuro". ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**, cit., p. 355.

jurisdicional, de modo que a segurança jurídica asseguraria o bem comum por uma ordem firme.[81]

Relevante mencionar que todos esses aspectos estão presentes nos países que adotam o sistema do *common law*, além de embasarem a utilização de precedentes judiciais no Direito estrangeiro e pátrio.[82]

O Estado Social também é radicalizado por uma perspectiva neoliberal que enaltece ainda mais a figura do julgador.[83] A uniformidade não levaria em conta as peculiaridades dos casos concretos, mas estaria voltada à alta produtividade de decisões, por critérios de eficiência quantitativa de uma lógica de mercado, o que conduziria à defesa da máxima sumarização da cognição. [84]

Ocorre que essa perspectiva do *Estado-Segurança*, não mais expectador ou vigilante, "perenizada pelo efeito vinculante de um decisionismo imune à falibilidade do julgador", faz com que o cidadão se torne mero cliente e não possa fruir de direitos e garantias fundamentais.[85]

Isso pois, em decorrência da "vigorante e inquestionada pressuposição estatal de um padrão homogêneo de vida, baseado numa ética supostamente compartilhada por uma comunidade historicamente situada", o Estado não dá soluções suficientes e satisfatórias aos pleitos de uma sociedade pluralista em busca de autodeterminação.[86]

Provoca-se um "*déficit* de aplicabilidade dos direitos e garantias (direitos-garantias) fundamentais" pelo fato de que a efetivação das políticas públicas sempre é tarefa solipsista

---

[81] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 118.

[82] "Se no *civil law* imaginou-se que a segurança e a previsibilidade poderiam ser alcançadas por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança de que a sociedade precisa para se desenvolver". MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, cit., p. 53. Nesse sentido, os precedentes obrigatórios "representam no *common law* uma forma – a mais relevante delas – de concretização do princípio da igualdade, o que lhes garante uma característica intrinsecamente boa". MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, cit., p.154.

[83] "Far-se-ia necessária a criação de um modelo processual que não oferecesse perigos para o mercado, com o delineamento de um protagonismo judicial muito peculiar, em que se defenderia o reforço do papel da jurisdição e o ativismo judicial, mas não se assegurariam as condições institucionais para um exercício ativo de uma perspectiva socializante ou, quando o fizesse, tal não representasse um risco aos interesses econômicos e políticos do mercado e de quem o controla". NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, cit., p. 159.

[84] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, cit., p. 159.

[85] WALTER, Carlos. **Discurso jurídico na democracia**: processualidade constitucionalizada. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.44.

[86] THIBAU, Vinicius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**, cit., p.18-19.

das funções jurisdicional, legislativa e administrativa, que oprimiu as diferenças e castrou as minorias, excluídas do discurso jurídico.[87]

A insatisfação com o Estado Social tornou crucial a proposição de um novo paradigma voltado à implementação de direitos e garantias fundamentais, que se erige no Estado Democrático de Direito, também fundamental para o desenvolvimento da segurança jurídica.

2.4 Estado Procedural

Jürgen Habermas, ao analisar os modelos liberal e social, propõe um terceiro modelo na tentativa de construção do Estado Democrático de Direito. O modelo normativo cunhado por Habermas é o procedimental ou procedural.

Para o filósofo alemão é necessário a criação de uma Teoria do Discurso que abarcasse elementos dos paradigmas anteriores para integrá-los "no conceito de um procedimento ideal de deliberação e tomada de decisões". Pela via de tal procedimento, que para Habermas é democrático, se estabeleceria uma ligação entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto compreensão e discursos relativos a questões de justiça, a fim de fundamentar a obtenção de resultados racionais e equitativos.[88]

Haveria, assim, um afastamento dos direitos universais do homem advindas do Estado Liberal, bem como da eticidade de uma comunidade característica do Estado Social, situando-se a razão prática em normas de discurso e em formas de argumentação, cujo conteúdo normativo seria retirado do fundamento de validade da ação orientada para o entendimento.[89]

Desta feita, a pretensão habermasiana é de suprir as deficiências encontradas nos modelos anteriores, com o aproveitamento dos aspectos positivos e afastamento dos pontos negativos, para possibilitar uma discussão contínua. Nas palavras do filósofo alemão:

> Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos

---

[87]WALTER, Carlos. **Discurso jurídico na democracia**: processualidade constitucionalizada, cit., 55. O paradigma social "mandou a conta e quem pagou foi o cidadão despatrimonializado que, por ser '*fora-da-lei*', só poderia usufruir dos conteúdos da legalidade se autorizado e aos moldes ditados pelo soberano. Assim, por ser carente de direitos fundamentais, a *comunidade jurídica* se viu entregue a '*um governo jurisdicional pelas decisões ou votos majoritários populares'*, o que não lhe assegurou ser co-autora do provimento final, mas espectadora de decisões proferidas em nome do povo que, na maioria das vezes, escondem o interesse da classe dominante, ou seja, o *interesse de poucos*". SALES, Ana Flávia. **Teorias de direito e direito processual democrático**: incursões tópico-jurídicas pela teoria neoinstitucionalista do processo, cit., p.108.

[88] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, cit., p.115.

[89] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, cit., p.115.

> do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.[90]

Por esse aspecto, Habermas procura compreender a teoria do discurso pelo desenvolvimento de procedimentos que possibilitem que os interessados participem da tomada de decisões. O direito, nessa perspectiva, se encaminha por um *medium* que possibilita que seus destinatários se considerem como coautores das decisões e da própria normatividade. É devido a tal motivo que a teoria do discurso abriga a defesa de uma política deliberativa que depende da institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais.[91]

Nesse sentido, a teoria habermasiana não se operaria pela filosofia da consciência, que confere a prática da autodeterminação dos cidadãos por um sujeito social global ou se referiria a impessoalidade das leis a sujeitos particulares que competem entre si. Porém, ao contrário, a teoria do discurso contaria com a intersubjetividade que visa processos de entendimento realizados em deliberações, instituições parlamentares ou na rede de comunicação de espaços públicos políticos.[92]

O modelo procedural, então, descontruiria os "*paradigmas da consciência em si*", cuja referência se dá em um sujeito que age por si só, por um "*paradigma da intercompreensão*" que parte de uma relação intersubjetiva de indivíduos para se reconhecerem mutuamente por meio da comunicação.[93]

Vale ressaltar que a legitimidade do direito, no paradigma procedural, requer a "observância de procedimentos comunicativos" que permitiriam aos destinatários normativos o reconhecimento de coautoria da norma jurídica, construindo a vontade jurídica dos cidadãos pela opção do melhor argumento. [94]

Habermas ainda defende que os procedimentos deliberativos devam ser conduzidos pelo agir comunicativo e não pelo agir estratégico[95] em uma esfera pública "descrita como

---

[90] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 190. v. 2. Ainda segundo Habermas, "A teoria do discurso, que associa ao processo democrático conotações normativas mais fortes do que o modelo liberal, porém mais fracas do que o modelo republicano, toma elementos de ambos e os articula de uma forma nova e distinta. Coincidindo com o modelo republicano, ela concede um lugar central ao processo político de formação da opinião e da vontade comum, mas sem entender como algo secundário a estruturação em termo de Estado de Direito". HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, cit., p.117.

[91] ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 126-127.

[92] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, cit., p.117.

[93] STIELTJES, Claudio. **Jürgen Habermas**: A desconstrução de uma teoria. São Paulo: Germinal, 2001, p.51.

[94] THIBAU, Vinicius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**, cit., p.25.

[95] "Os que agem comunicativamente encontram-se numa situação que eles mesmos ajudam a constituir através de suas interpretações negociadas cooperativamente, distinguindo-se dos atores que visam o sucesso e que se

uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*" onde se constituiria "uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social* gerado no agir comunicativo, não com as *funções* nem com os *conteúdos* da comunicação cotidiana".[96]

A segurança jurídica, na perspectiva do modelo procedural, adquire, portanto, um novo sentido, de que:

> Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários.[97]

Entretanto, apesar de Habermas propor o encaminhamento da segurança jurídica pela instalação da processualidade, sua teoria ainda mantém o ideal de um Estado-Segurança, o que acaba por impedir o desenvolvimento de uma teoria processual da democracia e a releitura da segurança jurídica fora dos moldes estatalistas de Thomas Hobbes.

A uma, porque, ao trazer os elementos do liberalismo e do republicanismo na tentativa de combater a centralidade estatal, Habermas mantêm a crença de que seria possível a elaboração de um texto legislativo resultante de um consenso celebrado no igual interesse de todos. O modelo procedural seria, então, um desdobramento do Estado Social (republicanismo) ainda dogmatizado pela busca da implementação de um bem comum fundado em direitos subjetivos do liberalismo, que desprezaria a implementação de direitos daqueles excluídos, despatrimonializados. [98]

A duas, pelo fato de que a condução do procedimento pelo consenso confina o contraditório apenas à contraposição de opiniões dos partícipes do discurso (dizer e contradizer), sendo ausente, portanto, o devido processo. O Estado Procedural transforma os cidadãos em uma sociedade de falados e não de falantes. [99]

A três, pois o espaço público como o "lugar de movimentação de uma sociedade civil, gestora da fiscalidade e criatividade normativa" compreende um aglomerado de pessoas em que os sentidos e entendimentos não são concebidos "por uma teoria da constitucionalidade processualmente construída e reconstruível a partir do devido processo aberto a toda

---

observam mutuamente como algo que aparece no mundo objetivo". HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, cit., p. 93. v. 2.

[96] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II, cit., p. 93. v. 2.

[97] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p.273-274. v. 1.

[98] GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**, cit., p.155.

[99] ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, cit., p. 132-133.

comunidade (legitimados ao processo) na construção dialógica (democrática)", o que reforça o protagonismo da autoridade na escolha e na enunciação dos sentidos normativos.[100]

Habermas ainda se encontra mergulhado em uma sociedade civil pressuposta[101] "achada, herdada ou recebida pelo homem, de cuja gênese não se busca esclarecimento", razão pela qual o direito homologa uma realidade encaminhada pela história, que impedida de transformação, mantêm-se "desastrosa e tirânica". [102]

É por isso que Habermas suplica a "proteção de um **Estado-segurança** miticamente construído e de fisionomia hobbesiana por uma jurisdição redentora, pouco importando os níveis de violência a ser praticada para debelar violências", que se nega à implementação de direitos fundamentais, extensivos aos excluídos sociais.[103]

Importante mencionar que os despatrimonializados são aptos à fruição de direitos fundamentais sem a interferência de intermediários. A ausência de condições socioeconômicas não implica na diminuição do sujeito de direito ao sujeito natural que necessitasse da intervenção do Judiciário benevolente para a concretização da existência de direitos fundamentais já assegurados constitucionalmente[104], o que sequer é conjecturado por Habermas.

Nesse sentido é a lição de Francisco Rabelo Dourado de Andrade, para quem não é possível a exclusão dos despossuídos da fruição de direitos e garantias fundamentais:

---

[100] ALMEIDA, Andréa Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, cit., p.108. LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição Democrática. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Coords.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 288.

[101] Rosemiro Pereira Leal leciona que a concepção de sociedade civil não engloba todos do povo, na medida em que mantém os despatrimonializados (despossuídos) fora da fruição de suas liberdades. Os excluídos sociais, então, são considerados como povo somente pelo fato de pertencerem à cidade, o que mantém o domínio dos patrimonializados sobre o destino daqueles. LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus**, ano 4, n.2, dez. 2005. Disponível em http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf. Acesso em: 05 fev. 2017, p. 4. Roberta Maia Gresta, em análise do artigo de Rosemiro Pereira Leal, aduz que "a sociedade civil não abarca toda a população do território, mas apenas os sujeitos que, já *patrimonializados*, valem-se da lei e de decisões judiciais para homologar uma pauta de direitos que reputam adequada, porque historicamente conquistada. Trata-se, segundo Leal, de uma sociedade *pressuposta*, isto é, pré-existente em relação à Constituição, embora seja esta que, em tese, deveria instituir a sociedade. Os excluídos sociais são os *não patrimonializados*, os despossuídos. Sua integração ao conceito de povo se dá apenas na condição de habitante da cidade, e não pelo reconhecimento de serem eles, também, inatos portadores de liberdades". GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**, cit., p. 54.

[102] ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, cit., p. 133.

[103] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 47.

[104] LEITE, Bruno Rodrigues. **A população em situação de rua e o mandado de segurança**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 66.

> O fato de grande parte do povo (comunidade jurídica constitucionalizada) não ter acesso ao conhecimento dos direitos processuais por motivos de exclusão social ou cognitiva, não obsta a sua participação nas instituições democráticas, sendo imperioso torná-lo apto, segundo os direitos e garantias fundamentais afirmados pela Constituição, 'a conjecturar, concretizar ou recriar o discurso da Lei Constitucional Democrática'. Esta compreensão conduz à conclusão de que os direitos criados e expressos no texto constitucional, como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, o direito ao advogado e o livre acesso à jurisdicionalidade devem compor o *processo*, enquanto instituição constitucionalizada e estruturada sob o pleno exercício da *cidadania* e da *democracia*, razão pela qual são impraticáveis os conceitos dos velhos regimes do Estado Liberal e Social. [105]

É evidente a contribuição habermasiana à uma releitura da segurança jurídica a partir da legitimidade encaminhada pela via da processualidade, mas insuficiente por não conjecturar a construção do Estado Democrático de Direito pelo *medium* linguístico do devido processo constitucional ao depositar no Estado-Segurança o protagonismo do sentido normativo e da tutela de direitos e garantias fundamentais.

2.5 Estado Democrático de Direito

Ronaldo Brêtas aponta que o Estado Democrático de Direito é a conjunção entre os princípios do Estado de Direito e da Democracia. Segundo o autor, as razões do "Estado de Direito têm base jurídico-constitucional em um conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) encontradas explicitamente no texto constitucional", conjunto este formado por direitos e garantias fundamentais.[106]

O Estado de Direito seria um contraponto ao Estado de Polícia (Estado-Segurança) em que haveria a superioridade da soberania voltada ao monarca como centro das decisões na busca por bem-estar e felicidade dos súditos. Vale dizer, o Estado de Direito é também um Estado Constitucional, visto que busca o surgimento de um Estado vinculado ao Direito, a partir do princípio de constitucionalidade da ordem jurídica. [107]

Entretanto, o Estado de Direito por si só não é capaz de reduzir as arbitrariedades do Estado-Segurança, posto que "o Estado, seja ele autocrático ou não, será sempre um Estado de Direito". É por isso que se faz imprescindível que a Democracia se torne uma qualidade, pois "*Democrático* não é o Estado, mas sim o *Direito* que rege o Estado".[108]

---

[105] ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, cit., p. 132.
[106] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p. 72.
[107] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p. 58 e 63.
[108] DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo**: teoria da legitimidade democrática, cit., p. 40.

Em relação à Democracia, ancorando-nos em Karl Popper, não é possível compreendê-la como os retóricos discursos de "governo do povo" ou "governo da maioria", mas como a articulação de instituições que permitam o exercício de controle e fiscalidade públicos dos governantes e a sua respectiva destituição sem o uso da violência. [109]

É por tal razão que o Princípio da Democracia não pode ser reduzido apenas e tão somente à uma forma de governo ou ao simples direito ao voto. David Deustch aponta que "nesta visão, qualquer interpretação do processo democrático como uma mera maneira de consultar as pessoas para descobrirem quem deveria governar ou quais políticas implementar perde o que está acontecendo".[110]

Uma eleição, portanto, não pode desempenhar o mesmo papel em uma sociedade racional que o de uma sociedade arcaica, por uma consulta ao oráculo, ao sacerdote ou às ordens de um rei. [111]

Nesse ponto, a noção de sociedade aberta[112] desenvolvida por Popper nos é crucial para a construção do Estado Democrático de Direito, pois a falibilidade e a provisoriedade do conhecimento humano determinam que as sociedades estejam abertas a pontos de vista distintos.[113] Essa noção impede que haja um retorno às sociedades fechadas (tribais), dogmáticas e autocráticas que impõem suas decisões ao cidadão falado e infantilizado.

A democracia "não é baseada apenas no princípio de que a maioria deve governar e preocupa-se, antes disso, com os diversos métodos de controle democrático", razão pela qual não coaduna com a "superioridade mítica altamente purificada dos sábios em dirigir e governar". [114]

Importantes as considerações de Ronaldo Brêtas de que o Princípio Democrático se traduz na participação ostensiva e preponderante dos cidadãos na discussão e resolução dos problemas, o que se dará pela via do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular, das

---

[109] POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Lisboa: Edições 70, 2013, p. 181. v. 2.

[110] No original: "In this view, any interpretation of the democratic process as merely a way of consulting the people to find out who should rule or what policies to implement misses the point of what is happening". DEUSTCH, David. **The begining of infinity**: explanations that transform the world. New York: Viking, 2011, p. 344.

[111] DEUSTCH, David. **The begining of infinity**: explanations that transform the world, cit., p. 344-345.

[112] POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Lisboa: Edições 70, 2012. v. 1. POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Vol. 02, cit.

[113] ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A lealdade na processualidade democrática**: escopos fundamentais do processo, cit., p.116.

[114] DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo**: teoria da legitimidade democrática, cit., p. 80-81.

audiências públicas e pelo processo constitucional,[115] que para nós, é o pilar do Estado Democrático de Direito.

Nesse ínterim, é inevitável que haja a conjunção entre Processo e Constituição, pois os direitos e as garantias fundamentais de cunho processual permitirão assegurar um espaço de participação e fiscalização, eis que o Processo implementará o Princípio Democrático e uma comunidade de intérpretes do direito: o povo.[116]

Com esse raciocínio é possível afirmar que o Processo, nas sociedades democráticas, é uma instituição jurídico-constitucionalizada, pois formado pelo devido processo e pelos princípios institutivos e biunívocos do contraditório-vida, da ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade/igualdade, que irão reger, delimitar e fiscalizar o exercício das funções estatais.[117]

Conforme conjecturado pela Teoria Neoinstitucionalista, o processo passa a atuar como o interpretante[118], ou seja, o referente lógico-jurídico-discursivo dos procedimentos legiferantes, administrativos e judiciais, de forma que os provimentos sejam decorrentes do compartilhamento dialógico-processual entre cidadão e Estado, a se permitir a criação, alteração, reconhecimento, aplicação e extinção de direitos. [119]

O exercício das funções estatais e o próprio direito são intimamente atrelados à soberania popular manifestada pela ampla participação do povo, protagonista, e pela máxima efetividade de direitos fundamentais, que se tornam condicionantes da legitimidade. [120]

Afasta-se, com isso, da ideia de que o Estado é um ser que profere decisões solipsistas, eivadas por ausência de diálogo, pois a ampla participação da comunidade político-jurídica é assegurada pelo devido processo constitucional e seus corolários. É o que se extrai de Rosemiro Pereira Leal, ao sustentar:

> [...] na perspectiva *neoinstitucionalista*, que o processo é instituição constitucionalizada que se define por tais **princípios**, o que se desconstrói e anarquiza (desordena) é a presunçosa autocracia (tirania) de **"eus"** solipsistas, inatos e pressupostamente contextualizados em seus absolutos e estratégicos saberes deontológicos e corretivos na justificação e aplicação do Direito.[121]

---

[115] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p. 76.
[116] Sobre a noção de povo como sujeito constitucional, conferir o último capítulo da presente pesquisa.
[117] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p.153-158.
[118] LOPES, Edward. **Discurso, texto e significação**: uma teoria do interpretante. São Paulo: Cultrix, 1978.
[119] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p.154.
[120] ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A lealdade na processualidade democrática**: escopos fundamentais do processo, cit., p.113.
[121] LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural, cit., p.44. No mesmo sentido, também já sustentamos que "a partir da perspectiva Neoinstitucionalista, veda-se que a decisão final esteja a cargo de uma autoridade, que decidirá conforme sua própria consciência o destino daqueles que serão afetados pelos provimentos". MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O "Paradoxo de Bülow" no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial, cit., p.73.

Ao nivelar cidadão e Estado pela hermenêutica isomênica como "*direito igual* de interpretação e argumentação para todos"[122], o processo "passa, assim, a ser não só o referente paradigmático de aferição da legitimidade decisória, mas critério de aferição da própria *jurisdicionalidade*"[123] que de forma determinante possibilitará a construção do Estado Democrático de Direito.

A previsibilidade não é mais advinda dos conteúdos de uma decisão judicial, imposta verticalmente por um Estado-Juiz solipsista, mas deriva-se de um procedimento processualizado balizado pelo princípio da legalidade, em que ocorrerá o compartilhamento dialógico das questões de fato e de direito pelas partes e juiz nivelados isomenicamente.[124]

Tendo o devido processo constitucional como eixo da construção das decisões judiciais, a noção privatística e subjetiva da confiança da sociedade civil no Estado-Juiz "para resolver litígios e garantir uma suposta paz social" é desconstruída, visto que o Judiciário deixa de ser o "espaço encantado (reificado) de julgamento de *casos* para revelação da *justiça*" e passa a atuar pela instituição do processo como sua fonte legitimadora e garantidora da implementação de direitos fundamentais. [125]

A uniformização decisória também deve se dar pela via do direito-de-ação processualizado e não pela atividade solipsista e exclusiva dos juízes e tribunais, na medida em que a função jurisdicional somente é exercida pelo amplo diálogo com as partes e com a observância da principiologia constitucional regente da procedimentalidade.[126]

Por fim, a isonomia e a igualdade são relidas pela via da processualidade democrática. A igualdade compreende a paridade na implementação e efetivação de direitos fundamentais, enquanto a isonomia se desdobra nos elementos da isocrítica, isotopia e isomenia[127], que possibilitam "paridade argumentativa no discurso processual" entre Estado-Juiz e partes.[128]

---

[122] LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural, cit., p.10.

[123] LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdades de Ciências Humanas/FUMEC, 2008, p.152.

[124] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 95.

[125] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 91-92.

[126] FREITAS, Gabriela Oliveira. **A uniformização de jurisprudência no Estado Democrático de Direito**. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 109. v. 4.

[127] Segundo Rosemiro Pereira Leal a "*isonomia* que não significa somente simétrica paridade de tempo (prazo) de fala entre partes, mas se decompõe pelos direitos à *isotopia* (postulações e decisões em língua compreensível, ainda que por tradução, para todos os 'sujeitos' do procedimento), à *isomenia* (igual direito de interpretação para todos: deriva-se daqui a dignidade (cidadania) que é o direito fundamental de autoilustração sobre os fundamentos do sistema jurídico praticado) e à *isocrítica* (que é o direito de propugnar a modificação ou extinção de normas)". LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural, cit., p. 10.

[128] MADEIRA, Dhenis Cruz. Igualdade e isonomia processual. *In*: THEODORO JR., Humberto. CALMON, Petrônio. NUNES, Dierle. (Coords.). **Processo e constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 420 e 424. Rosemiro Pereira Leal

Ou seja, a simétrica paridade e a igualdade se darão na implementação de direitos fundamentais pelo direito igual de interpretação e argumentação para todos e não mais em *padrões decisórios* advindos de uma jurisdição criadora e discricionária. Daí extrai-se a relação biunívoca conjecturada por Rosemiro Pereira Leal do direito-garantia isonomia-dignidade/igualdade.

Conforme se infere, o Estado Democrático de Direito não abona os paradigmas Liberal, Social e Procedural, e está em contínua e inacabada construção[129], dando um enorme salto epistemológico para a ressemantização, ressignificação e dessacralização da segurança jurídica a partir da processualidade democrática como legitimidade decisória do direito.[130]

Concluímos, portanto, com as palavras de Natália Chernicharo Guimarães:

> Com efeito, prevalece para o Estado Democrático de Direito a legitimidade das decisões sobre a segurança jurídica, pois ela demanda a observância do devido processo na construção do provimento pelas partes. Por esse motivo é que a decisão legítima (aquela em que o destinatário da decisão se reconhece como seu próprio autor) é passível de cumprimento (dotada de exigibilidade).[131]

Entretanto, ainda perduram imbróglios ao delineamento de uma perspectiva democrática da segurança jurídica conjecturada pelos fundamentos da processualidade, visto que, conforme será desenvolvido no próximo capítulo, a segurança jurídica não passa de um simulacro para a relação entre direito e violência.

---

também leciona que "Por isso, é oportuno distinguir *isonomia* e *simétrica paridade*, porque esta significa a condição já constitucionalmente assegurada dos direitos fundamentais dos legitimados ao processo quanto à vida digna, liberdade e igualdade (direitos líquidos e certos) no plano constituinte do Estado Democrático de Direito". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 167.

[129] Bruno Rodrigues Leite aponta que o Estado Democrático de Direito é um projeto que "consolida por meio da *engenharia social gradativa*, o que equivale a dizer que esse projeto constitucional não se concretiza repentina e milagrosamente, mas com a identificação e correção gradual e incessante de normas jurídicas, práticas sociais e processos constitucionais legislativo, jurisdicional e administrativo por meio do contraditório, ampla defesa e isonomia". LEITE, Bruno Rodrigues. **A população em situação de rua e o mandado de segurança**, cit., p. 53.

[130] A correlação entre Cidadania e efetividade como ganho de legitimidade será trabalhada no último capítulo da presente pesquisa.

[131] GUIMARÃES, Natália Chernicharo. **A extensão subjetiva do julgado no modelo participativo da ação temática**. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 50.

3 DIREITO E VIOLÊNCIA: O SIMULACRO DA SEGURANÇA JURÍDICA

No presente capítulo, analisar-se-á como a relação entre direito e violência torna-se o simulacro da segurança jurídica, na medida em que esta atua na preservação do próprio poder estatal. Será analisada, também, a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin e como tal teoria ainda mantém um Estado-Juiz solipsista, o que somente será rompido com a concepção de processo na Pós-Modernidade, também foco de estudo do capítulo.

3.1 O simulacro da democracia

O termo democracia, não raro, é distorcido e utilizado estrategicamente como justificativa para práticas autocráticas, que acabam por unir direito e violência.

Alain Badiou sugere que a democracia, nas sociedades contemporâneas, é vista como um *emblema*, um elemento intocável de um sistema simbólico, que serve como pretexto para que quaisquer discursos ou ações sejam *perdoados* em nome da democracia. Assim, o julgamento dessa sociedade terá sido em nome de seu emblema e, portanto, em seu próprio nome.[132]

Segundo o autor, a partir do emblema da democracia, todos seriam considerados democratas, todavia, a sua existente aparência não é voltada para todo mundo, mas para o mundo de alguns poucos. A democracia como emblema e guardiã desse pequeno mundo de poucos agrupa uma oligarquia que não possui outra função senão a de se conservar. [133]

No mesmo sentido, Wendy Brown aponta que o termo democracia tem sido resultado de indeterminação e vacuidade de sentido, como um *significante vazio*, em que qualquer um pode dar sentido a partir de seus sentimentos particulares. A democracia é reduzida a uma mera marca, última versão de um fetichismo que separa por completo o produto vendido de seu verdadeiro conteúdo.[134]

São esses espaços vazios, essa polissemia do termo democracia que possibilita seu exercício como uma simples "técnica de poder", reduzida à "tecnologia da administração (técnica que se baseia em pesquisas de opinião, nas eleições, na manipulação da opinião

---

[132] BADIOU, Alain. El emblema democrático. *In*: AGAMBEN, Giorgio *et all.* **Democracia en suspenso**. Madrid: Ediciones Casus Belli, 2010, p.17.
[133] BADIOU, Alain. El emblema democrático, cit., p.17-18.
[134] BROWN, Wendy. Ahora todos somos demócratas. *In*: AGAMBEN, Giorgio *et all*. **Democracia en suspenso**. Madrid: Ediciones Casus-Belli, 2010, p. 59.

pública, bem como na gestão dos meios de comunicação de massa)", situação em que a autoridade a utiliza de forma a camuflar ditaduras e autocracias. [135]

Um dos pilares de legitimação desse simulacro se dá pela dominação, apontada por Max Weber como "probabilidade de encontrar obediência a um determinado mandato" que "pode fundar-se em diversos motivos de submissão", e manifestada em três tipos puros, a legal, a tradicional e a carismática. [136]

A dominação legal se dá pela obediência à regra estatuída a estabelecer a quem e em que medida se obedece, a tradicional ocorre pela crença na santidade das ordens e dos poderes senhoriais existentes, de forma que o conteúdo das ordens está fixado pela tradição, e, por fim, a dominação carismática, que ocorre pela devoção afetiva e ao carisma do senhor. [137]

Nesse aspecto, as funções estatais tornam-se não só técnica de poder para efetivação de dominação, mas, também, um aparelho ideológico que "funciona simultaneamente pela violência e pela ideologia", preservando o próprio absolutismo da autoridade estatal, em continuidade aos paradigmas Liberal, Social e Procedural de Estado (Estados Dogmáticos).[138]

A assunção de interesses econômicos (neoliberalismo) também colabora para que o Estado utilize estrategicamente do direito a fim de resguardar o aumento de poder e de força pelas técnicas de dominação. A racionalidade neoliberal reorganiza o Estado com a redução da soberania popular e converte-se em um sistema de gestão de negócios, substituindo princípios democráticos por uma principiologia empresarial. [139]

É por tal motivo que Ugo Mattei e Laura Nader apontam que a "generalização e a criação de estereótipos para fins de controle é uma das estratégias mais poderosas para minimizar a complexidade dos diferentes contextos sociais e, em seguida, justificar sua

---

[135] SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos. **Processo e Poder Constituinte Originário**: a construção do direito na processualidade jurídico-democrática, cit., p.70. Interessante notar que a Coréia do Norte, vivenciada por uma ditadura, é oficialmente conhecida como República Popular *Democrática* da Coréia. Também, os Estados Unidos da América, tidos como um modelo de país democrático, permitem "a detenção de 'combatentes inimigos' sem nenhuma acusação formal, mantendo-os em condições desumanas na base militar de Guantánamo", além de que "atualmente a tortura é permitida na base naval Diego Garcia". Vale mencionar, ainda, que "todas essas práticas são de conhecimento geral e foram contestadas, em termos jurídicos, em diversas ocasiões, mas são substancialmente aceitas por um Judiciário norte-americano mais uma vez mergulhado em detalhes técnicos para tentar recuperar uma fachada de legalidade. Todas essas práticas demonstram a existência do simulacro de democracia. MATTEI, Ugo. NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 329.

[136] WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. *In*: FERNANDES, Florestan (Coord.) COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber**. Sociologia. Trad. Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7ª ed. São Paulo: Ática, 2004, p. 128.

[137] WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima, cit., p. 128-129, 131 e 134.

[138] ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado**. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1980, p. 46.

[139] BROWN, Wendy. Ahora todos somos demócratas, cit., p. 64.

dominação e pilhagem", em que o outro é impedido de autodeterminar-se e de acessar aos sistemas jurídicos.[140]

Na busca por segurança e tranquilidade diante da violência e hostilidade mundanas, sempre com a necessidade de se apoiar em uma autoridade, o homem não percebe que, ao transferir suas angústias, perpetua um sistema que se utiliza da força, da violência e do poder de uma "ideologia dominadora"[141], tornando a segurança jurídica "o ponto de indiferença entre violência e direito, o limiar em que a violência traspassa em direito e o direito em violência".[142]

Jacques Derrida, ao analisar o texto de Walter Benjamin "*Zur Kritik der Gewalt*" (Crítica da violência), em sua obra "Força de lei: fundamentos místicos da autoridade", expõe que existe a distinção de duas violências no direito, a violência fundadora e a violência conservadora. A primeira é aquela que "institui e instaura o direito", enquanto a segunda é aquela que "mantém, confirma, assegura a permanência e a aplicabilidade do direito".[143]

Em Benjamin, o direito sempre institucionalizará a violência "como lugar normativo e adequado de permanência"[144], sendo o conceito de violência pertencente a uma ordem do direito, da política e da moral, vez que conexa a todas as formas de autoridade ou autorização.[145]

O interesse do direito é monopolizar a violência, essa enquanto autoridade, que visa proteger o próprio direito, a ordem jurídica e não fins justos ou legais, que acabam por preservar a própria autoridade. Nas palavras de Derrida:

> Falar de um interesse do direito pode parecer 'surpreendente', é a palavra usada por Benjamin, mas é ao mesmo tempo normal, é da natureza de seu próprio interesse pretender excluir as violências individuais que ameaçam a sua ordem; é com vistas a seu interesse que ele monopoliza, assim, a violência no sentido de *Gewalt*, a

---

[140] MATTEI, Ugo. NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal, cit., p. 31. Como exemplo de opressão estratégica do Estado, os autores apontam que "Hoje, o movimento mundial denominado 'resolução alternativa de conflitos' funciona como um forte mecanismo de enfraquecimento que o discurso dominante torna atraente mediante o uso de uma série de práticas retóricas, como a necessidade de remediar 'excessos' da confrontação judicial, ou de promover a convivência de uma sociedade mais 'harmoniosa'. MATTEI, Ugo. NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal, p. 31. Essa prática é percebida no Código de Processo Civil de 2015 que fomenta o uso de meios alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação, sob a justificativa de redução de números de processos nos tribunais e da promoção de paz social, inclusive com a previsão de multa por ato atentatório à dignidade de justiça por ausência injustificada do autor ou do réu à audiência de conciliação, nos termos do artigo 334, §8º.

[141] SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos. **Processo e Poder Constituinte Originário**: a construção do direito na processualidade jurídico-democrática, cit., p.61-62.

[142] AGAMBEN, Giorgio. ***Homo sacer***: o poder soberano e a vida nua I. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 38.

[143] DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2010, p. 73.

[144] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, cit., p.124.

[145] DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade, cit., p. 75.

> violência enquanto autoridade. Há um 'interesse do direito na monopolização da violência' (*Interesse des Rechts an der Monopolisierung der Gewalt*). Esse monopólio não tende a proteger determinados fins jutos e legais (*Rechtszwecke*), mas o próprio direito. [146]

Rosemiro Pereira Leal, ao analisar a obra de Derrida, aduz que, diferentemente de Benjamin, o filósofo agoniza "pela mistura (sincretismo) das duas violências" [147] fundadora e instituidora, pois não haveria fundação e instauração do direito pela violência puramente fundadora, assim como não haveria violência puramente conservadora.

Isso porque, na medida em que "a instauração já é iterabilidade, apelo à repetição auto-conservadora. A conservação, por sua vez, é ainda re-fundadora para poder conservar o que pretende fundar".[148]

Tal sincretismo cria um espectro que Derrida define como polícia do Estado, e que nós definimos como Estado-Segurança ou segurança jurídica, que acaba por mesclar a violência fundadora e conservadora do direito, que não possui qualquer limitação. A polícia (segurança jurídica) é "espectro do Estado", pois aplica a lei pela força, mas, também, cria a lei para garantir segurança, vindo a suspender a separação entre a violência fundadora e conservadora.[149]

A intervenção do Estado-Segurança (polícia) se dará sempre de modo criativo, no momento em que a situação jurídica não garante segurança ante à insuficiência de determinação do direito. [150]

Giorgio Agamben denuncia essa interdição e suspensão da lei como Estado de Exceção. Para o autor, o Estado de Exceção é a abertura de um espaço em que aplicação e norma são separadas, realizando uma pura força de lei. Ou seja, suspende-se a aplicação da norma e cria-se um espaço no qual o soberano decide ilimitadamente "onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real".[151]

Nas palavras do filósofo:

> O soberano, que pode decidir sobre o estado de exceção, garante sua ancoragem na ordem jurídica. Mas, enquanto a decisão diz respeito aqui à própria anulação da norma, enquanto, pois, o estado de exceção representa a inclusão e a captura de um espaço que não está fora nem dentro (o que corresponde à norma anulada e suspensa), 'o soberano está fora [*steht ausserhalb*] da ordem jurídica normalmente válida e, entretanto, pertence [*gehört*] a ela, porque é responsável pela decisão quanto à possibilidade da suspensão *in totto* da constituição.

---

[146] DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade, cit., p. 75.
[147] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, cit., p.125.
[148] DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade, cit., p.90.
[149] DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade, cit., p.99.
[150] DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade, cit., p.99.
[151] AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 63.

> *Estar-fora e, ao mesmo tempo, pertencer:* tal é a estrutura topológica do estado de exceção, e apenas porque o soberano que decide sobre a exceção é, na realidade, logicamente definido por ela em seu ser, é que ele pode também ser definido pelo oximoro *êxtase-pertencimento*. [152]

Assim, o Estado de Exceção é simultaneamente ancorado pelo ordenamento jurídico e permite ao soberano suspender a normatividade para a aplicação de seus interesses, vontades, sensibilidades e consciência. A autoridade está ao mesmo tempo fora e dentro da lei. [153]

São esses discursos em busca de segurança e democracia que permitem às autoridades realizarem uma excepcionalidade cotidiana[154] em que o Estado de Exceção torna-se regra e institucionaliza uma violência fundadora e conservadora do direito que se misturam e desprocessualizam a interpretação, construção, reconhecimento e extinção de direitos, sem que direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente tenham sua implementação efetiva.

O Cidadão é infantilizado e reduzido às figuras do *homo sacer*[155] e do povo icônico[156], na medida em que discursos aparentemente democráticos e com finalidade de possibilitar segurança jurídica aos jurisdicionados "se disfarçam sob o manto de expressões perniciosas"[157] e depositam em guardiões kafkianos[158] a correção de desvios da normatividade jurídica lacunosa, alinhando o direito à normalidade da vida.[159]

---

[152] AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, cit., p. 63.

[153] Agamben designa o estar dentro e fora da lei como o "Paradoxo da Soberania", que "se enuncia: 'o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico'. Se o soberano é, de fato, aquele no qual o ordenamento jurídico reconhece o poder de proclamar o estado de exceção e de suspender, deste modo, a validade do ordenamento, então 'ele permanece fora do ordenamento jurídico e, todavia, pertence a este, porque cabe a ele decidir se a constituição *in toto* possa ser suspensa'". AGAMBEN, Giorgio. ***Homo sacer***: o poder soberano e a vida nua I, cit., p.22.

[154] Assim, "passa-se a admitir, sem questionamentos, que uma classe especialíssima de homens instale, na casuística dos conflitos, a exceção cotidiana. Intrometem-se, na atividade decisória, contingências arbitrariamente selecionadas que estariam a impor a negação da aplicação da ordem jurídica vigente". LEAL, André Cordeiro. THIBAU, Vinicius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n.92, p. 13-29, out./dez.2015, p. 28.

[155] O *homo sacer*, figura estudada por Agamben, "é o homem sacralizado, que habita o espaço nu, o espaço não normativo, sem lei. Trata-se de um homem dominado por alguém que o sacraliza. O homo sacer não se vê como indivíduo, não integra o Estado, está fora da sociedade civil e, em suma, não consegue participar do discurso processual". MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica**: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014, p. 337. Conferir, também, AGAMBEN, Giorgio. ***Homo sacer***: o poder soberano e a vida nua I, cit.

[156] "O povo-ícone é carente de legitimação, pois não participa do espaço político de construção das decisões estatais. É um objeto na voz do governante autoritário, que sempre o invoca para justificar seus atos. Nesse sentido, o autocrata costuma dizer que fez isto ou aquilo *em nome do povo*. Que povo é este? Justamente, o povo-ícone, pois este não existe, não se inclui no sistema jurídico e não possui vida política. O povo-ícone na voz do déspota, passa a ser fonte de expressões como bem comum, interesse público, finalidade social etc., tudo isso, também, alimentando a ideia de que os agentes do Estado são capazes de captar uma, também icônica, *vontade do povo*". MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica**: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo, cit., p.336.

[157] LEITE, Bruno Rodrigues. **A população em situação de rua e o mandado de segurança**, cit., p. 101.

[158] No conto de Franz Kafka, "Diante da lei", "o camponês (que pode ser reconhecido como o destinatário das decisões estatais) fica diante do guarda (que pode ser um policial, um governante, um juiz etc.) e, apesar de

É por isso que afirmamos que a segurança jurídica atua para a preservação do próprio absolutismo de sua autoridade, como justificativa para que institucionalize e legitime a violência no direito e pelo direito.

O novo CPC é embutido desse simulacro de democracia, eis que, desde sua Exposição de Motivos até diversos dispositivos em seu texto, "em nome da segurança (necessidade) proclama-se o saber evidente (onividente) do julgador, observador e do estadista ou da própria história na resolução dos conflitos, excluindo-se o **devido processo**"[160] do *iter* procedimental formador das decisões e possibilitando a abertura de um espaço nu, não normativo, infiscalizável e violento, na construção e aplicação de precedentes vinculantes, o que será mais aprofundado nos capítulos seguintes da presente pesquisa.

Portanto, democracia e a segurança jurídica tornam-se protagonistas de um discurso que legitima e dissimula "uma tecnologia fria" em que "seu lado obscuro pode preencher todo o espaço e, assim, o Direito sucumbe à aceitação da violência bruta". [161]

3.2 Segurança Jurídica e o Direito como Integridade

Ronald Dworkin, jurista norte-americano, propõe a Teoria do Direito como Integridade que também serve para embasar a segurança jurídica pelos precedentes judiciais, mas sem a observância da processualidade como *medium* de construção do Estado Democrático de Direito, que acaba por incorrer em práticas que coadunam para o reforço da relação entre direito e violência como visto no tópico anterior.

O jurista americano constrói sua teoria como um ataque ao positivismo, buscando a diferenciação entre regras e princípios com a propositura de uma nova visão ao sistema jurídico, como integridade, ou seja, com foco na completude e infalibilidade do ordenamento.

---

perceber que a porta da lei está supostamente aberta [...], não consegue entrar nela. O guarda, sem que dê qualquer fundamentação para tanto, deixa o camponês numa espera eterna, sendo ele próprio o obstáculo que separa a lei de seu destinatário". MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica**: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo, cit., p. 348.

[159] LEAL, André Cordeiro. THIBAU, Vinicius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana, cit., p. 27.

[160] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, cit., p.23. A crítica de Rosemiro Leal se estende: "Por isso é que, quando se perde 'o sentido da violência fundadora do direito', como estampado no Brasil por vários de seus códigos engendrados, bem assim de suas leis trabalhistas e um amontoado de decretos-leis e leis ordinárias que ainda sobrevivem à Constituição de 1988, com esquecimento da 'violência revolucionária da qual nasceram', há persistência de uma 'violência dissimulada' por reformas legislativas que disfarçam a violência originária, mediante o aceno mítico da busca de uma 'justiça rápida', eficaz e atuante, deixando na 'indecibilidade' as conquistas jurídico-constitucionais quanto a direitos fundamentais líquidos e certos". LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, cit., p.126.

[161] MATTEI, Ugo. NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal, cit., p. 09.

Para Dworkin, o direito não é compreendido apenas e tão somente como um modelo de regras, mas como um conjunto que também se utiliza de princípios. Ambos apontariam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas se diferenciariam quanto à orientação que se destinam. As regras são aplicadas pelo "tudo-ou-nada", ou seja, em determinados fatos que uma regra estipula, ou a regra é válida, razão pela qual a resposta que ela oferece deve ser aceita ou a regra não é válida e não contribui para a decisão.[162]

Nesse sentido, os princípios (*principle*) se diferenciariam da política (*policy*), eis que os primeiros consistem em um padrão a ser observado, pois são uma exigência de justiça ou de equidade e não visam assegurar uma situação econômica, política ou social que seja desejável, enquanto a segunda compreende um padrão que irá estabelecer uma meta a ser alcançada, com melhoria de aspectos econômicos, políticos ou sociais da comunidade. [163]

É o que expõe André Karam Trindade:

> Neste contexto, em que os princípios descrevem *direitos* que visam a estabelecer um estado político de coisas *individualizado* e as políticas descrevem *metas* que visam a estabelecer um estado político de coisas *não individualizado*, Dworkin afirma que as decisões judiciais, especialmente no que se refere aos casos difíceis – aqueles cujas respostas não se encontram previstas nas regras -, devem ser tomadas a partir de *argumentos de princípio*, e não de *argumentos de política*.[164]

Desta feita, haveria no direito uma resposta correta nos casos difíceis, rejeitando a discricionariedade judicial, pois o juiz não escolheria a decisão a ser tomada a partir de argumentos políticos. Para se alcançar a referida resposta correta, Dworkin pressupõe uma reconstrução da noção de direito como um conceito interpretativo, "em uma sociedade democrática compreendida como uma *comunidade de princípios*", recorrendo à metáfora do *juiz Hércules*. [165]

A figura do juiz Hércules consistiria em "um juiz imaginário, de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, que aceita o direito como integridade – a quem compete a árdua tarefa de decidir, resgatando, principiologicamente, a história

---

[162] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 39.

[163] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, cit., p. 36.

[164] TRINDADE, André Karam. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro. *In*: STRECK, Lenio. ALVIM, Eduardo Arruda. LEITE, George Salomão. (Coords.) **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21.

[165] TRINDADE, André Karam. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro, cit., p. 22.

institucional do direito", em que se consideraria as pretensões jurídicas a marcarem os casos concretos que fossem submetidos a sua apreciação. [166]

Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Flávio Pedron e Alexandre Bahia defendem que o juiz Hércules não constitui um juiz solipsista, eis que a decisão final exige um diálogo entre todos os participantes do processo com a história da sociedade, devido à abertura hermenêutica no direito.[167]

A partir daí Dworkin alia à figura do juiz Hércules, em uma relação entre direito e literatura, a metáfora do romance em cadeias. Por essa metáfora, um grupo de romancistas escreve um romance em série, em que cada um da cadeia interpreta os capítulos anteriores para escrever um novo capítulo, que sempre será repassado para o romancista seguinte. Assim, "cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade". [168]

É o que expõem Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Flávio Pedron e Alexandre Bahia:

> Essa obrigação hermenêutica faz com que o magistrado de Dworkin se coloque como um membro de um empreendimento coletivo, uma história (a história daquele direito em especial) que está sendo contada e construída a várias mãos – por isso o uso de outra metáfora: a do **"romance em cadeia"**. A responsabilidade de Hércules, portanto, o leva a ler e levar em conta tudo aquilo que foi escrito e decidido acerca do direito envolvido.
> A partir disso, Hércules fará sua parte – ou seja, ele será responsável por adicionar um **novo capítulo** desenvolvendo a discussão, sem ignorá-la ou sem reinventá-la.
> [...]
> O desafio posto para Hércules (e para o processo decisório permeado por todos os sujeitos processuais) é reconhecer o direito como algo criado por meio de leis, mas, igualmente, seguir as decisões que o próprio Judiciário tomou no passado. Isso o levará a fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais, e também para as leis e para a Constituição. [169]

---

[166] TRINDADE, André Karam. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro, cit., p. 22.

[167] THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentação e sistematização**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.76. No mesmo sentido é o que defende Guilherme César Pinheiro: "Por corolário essa função que Ronald Dworkin atribui à figura do 'juiz Hércules' é distribuída, tendo em vista a função técnica de cada um dos sujeitos processuais, possibilitando as suas respectivas participações em dinâmica interdependente e policêntrica". PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação de precedentes, súmulas e decisões vinculantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 93.

[168] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 276.

[169] THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentação e sistematização**, cit., p.76.

O direito como integridade, então, insiste em afirmações jurídicas como opiniões interpretativas que combinam elementos voltados ao passado e ao futuro, que interpretam "a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento". [170] A integridade instrui os juízes a identificarem direitos e deveres a partir do pressuposto de que foram todos criados pela "comunidade personificada", o que expressaria uma concepção de coerência, justiça e equidade. [171]

Assim, a construção e reconstrução do sentido normativo se daria pelo romance em cadeias que, consequentemente, geraria segurança jurídica, ao se propor um ordenamento íntegro e coerente, a partir de regras, princípios, súmulas ou precedentes, como um ponto de partida que o juiz não poderia fugir quando da aplicação ao caso. [172]

A noção de segurança jurídica advém, portanto, do passado que dita o presente e o futuro como mecanismo de tornar previsíveis as decisões judiciais e de manter o ordenamento jurídico completo e íntegro.

Nessa esteira, Guilherme César Pinheiro leciona, com base em Dworkin, que há a necessidade de se voltar os olhos às decisões passadas, com a finalidade de se conferir coerência aos princípios que constroem o ordenamento jurídico de determinada comunidade, o que impediria a prática de uma anarquia interpretativa, que não se coaduna com a Teoria do Direito como Integridade.[173]

Andréa Alves de Almeida aponta que nessa espécie de sistema jurídico (íntegro e coerente) a ordem e a unidade são mantidas, eis que pretende a construção de um sistema infalível. A interferência da moral e do costume na esfera do direito são aceitas em algumas particularidades. Pretende-se, portanto, pela Teoria do Direito como Integridade, alçar a característica de um sistema completo "a partir de uma interpretação principiológica". [174]

No entanto, a concepção Dworkiniana acaba por reforçar a violência normativa, que dissimula a noção de segurança jurídica.

---

[170] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, cit., p. 271.
[171] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, cit., p. 271.
[172] THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentação e sistematização**, cit., p. 78. André Karam Trindade alerta para o fato de que, para Dworkin, é possível ao juiz alterar o rumo da história de acordo com as situações verificadas no presente, não sendo obrigado a se ater ao que se encontra no passado, mas deve sempre fazer uma avaliação geral do que já foi dito por juízes anteriores. TRINDADE, André Karam. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro, cit., p. 25.
[173] PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação de precedentes, súmulas e decisões vinculantes, cit., p. 92.
[174] ALMEIDA, Andréa Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, cit., p.52.

Ao tentar distinguir as noções entre princípios e regras, Dworkin acaba por manter os princípios ainda extraídos do solipsismo do julgador "nos vazios ditos inevitáveis do direito em vigor (analogia) como modo de tornar o direito revestido de *integridade* (completude) permanente", olvidando-se de enunciar uma construção normativa da teoria principiológica.[175]

Isso porque, conforme alerta Andréa Alves de Almeida, a argumentação jurídica proposta por Dworkin possui o escopo de superar as lacunas no ordenamento jurídico, mas acaba por rearranjar lei, costume, moral e princípios gerais do direito. Essa concepção, portanto, acaba por reafirmar a vedação ao *non liquet* (não decidir) ao dar ao espaço de discursividade uma indemarcação pela inclusão de elementos culturais e históricos na interpretação e aplicação do direito. [176]

É a partir Teoria do Direito como Integridade, portanto, que se busca encaminhar uma compreensão supostamente constitucional aos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que também se fazem presentes nos artigos 8º e 140 do CPC/2015, mas que são direcionadas à homologação e reiteração da construção do direito solitária e criativamente a partir da racionalidade do juiz, ao vedar a existência lacunas no ordenamento jurídico.[177]

Ora, os referidos artigos "reforçam e corroboram pela continuidade do solipsismo judicial, porque o juiz cumprirá um papel de salvador, ao 'completar' o ordenamento jurídico com seu senso de equidade" e ignoram por completo que as partes, como sujeitos constitucionais, construam o direito pelo exercício do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, [178] o que também é mantido pela Teoria do Direito como Integridade.

No Estado Democrático de Direito não é possível a inobservância do Princípio da Legalidade, permitindo-se que o juiz decida solitariamente o Direito, sem conferir legitimidade pela processualidade, conforme aponta Andréa Alves de Almeida, no marco da Teoria Neoinstitucionalista do Processo:

> Analogia, equidade, costume, princípio não legislado, são ainda incompatíveis com o exercício do contraditório, pois não há como exercer contraditório se o espaço de discursividade não estiver demarcado. É a lei, princípio da reserva legal, que demarca o espaço de discursividade no direito, mas, na democracia, não basta a lei. Para que a lei se torne legítima é ainda imprescindível que o espaço de discursividade por ela demarcado seja aberto à testificação incessante por meio do

---

[175] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, cit., p.181.

[176] ALMEIDA, Andréa Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, cit., p.52-53.

[177] Sobre os artigos 8º e 140 do CPC/2015, conferir a crítica que fizemos em trabalho anterior: MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O "Paradoxo de Bülow" no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial, cit.

[178] MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O "Paradoxo de Bülow" no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial, cit., p. 67.

> Devido Processo. O costume, a equidade, a analogia e o princípio não legislado, assim como também os juízos de adequabilidade, proporcionalidade, razoabilidade, ponderação e reserva do possível são metajurídicos e não permitem a demarcação da discursividade porque são colhidos no âmbito da subjetividade ou do consenso coletivo. [179]

Além da continuidade do caráter oculto do sentido normativo[180], a proposta de Dworkin abre espaço para que prevaleçam argumentos subjetivos, mesmo se apresentados como jurídicos, pois também podem ser considerados como argumentos políticos sobre a Constituição. Assim, o controle de constitucionalidade a ser realizado pelos tribunais superiores é transformado em um instrumento da jurisdição que busca a implantação de escopos metajurídicos[181] sem levar em consideração os direitos e garantias fundamentais do processo.

Torna-se, portanto, inócua a tentativa de trazer uma releitura do juiz Hércules a partir do debate processual de todos os sujeitos processuais, pois, conforme exposto, ainda é o juiz que irá completar as lacunas do ordenamento jurídico e trazer segurança ao direito.

Ainda, relevante mencionar que a observância de decisões passadas para ditar o presente e o futuro também acaba por reificar e reiterar práticas autoritárias já presentes na história.

Ana Paula Brandão Ribeiro aponta para tal problema na medida em que ainda existem obscurantismos históricos que objetivam a "manutenção da dominação e consecução de interesses particulares ou pertencentes a um reduzido número de pessoas". Pela observação histórica, avinda de um mundo da vida, os sentidos normativos seriam estabilizados a partir de sua utilização pela interpretação, "ou seja, através de uma prática, transmitida ao longo dos tempos, gerando integração social numa **sociedade pressuposta**".[182]

Essa história institucional da sociedade e das decisões judiciais, como pressupõe Dworkin, é derivada do senso comum, dos costumes e de práticas que excluem e entravam o devido processo como atividade interpretativa pelo exercício do contraditório, da ampla

---

[179] ALMEIDA, Andréa Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, cit., p.52-53.

[180] O caráter oculto do sentido normativo é uma "forma de reafirmar um *saber interpretar* que, extrapolando o sujeito da enunciação da norma (legislador), só adquire *intelegibilidade fora* do próprio discurso normativo (*lei*) que é o lugar extraceptivo (estado textual de exceção) no qual a *auctoritas* interdita o sentido da lei por consentimento da própria lei. Esse é o artifício (simulacro) acolhido pela ciência dogmática do direito que, ao tempo em que coloca o *princípio da reserva legal* como garantia de uma interpretação democrática (pressuposto do embuste), dele simultaneamente se utiliza para, *por lei*, dispensar a existência de *lei* nas hipóteses em que não haja normas escritas específicas à compulsória resolução judicial dos conflitos". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p.369-370.

[181] BONFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Morais. **Decisões inconstitucionais no controle de constitucionalidade**: os efeitos pro futuro. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 62.

[182] RIBEIRO, Ana Paula Brandão. **Ética e processualidade democrática**: implicações críticas. Col. Estudos da Escola Mineira de Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.87. v. 6.

defesa e da isonomia, eis que estão eivadas de fins meramente dominatórios e impositivos de poder. [183]

Ao impedir o igual direito de interpretação a todos, com a consequente geração de um provimento decisório legítimo e compartilhado, pelo romance em cadeia e observância da história institucional de uma sociedade, Ronald Dworkin mantém o Estado na centralidade das decisões, já que "a decisão é imune à falibilidade porque construída pelo que se pressupõe comum". [184]

Conclui-se que a segurança jurídica a partir da Teoria da Integridade de Dworkin reforça a violência normativa, eis que a autoridade (juízes e tribunais) é encarregada "de uma vigilância perpétua que só a ela cabe tecer e conduzir".[185]

Torna-se crucial, portanto, expor como a Pós-Modernidade trabalha o processo como *locus* de redução e rompimento da violência imposta pelo Estado-Segurança, descontruindo o simulacro de democracia e segurança jurídica.

3.3 A Pós-Modernidade e o rompimento com o Estado-Segurança

A Modernidade foi caracterizada pela crença do homem em sua própria razão, o que levou à estruturação de modelos estatais que "esbarram nas reificações tradicionalistas e históricas" conduzidas por representantes divinos (legisladores, governantes, juízes) que se viam legitimados a atuarem como engenheiros sociais ao promover bem-estar e felicidade a todos.[186]

Diante desse aspecto, e conforme já visto na presente pesquisa, a figura do Estado-Segurança surge como mecanismo estratégico de institucionalização da violência, na medida em que discursos retóricos, ditos democráticos, embasariam e ofereceriam segurança apenas com a finalidade de manter e aumentar o poder estatal.

É por tal motivo que há que se romper com o Estado-Segurança a partir de um pensamento Pós-Moderno, caracterizado por se afastar do ideal mítico de que referida figura estatal "seja perfeitamente racional, justo, igualitário, educador, provedor, condutor e garantidor da felicidade e qualidade de vida aos seus 'jurisdicionados', 'administrados', 'governados', enfim, uma gama de termos que rotulam o cidadão em uma conjugação quase

---

[183] RIBEIRO, Ana Paula Brandão. **Ética e processualidade democrática**: implicações críticas, cit., p.87.
[184] ALMEIDA, Andréa Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, cit., p.56.
[185] LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural, cit., p.31.
[186] CARVALHO, João Carlos Salles de. **Pedagogia judicial e processo democrático**: uma crítica processual à adoção de medidas punitivo-pedagógicas em ações individuais, cit., p. 29-30.

sempre em um particípio passivo”. [187]

Rosemiro Pereira Leal, ao conjecturar a construção do Estado Democrático de Direito na Pós-Modernidade, é claro ao afastar a estatalidade do centro das decisões e colocar a Constituição como espaço discursivo encaminhado pelo eixo teórico do Devido Processo Constitucional:

> Numa teoria pós-moderna do Estado, a constituição democrática fica no lugar do Estado, tornando-se este um espaço discursivo pelo devido processo institucionalmente constitucionalizado, desaparecendo a figura hegeliana do Chefe de Estado (guardião da unidade social) ou do Presidente de uma República de um povo acéfalo não legitimado ao devido processo por cada qual de seus integrantes. Daí o bios-polytikos na democracia contemporânea é obtido na estrutura da linguagem discursiva processualizada e não pelo estar (inter-pares) corporalmente ou entre os outros (inter homines esse) com iguais propósitos guiados por uma fala erística e inerente a um entendimento escatológico (multidão reunida, encontro festivo). [188]

É por isso que há uma priorização da constitucionalidade democrática em que qualquer do povo é legitimado para, irrestritamente, questionar não só a autoridade, mas, também, a constitucionalidade de normas e decisões, fiscalização que se dará por direitos fundamentais previamente estabelecidos na Constituição, ou seja, pelo processo e seus princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia. [189]

Na medida em que a Pós-Modernidade desconfia de discursos totalizantes, direcionando-se para a indeterminação e o efêmero, pretende-se definir “uma normatividade que inviabilize qualquer monopólio da verdade”[190], o que reduziria os índices de violência presentes da construção e aplicação de leis e decisões judiciais.

Apenas pelo discurso processual democrático é que os níveis de violência nos planos instituinte, constituinte e constituído do direito são reduzidos, na medida em que se pauta na instituição constitucionalizada do processo para exercício de fiscalização e controle recíprocos de todos sujeitos processuais em um espaço procedimental que assegure o exercício das garantias fundamentais e constitucionais do devido processo.[191]

Nesse sentido, é a principiologia constitucional do Processo que conduz e atua como

---

[187] CARVALHO, João Carlos Salles de. **Pedagogia judicial e processo democrático**: uma crítica processual à adoção de medidas punitivo-pedagógicas em ações individuais, cit., p. 29.

[188] LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Democracia – A ação jurídica como exercício da cidadania. **Revista Virtual da Faculdade Mineira de Direito PUC Minas**. ano 4, n 1, jul. 2005 p. 9. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33356-42694-1-PB.pdf> Acesso em 28 de junho de 2017.

[189]BONFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Morais. **Decisões inconstitucionais no controle de constitucionalidade**: os efeitos pro futuro, cit., p. 117.

[190] ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A lealdade na processualidade democrática**: escopos fundamentais do processo, cit., p.144.

[191] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica**: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo, cit., p. 357.

referente lógico de toda interpretação do direito, razão pela qual os intérpretes estão vinculados a ela, pois, caso contrário, o Estado-Segurança "obscurece o primado da processualidade constitucional democrática de participação discursiva como fator irrenunciável de legitimação dos provimentos jurisdicionais". [192]

Ora, a manutenção da segurança jurídica nos paradigmas de Estado Liberal, Social e Procedural, além da Teoria do Direito como Integridade, ainda mantém discursos autoritários camuflados de democracia abrigando o livre decisionismo dos julgadores:

> A se decidir em paradigma de Estado Democrático no contexto histórico dogmático dos Estados liberal, social e proceduralístico de direito, cria-se o *estado de exceção* como Estado-juiz, a abrigar uma sociedade pressuposta de civis patrimonial e predestinamente patrimonializados desde sempre como portadores mitificados de poderes ordálicos pelos quais alimentam a crença em suas virtudes pessoais de dadores de paz, segurança e justiça adquiridas *ex-ante* da existência do direito formalizado. Por isso, são fervorosos adeptos de um direito posto que se torna *pós-ativo* (positivo) pelo voluntarismo da judicatura, que dirá o que o direito é *secundum conscientiam* dos juízos imparciais (transcendentais) dos juízes e decisores poderosamente autorizados. [193]

Rosemiro Pereira Leal, então, aduz que "criar uma **democracia** é o desafio da **pós-modernidade**" [194], pois não podemos recebê-la, adotá-la, homologá-la, dissimulá-la e repeti-la histórica e culturalmente, pois possibilitaria a interação e o sincretismo entre direito e violência na preservação da segurança da própria violência estatal (Estado de Exceção-Poder). Deve-se, então, construir processualmente uma sociedade aberta a todos do povo para questionar as decisões tomadas pelo Estado.

A democracia, aqui, deve ser demarcada a partir do discurso normativo do devido processo constitucional, conforme explicitamos no primeiro capítulo, na medida em que se busca a redução dos níveis de violência em todas esferas do Direito e do Estado.

Nesse sentido, o processo, na Pós-Modernidade, é a instituição que rompe com o Estado-Segurança, pois, conforme preconiza Carlos Morais de Bonfim Júnior, no marco da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, a segurança jurídica decorrerá da legitimidade advinda da conjugação dos direitos fundamentais processuais:

> A *segurança jurídica* decorre, então, exatamente desse entrelaçamento dos *direitos fundamentais* e do *devido processo constitucional*. Com efeito, somente é possível falar na configuração de *segurança jurídica* numa democracia pós-moderna (cujas normas são construídas compartilhadamente em contraditório sob uma estrutura

---

[192] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p. 95.

[193] LEAL, Rosemiro Pereira. Fundamentos democráticos da imparcialidade judicial no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93 p. 271-274, jan./mar. 2016, p.273.

[194] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, cit., p.25.

> procedimental que permita a igual interpretação e fiscalização [...]) quando o pronunciamento for considerado *legítimo*. [195]

Portanto, somente com o Processo e sua principiologia constitucional na Pós-Modernidade é possível romper com a violência normativa imposta pela estatalidade e possibilitar a legitimidade na construção e aplicação do Direito.

[195]BONFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Morais. **Decisões inconstitucionais no controle de constitucionalidade**: os efeitos pro futuro, cit., p. 142.

4 A SEGURANÇA JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: OS PRECEDENTES VINCULANTES

No presente capítulo estudaremos como o CPC/2015 preconiza a noção de segurança jurídica a partir dos precedentes vinculantes, com uma perquirição do significado de precedente e de seus corolários-lógicos. Ademais, estudar-se-á como o CPC/2015 tratou normativamente dos precedentes vinculantes, que acabam por reforçar a atividade decisória solipsista para preservação da autoridade e poder dos tribunais brasileiros.

4.1 A noção de precedente e seus corolários-lógicos

A noção de precedente é desenvolvida no *common law*[196] como mecanismo de se possibilitar a segurança jurídica e igualdade pelas decisões judiciais, o que é exportado a partir de uma crescente tendência de convergência com o sistema de *civil law*[197], também presente no CPC/2015.

Lenio Streck e Georges Abboud apontam que o regramento do precedente (*stare decisis*) "se explica pelo adágio *stare decisis et non quieta movere*, isto é, continuar com as coisas decididas e não mover as 'coisas quietas'".[198] Assim, em uma definição genérica do que vem a ser o precedente, Neil Duxbury o consigna como um evento passado que servirá como um guia para a ação presente.[199]

Rodrigo Ramina de Lucca, ao partir da premissa de que todo precedente judicial[200] é uma decisão judicial, consigna que os precedentes são as motivações de decisões passadas, ou

---

[196] É importante mencionar que os países do sistema de *common law* que mais têm destaque mundial são a Inglaterra e os Estados Unidos. A presente pesquisa não possui o foco de fazer uma diferenciação pormenorizada entre o sistema inglês e americano, razão pela qual sugerimos: VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2017, p. 25-111. PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação de precedentes, súmulas e decisões vinculantes, cit., p. 29-41.

[197] Sobre a convergência entre os sistemas, cf.: FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p. 80-89. FREITAS, Gabriela Oliveira. **A uniformização de jurisprudência no Estado Democrático de Direito**, cit., p.81-103. PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação de precedentes, súmulas e decisões vinculantes, cit., p. 17-57.

[198] STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges**. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.33.

[199] DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 01.

[200] Nos referimos à expressão precedente judicial, pois existem estudos sobre precedentes não judiciais, principalmente advindos de decisões da função executiva, conforme se lê, por exemplo, em: GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford Press, 2008, p. 111-146.

seja, são as razões dadas para uma decisão que se tornam referência para que novas decisões sejam tomadas.[201]

Com a mesma noção de que precedente se baseia em uma decisão passada, Lucas Buril de Macêdo aponta que os precedentes "são do ponto de vista prático, decisões anteriores que servem como ponto de partida ou modelo para as decisões subsequentes", significando o mesmo que "decisão precedente" além de possuir "um inegável aspecto relacional, na medida em que só pode ser aplicado quando há casos análogos". [202]

O autor aponta, então, duas noções de precedente, uma ampla e a outra mais restrita.[203] Para a noção ampla, há uma aproximação do significado de caso e abarca-se todo o ato decisório, o que transforma o precedente em fonte do direito, como um fato jurídico que contém uma norma. Sob a perspectiva ampla, o precedente se torna um "instrumento para criação de normas mediante o exercício da jurisdição". [204]

Por sua vez, a concepção restrita trabalha a noção de precedente como sinônimo de *ratio decidendi* (noção que será aprofundada no próximo tópico) compreendida como as razões de decidir. Os precedentes seriam inferidos a partir de parcela do ato decisório, constituindo a própria norma aplicada pelo tribunal, a partir, principalmente, de sua fundamentação, "é a norma que se constrói a partir do precedente". [205]

Nessa esteira, os precedentes são razões passíveis de serem generalizadas e identificadas a partir de uma decisão judicial, não se confundindo com esta, o que traria colaborações para a determinação e previsibilidade do direito (segurança jurídica). Segundo Daniel Mitidiero, os precedentes são emanados apenas por cortes supremas[206] e por isso seriam sempre obrigatórios e vinculantes.[207]

Em suas palavras:

---

[201] DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes, cit., p. 271.

[202] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, cit., p. 89.

[203] No mesmo sentido: PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**, cit., p. 158. Diferentemente, Rodrigo Ramina de Lucca aponta três perspectivas, a ampla, a restrita e a intermediária. DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes, cit., p. 269-271.

[204] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, cit., p. 89.

[205] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, cit., p. 90-91.

[206] Sobre a temática conferir o item 5.2 da presente pesquisa.

[207] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96-97. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira explicam que o precedente é vinculante quando sua eficácia se der em relação aos casos análogos supervenientes à sua formação. Assim, as razões determinantes estabelecidas no precedente vinculam decisões posteriores, motivo pelo qual todos os órgãos jurisdicionais estariam vinculados ao entendimento fixado no precedente. DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 469.

> Ser fiel ao precedente significa respeitar as *razões necessárias e suficientes* empregadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de determinada *questão* de um caso. Significa, portanto, respeito à *ratio decidendi*, isto é, *às razões necessárias e suficientes* constantes da *justificação judicial* ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso. Tendo como *matéria-prima a decisão*, o precedente trabalha essencialmente sobre *fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado* e que determinaram a prolação da decisão da *maneira* como foi prolatada. Nessa perspectiva, operam inevitavelmente dentro da *moldura dos casos* dos quais decorrem, sendo por esta razão necessariamente contextuais. [208]

Para que uma decisão judicial se torne um precedente, deverá ter características que visem a potencialidade de se tornar um referente para a orientação da interpretação do direito pelos sujeitos processuais. Vale dizer, se todo precedente é extraído de uma decisão judicial, nem toda decisão é passível de se tornar um precedente. [209]

Isso se justifica pelo fato de que "é preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto", inclusive sendo possível que o precedente surja a partir da análise de diversos casos. Luiz Guilherme Marinoni aponta, ainda, que uma decisão poderá se tornar um precedente se a questão de direito for decidida pela maioria dos membros do órgão colegiado.[210]

Pela perspectiva ora esposada, os autores *precedentalistas* defendem que o modelo de precedentes é racional, pois se funda no regramento de universalização para que sejam aplicados em casos análogos e futuros. É por tal razão que os precedentes não são formados apenas para solucionar o caso, mas, sim, todos os casos em situações análogas.[211]

É daí que se pensa a "regra de ouro" dos precedentes, consistente no fato de que juízes irão reconhecer o valor e utilidade do precedente de outros julgadores, respeitando-os da mesma forma que gostariam que seus precedentes fossem respeitados.[212]

Aqui abriremos um pequeno parêntesis sobre a teoria dos precedentes. Dentro desse crescente número de autores precedentalistas, pode-se verificar que a noção de precedente está intimamente interligada com a jurisprudência sociológica de Roscoe Pound. Isso porque,

---

[208] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p. 96-97.
[209] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, cit., p. 158.
[210] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, cit., p. 158-159.
[211] ZANETI JÚNIOR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 334.
[212] GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**, cit., p. 5. Segundo o autor americano, "uma dinâmica essencial no direito constitucional é o que eu chamo de regra de ouro do precedente: juízes [...], geralmente sabem por experiência, treinamento e temperamento que não podem ser muito desprezíveis dos precedentes ou então eles correm o risco de ter outros juízes mostrarem o mesmo, ou até mais, desprezo pelos seus precedentes preferidos". (Tradução livre). No original: "On my view, an essential dynamic in constitutional law is what I call the golden rule of precedent: Justices [...] generally know from experience, training, and temperament they cannot be too disdainful of precedents or else they risk having other justices show the same, or even more, disdain for their preferred precedents". GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**, cit., p. 79.

conforme aponta Rosemiro Pereira Leal, os precedentalistas (poudianos) "invocam, em sua ansiosa busca por segurança jurídica, o exercício de uma *racionalidade* por uma atividade interpretativa jurisdicional justificada num resultado '*coerente e universal*'". [213]

Roscoe Pound era um jurista norte-americano e foi professor da Universidade de Harvard, sendo o responsável por delinear a noção de jurisprudência sociológica. O jurista norte americano combateu o que denominou de jurisprudência mecânica, que consistia no fato de que a função do juiz era a de simplesmente interpretar uma norma, por um processo de dedução, e partir daí aplicava a norma interpretada mecanicamente.[214]

Segundo Pound, juízes e tribunais conceberiam "a aplicação da lei como se nada mais envolvesse senão uma adequação mecânica do caso ao colete de forças representado pela norma ou remédio".[215] Para Pound, eventuais ajustamentos, ampliações e limitações inevitáveis serão dissimulados por uma "ficção de interpretação", apenas para a manutenção de segurança geral. [216]

O jurista norte americano vai apontar que a atividade interpretativa não é tão simples, pois a função jurisdicional estaria interligada à função legislativa, na medida em que, diante de vários casos, o legislativo "não pode aduzir leis tão completas e abarcadores que se isente o órgão judicial de exercer também certa função legisladora". [217]

Da mesma forma que a função jurisdicional se interliga com a legislativa, segundo Pound, a função administrativa/executiva também está ligada à função jurisdicional. Explica o jurista que o tratamento judicial diz respeito à aferição de uma norma que atinja a solução universal de um conjunto de causas, enquanto que a função administrativa trata determinadas situações individualmente, com prevalência das características individuais e não gerais. Por isso, a atividade administrativa não pode ignorar aspectos gerais, sob pena de ferir a segurança, enquanto a atividade judicial não pode ignorar aspectos individuais da causa, pois sacrificaria o interesse social. Essa visão seria um "processo puramente mecânico".[218]

Nesse sentido, a aplicação mecânica da legislação pregaria "uma forma da 'bondade oficial' e uma aplicação do direito equitativamente frouxa", razão pela qual "o direito feito

---

[213] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 295-313, abr./jun. 2017, p. 299.
[214] POUND, Roscoe. Introdução à filosofia do Direito. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965, p. 55.
[215] POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do Direito**, cit., p.56.
[216] POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do Direito**, cit., p.56.
[217] POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do Direito**, cit., p.57.
[218] POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do Direito**, cit., p.59.

pelos juízes perde vitalidade".[219] É por isso, então, que Pound utiliza um novo ponto de partida, no qual coloca o elemento sociológico na intepretação e aplicação da lei "com demonstração das questões sociais que compõem o dia a dia", [220] o que certamente, para Pound, condenaria "a perpetuidade da jurisprudência mecânica por desconfiança da legislação". [221]

Assim, Roscoe Pound defende que a finalidade do Direito, e consequentemente da lei e sua aplicação, é a de que haja a satisfação de necessidades sociais do homem:

> Para os fins de compreensão do Direito atual, contento-me com uma imagem em que se dê satisfação ao máximo que for possível do todo de necessidades humanas, com um mínimo de sacrifícios. Contento-me em considerar a lei como instituição social para satisfazer necessidades sociais – as pretensões, exigências e expectativas implícitas na existência da sociedade civilizada – efetivando tantas quantas seja possível com o menor sacrifício, na medida em que tais necessidades possam ser satisfeitas ou tais pretensões efetivadas por uma ordenação da conduta humana, através de uma sociedade politicamente organizada. [222]

Pound irá ideologizar, então, uma *justiça judiciária*[223] ajustável e captadora dos escopos sociais, políticos e econômicos (metajurídicos), conforme preconizado por uma visão instrumentalista e dogmática do processo, a fim de realizar o direito e a "justiça" da lei.

Nesse sentido, mesmo sem explicitar a adoção das ideias de Roscoe Pound, verificamos em Daniel Mitidiero a adoção da concepção de uma *justiça judiciária* que, na construção de precedentes, irá utilizar de escopos metajurídicos apreendidos pelo solipsismo e experiência dos julgadores:

> A interpretação varia de acordo com a posição assumida pelo intérprete na sociedade ou diante de determinando conflito (diferentes interesses), com as suas inclinações ético-políticas (concepções de justiça), com os conceitos jurídicos de que se vale (concepções dogmáticas) e com os argumentos interpretativos eleitos (métodos interpretativos) – e é justamente por essa razão que a *vida do Direito*, concretizada na sua interpretação e aplicação, não depende *apenas da lógica*, mas é antes de tudo *experiência* (*'the life of the law has not been logic: it has been experience'*).[224]

Nesse sentido, verifica-se que a jurisprudência sociológica de Roscoe Pound tem reflexos diretos na construção da noção de precedente, pois a sua interpretação e aplicação buscam a análise de escopos sociológicos, políticos e econômicos somente capturáveis pela experiência dos julgadores e tribunais.

---

[219]CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes judiciais ou "direito jurisprudencial mecânico"?. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 79-94, jan./mar. 2016, p. 90.
[220] CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes judiciais ou "direito jurisprudencial mecânico"? cit., p. 90
[221] CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes judiciais ou "direito jurisprudencial mecânico"? cit., p. 90
[222] POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do Direito**, cit., p.54
[223] POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. São Paulo: IBRASA, 1965, p. 67-98.
[224] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p. 66.

Ante ao que expusemos, em suma, os precedentes são criados a partir de decisões judiciais, que irão servir como um vetor para a interpretação de casos futuros e análogos, vinculando-os ao precedente.

Entretanto, ao consignarem a construção e aplicação dos precedentes a partir de uma decisão judicial (de-cisão[225]) para se configurar a segurança jurídica, colocando a jurisdição no centro do processo e alçando-os à categoria de norma e fonte do direito, os autores supracitados não percebem a continuidade dos paradigmas de Estado Liberal, Social e Procedural (Dogmáticos) implementada na noção de precedente.

Ao analisar essa perspectiva, coadunamos com a refutação crítica feita por Rosemiro Pereira Leal para quem os precedentes devem ser construídos a partir de uma *teoria processual*, sendo compreendidos como instituto jurídico-processual e não como uma maneira de construção do direito a partir da atividade interpretativa jurisdicional. Há, portanto, a necessidade de se colocar o *devido processo* na centralidade do sistema jurídico e não a jurisdição, como pretendido pelos precedentalistas:

> O que se põe em relevância à compreensão do instituto do *precedente* é o afastamento do *primado da jurisdição* que caracteriza o Estado Dogmático (Liberal e Social de Direito) para, em seu lugar, instituir o *devido processo* como centro do sistema jurídico do Estado Democrático, exigindo sempre, à formação jurisprudencial por cadeia de precedentes, a ser uniformizada, na construção das decisões, o crivo construtivo do *devido processo legal*, que é o conjunto de procedimentos processualizados à consolidação da 'segurança jurídica, liberdade e igualdade' (tão solicitadas pelos jurisdicionalistas!) como direito fundamental constitucionalizado no Brasil (art. 5º, LIV e LV, da CF/88). Nos Estados Democráticos, não é a atividade jurisdicional *per se* que vai promover a tão almejada unidade do direito por uma fundamentação *secundum conscientiam* (cognitivismo interpretativo do positivismo lógico), mas uma fundamentação egressa da *cognitividade objetiva* das estruturas lógico-discursivas da procedimentalidade processualizada que legitima a construtividade dos *precedentes* no âmbito de uma *decisão jurídica*, não mais de uma instrumental *de-cisão judicial* a partir de uma razão performativa do saber jurisdicional. [226]

É preciso, portanto, construir uma teoria dos precedentes pela via processual de uma decisão jurídica[227] e não judicial (ou jurisdicional) advinda de uma mente infalível dos julgadores, eis que sua construção e aplicação deve-se dar compartilhadamente por todos sujeitos processuais com a observância da principiologia do contraditório, ampla defesa e

---

[225] A de-cisão consiste na cisão com o sistema processual pela busca de finalidades metajurídicas, não passando de uma continuidade do solipsismo judicial "pelo *cognitivismo* cartesiano de um sujeito eternamente conhecedor por um pensamento inerente a um dever congênito de racionalidade". LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p. 301.

[226] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p.305.

[227] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

isonomia, a fim de que os precedentes possam ser submetidos "a uma fiscalidade irrestrita e incondicionada e constitucionalizada procedimentalmente". [228]

A construção de um precedente jurídico (não jurisdicional), a partir da decisão jurídica, possibilita o afastamento de metodologias interpretativas (regras jurisprudenciais de interpretação) que excluem as partes da construção, aplicação, revisitação, testificação e extinção de direitos no Estado Democrático de Direito.

O princípio da legalidade também deve balizar a construção e aplicação do instituto jurídico-processual do precedente, "descartando-se o império do protagonismo-ativismo judicial inerente à *jurisprudencialização do direito*"[229], o que impossibilita quaisquer mitigações do espaço processual de argumentação das partes, na medida em que o precedente deixa de ser construído pelos sentimentos, convicções, ideologias, ética e senso de justiça dos julgadores e tribunais.

A procedimentalização processualizada de construção, aplicação e desconstrução dos precedentes é que afasta a *força de lei*[230] na compreensão da segurança jurídica, na medida em que a instituição constitucionalizada crítico-normativa do processo torna-se fonte de legitimidade do "ato jurisdicional pela aplicação dos vetores da ampla defesa, da isonomia e do contraditório a garantir o espaço dialógico-participativo-decisório". [231]

Assim, é importante a conjectura de uma teoria processual do "precedente à brasileira"[232], que no entendimento de Rosemiro Pereira Leal "há de assumir significado compatível com o paradigma de Estado Democrático", para se tenha ampla fiscalidade dos atos decisórios e se afaste de uma concepção dogmática dos precedentes e da segurança jurídica, sob pena do Estado assumir "a configuração hobbesiana de entidade poderosa, holística, regido pelo voluntarismo das autoridades jurisdicionais que lhe conferem escopos metajurídicos de, como Estado-Juiz, realizar uma *transcendental justiça* para todos pela retórica do ativismo e garantismo de direitos fundamentais nunca implementáveis". [233]

Coadunamos, pois, com o posicionamento de Gabriela Oliveira Freitas:

---

[228]PENNA, Saulo Versiani. **A decisão de efeito vinculante na teoria do processo jurídico contemporâneo**: sua legitimidade sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2004, p. 67.

[229] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p. 95.

[230] Sobre a força de lei remetemos o leitor ao segundo capítulo da presente pesquisa.

[231] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p. 94. Caso contrário, "a segurança jurídica seria adquirida por uma *decisão* jurisdicional no sentido tradicional de que '*o juiz dita o direito*' por uma interpretação solitária, não mediada pelo *processo* como lugar estruturante e preparatório da *decisão*". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, cit., p.95.

[232] BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 740.

[233] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p.309.

> Diante da atual conjuntura processual, não só é possível, sendo também necessário, que ocorra a utilização de precedentes no sentido de buscar-se a uniformização de jurisprudência desde que a busca pela referida uniformidade sobre a interpretação do direito seja construída pela ampla participação dos interessados e não por um ato solitário e solipsista dos julgadores, como ocorre atualmente no direito brasileiro.
> Percebe-se, por conseguinte, que deve ser garantida às partes interessadas a participação na construção do provimento jurisdicional uniformizador da norma a ser aplicada no caso em que são partes.[234]

O CPC/2015 traz em seu texto a incorporação do uso do *direito jurisprudencial*[235], principalmente pela adoção de um sistema de precedentes vinculantes.[236] Vale dizer que, a partir da leitura do artigo 966, inciso V, §5º do CPC/2015[237], os precedentes são alçados à categoria de norma jurídica, conferindo-lhes *força de lei*, pois passíveis, inclusive, de ação rescisória quando não aplicados.

O precedente, ao ser alçado como norma, acaba por deixar à margem os ganhos advindos do Estado Democrático de Direito, uma vez que certamente não está em consonância com o princípio da legalidade, ou seja, o precedente ainda é uma criação jurisdicional do pensamento infalível e salvífico dos julgadores, sem a observância da constitucionalidade democrática.

Esse alerta é feito por Maurício Ramires de que "o âmago do problema da arbitrariedade judicial na invocação de precedentes, portanto, está na combinação destes dois fatores: a elevação do julgado ao *status* de lei geral e a existência de precedentes antagônicos, adaptáveis a todas as 'necessidades'".[238]

É a conferência de força de lei que ainda mantém a teoria dos precedentes presa à exceção cotidiana e à concepção instrumentalista do processo, que permite a criação do direito pelo Estado-Juiz, excluindo o processo como referente do sistema jurídico. Por isso

---

[234] FREITAS, Gabriela Oliveira. **A uniformização de jurisprudência no Estado Democrático de Direito**, cit., p. 110.

[235] A expressão direito jurisprudencial é utilizada por Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Flávio Pedron e Alexandre Bahia como gênero, o qual possui como espécie enunciados sumulares, decisões em casos repetitivos, acórdãos, sentenças. THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentação e sistematização**, cit., p. 385.

[236] A despeito da existência do debate sobre se o CPC/2015 adota ou não um sistema de precedentes, coadunamos com Antônio Aurélio Viana, para quem "o CPC/2015 pretende realmente instituir um modelo ou sistema de precedentes judiciais". VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**, cit., p. 167. Sobre o debate, conferir a referida dissertação.

[237] Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V - violar manifestamente norma jurídica; [...] §5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

[238] RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 45.

defendemos que o precedente no CPC/2015 deve ser entendido como instituto jurídico-processual, conforme aponta Rosemiro Pereira Leal:

> O *precedente* adotado pelo NCPC há de ser concebido como instituto processual *ad-nunc* a redimensionar todo o percurso decisório brasileiro na gradual remoção do entulho autoritário e dogmático da jurisprudência, súmulas vinculantes, súmulas corretivas, enunciados preventivos e repressivos e outros arranjos jurisdicionais, que, produzidos pela sanha interditiva de direitos fundamentais do processo de 1964 a 1988 e, mesmo com a vigência da CF/88, prosseguem ainda vigorantes em sua marcha autocrática, já adentrando o século XXI, sem que tenhamos procedimentos específicos no bojo do *devido processo legal* para excluí-los dos conquistados parâmetros de *democraticidade* do discurso coinstitucional brasileiro [...] [239]

Por fim, se faz importante trazer à baila a distinção entre precedente, jurisprudência e súmula (vinculante ou não), eis que ainda há enorme confusão sobre os referidos conceitos.

Michelle Taruffo aponta que a distinção entre precedente e jurisprudência possui um viés quantitativo que certamente afetará a perspectiva qualitativa. Para a primeira perspectiva, o precedente se refere a uma decisão particular de um caso, enquanto a jurisprudência diz respeito a uma pluralidade de casos, que podem, inclusive, ser distintos entre si. Por sua vez, na perspectiva qualitativa, o precedente fornece uma regra universalizável que pode ser aplicado como critério de decisão em um caso posterior com identidade similar, enquanto a jurisprudência não consegue, na maioria dos casos, fazer um comparativo entre os fatos.[240]

Por outro lado, a súmula consiste em ser um enunciado geral e abstrato que são editados visando a resolução de casos futuros. [241] A súmula seria, então, uma tentativa de se extrair o fundamento determinante do entendimento jurisprudencial de determinado tribunal, de forma a "facilitar a identificação pelos demais julgadores da jurisprudência dominante daquele órgão jurisdicional sobre um determinado tema".[242]

Assim, defendemos o precedente como instituto jurídico-processual, a fim de balizar a construção de decisões jurídicas e afastar da continuidade de uma concepção de segurança jurídica e do precedente ainda advindos da jurisdição como centro das decisões e do sistema jurídico, o que se propõe na presente pesquisa a partir da Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

Após essa análise, passemos a verificar alguns corolários advindos do precedente, quais sejam: *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling.*

---

[239] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p.309.
[240] TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 12-15.
[241] STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** cit., p.34.
[242] PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**, cit., p. 159-162.

4.1.1 Ratio decidendi e Obiter Dictum: a razão jurisprudencial e a órbita da autoridade

Certamente, uma das temáticas mais tormentosas em relação aos precedentes diz respeito às noções de *ratio decidendi*[243] e de *obiter dictum*. Isso porque, são noções de difícil apreensão, tanto no *common law* quanto agora no direito brasileiro.[244]

Luiz Guilherme Marinoni aponta que no *common law* a *ratio decidendi* consiste na razão de decidir, isto é, a tese jurídica ou a interpretação da norma que será consagrada no precedente. A razão de decidir não se confundiria, assim, com a fundamentação da decisão, mas estaria contida nesta. Marinoni aduz, ainda, que a fundamentação pode conter várias teses jurídicas e considerá-las de modo diferenciado. [245]

Ainda no *common law*, Neil Duxbury, citado por Marinoni, aponta que a *ratio decidendi* pode significar a razão para a decisão e razão para decidir. Nesse sentido, afirma o jurista britânico que não é possível concluir que a *ratio* de um caso necessite de raciocínio jurídico, mas que este poderá ter papel importante na consecução desta. A *ratio* seria, então, mais que o próprio raciocínio jurídico, pois diversos raciocínios podem não constituir parte da *ratio*. [246]

Com efeito, a *ratio* afeiçoa-se no "enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto".[247] Assim, a *ratio decidendi* torna-se a regra jurídica a ser utilizada para fundamentar a decisão do caso, mas que por si só não pode ser considerada, diante da necessidade de ter correspondência com o caso solucionado. Para Lenio Streck e Georges Abboud, a *ratio decidendi* teria função de ser fundamento jurídico ao caso e de evitar uma decisão arbitrária.[248]

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira defendem que a *ratio decidendi* é derivada de interpretações criativas realizadas pelo magistrado, em que se tem uma norma geral e uma individual para o caso solucionado:

---

[243] No direito norte-americano a *ratio decidendi* é chamada de *holding*.

[244] É o que adverte Thomas da Rosa de Bustamante: "É trabalho do aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma. Mas a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação constituem algo ainda fortemente controvertido. Talvez este seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*". BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

[245] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, cit., p. 162.

[246] DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**, cit., p. 67.

[247] STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** cit., p.46.

[248] STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** cit., p.46.

> É importante assentar o seguinte: ao decidir um caso, o magistrado cria (reconstrói), necessariamente *duas normas jurídicas*. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constituiu a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para a análise.[249]

Destarte, a *ratio decidendi* advém de normas adscritas na fundamentação que o juiz dará em sua decisão, buscando regras que possam se tornar paradigmas para a resolução de casos futuros[250], sendo este o elemento vinculante do precedente.

No entanto, a extração da *ratio* é uma temática de enorme complexidade, eis que se verifica na história a criação de inúmeros métodos que possibilitam encontrar a *ratio decidendi* de uma decisão. Nesse caminho, Maurício Ramires informa que Karl Llewllyn, em 1960, havia identificado 64 modos distintos para se encontrar a *ratio decidendi* de um caso e que certamente hoje já surgiram diversas outras maneiras de encontrá-la. [251]

Especificamente no direito brasileiro, Lucas Buril de Macêdo aponta que a extração de uma norma (*ratio decidendi*) de um precedente judicial sempre dependerá do conjunto normativo, das razões que lhe estão submetidas e das circunstâncias apresentadas no caso. Assim, para Lucas Buril, "não é possível, portanto, estabelecer um método de definição da *ratio decidendi* (norma do precedente) como superior ou correto *a priori*, sua compreensão deve ser guiada à luz das circunstâncias do caso concreto e pela dimensão argumentativa do Direito". [252]

---

[249] DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, cit., p. 457.

[250] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais, cit., p. 271.

[251] RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**, cit., p. 69. "Para exemplificar, podem ser citadas as seguintes, dentre as mais influentes: (a) *Teste de Wambaugh* – segundo o qual o que constitui a *r.d.* é a regra geral sem a qual o caso teria sido decidido de outra maneira; (b) *Teste de Goodhart* – que preconiza que a *r.d.* deve ser encontrada começando de uma maneira negativa, excluindo-se o que ela *não* é, e depois determinando os fatos do caso tratados pelo juiz como fundamentais (*material facts*), e sua decisão exclusivamente no que se refere a eles; (c) *Teste de Oliphant* – derivada do funcionalismo jurídico, propõe que os fatos que deram origem à decisão sejam vistos como um estímulo, e que a decisão seja tomada como resposta a este estímulo, de modo que a *r.d.* não seria mais do que a combinação estímulo-resposta; (d) *Fórmula Scalia* – criada pelo Juiz da USSC Antonin Scalia, procura estabelecer um meio 'neutro' de identificar o nível de generalidade de um *holding* (e, assim, a sua extensão a casos futuros), tomando a decisão do caso e generalizando-a aos poucos, até se chegar ao nível mais específico em que um direito constitucional assegurado pode ser identificado." RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**, cit., p. 69. Conferir, também, PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**, cit., p. 173-175.

[252] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, cit., p. 322.

É por esse motivo que Ravi Peixoto defende que ao intérprete caberá a busca, por meio de uma análise do precedente, de seus fatos, fundamentação e conclusão do magistrado, da *ratio decidendi* aplicável ao caso concreto.[253]

Nessa perspectiva, Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Flávio Pedron e Alexandre Bahia apontam que o precedente deve ser considerado como *ponto de partida* para a atividade interpretativa:

> Ocorre que, como já pontuado anteriormente, no *common law* os precedentes são *starting points* (*principium*) dos fundamentos jurídicos que venham trazer, ou seja, um julgado (ou conjunto deles) somente se tornará precedente se em aplicação analógica futura se verificar que seus fundamentos determinantes se aplicam ao caso futuro devido às suas identidades jurídicas e fáticas. O precedente no *common law* é um ponto de partida, quando de modo recorrente entre nós é visto como ponto de chegada. O *animus* no uso de precedentes no *common law* não é o engessamento, mas o esclarecimento e, assim, ele não fecha o debate, mas o dinamiza: uma vez trazida uma decisão do passado – e, por vezes, confrontada com outras – e feitas as discussões sobre qual é (e o que significa) a *ratio decidendi* -, tudo isso sempre a partir dos problemas que o novo caso coloca -, então se percebe o poder de dinamização de um sistema que use tais técnicas, talvez mais que em um sistema apegado a enunciados gerais e abstratos. Quer-se usar precedentes por aqui para pausterizar entendimentos quando ele foi e é pensado para melhorar debates sobre 'que direitos as partes têm em um dado sistema jurídico'. [254]

Enquanto a *ratio decidendi* seriam as razões determinantes para a decisão, o *obiter dictum* será o enunciado ou a interpretação jurídica que, contidos na decisão, não possuem conteúdo para a solução da demanda, sendo irrelevantes para a decisão final. [255]

O *obiter dictum* seria um argumento incidental, ou seja, tudo aquilo que não é capaz de se configurar como *ratio decidendi*, definindo-o, assim, por exclusão. Segundo Lucas Buril, o *obiter dictum* não é objeto de debate nem entre os julgadores, e consta apenas da fundamentação de um único julgador nos órgãos colegiados. Por isso, o *obiter dictum* constitui apenas em passagens, argumentos laterais, de mero reforço das razões principais, motivo pelo qual não podem ser usados como referente normativo, ou seja, como *ratio decidendi*. [256]

Neil Duxbury aponta que o *obiter dictum* pode aparecer sob diversas formas, sendo desnecessário para o resultado, ou desconectado dos fatos do caso ou até mesmo dizer

---

[253] PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**, cit., p. 175. Ainda segundo o autor, "uma definição que pode ser apresentada é que ela(s) será(ão) o resultado da interpretação da(s) solução(es) adotada(s) pelas decisões de casos análogos anteriores como um passo suficiente para alcançar a sua conclusão para o ponto ou questão em análise. Em outras palavras, a *ratio decidendi* será a norma jurídica extraída dos precedentes (textos)". PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**, cit., p. 175

[254] THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentação e sistematização**, cit., p. 408.

[255] STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** cit., p.47.

[256] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, cit., p. 338.

respeito a algum ponto que nenhuma das partes chegou a argumentar, sendo formulado pelo juiz com menos cuidado do que se fosse uma *ratio decidendi*. [257]

No direito brasileiro, ainda segundo Lucas Buril, o *obiter dictum* consistiria nos fundamentos "que se refiram a pedidos não realizados e a causas de pedir não formuladas, pois extrapolam a ação exercida pelo autor e debatida pelo réu, o que faz ilegítimo o precedente nesses pontos". [258]

Para Ravi Peixoto, a forma mais adequada para se identificar o *obiter dictum* seria pelo seu caráter residual, por meio de "referência às proposições insuficientes a solucionar questões ou pontos" que irão surgir na demanda e aquelas que resolvem temáticas que sejam irrelevantes para a formação do precedente. [259]

Apesar de ser irrelevante para a construção da decisão, o *obiter dictum* pode se transformar em *ratio decidendi* nos casos posteriores, hipótese em que, o julgador subsequente, ao observar determinado precedente, transforma o *obiter dictum* na *ratio decidendi* de sua decisão, "o que enseja a sua elevação ao *status* de norma".[260] Ainda, do mesmo modo que é possível o *obiter dictum* se tornar *ratio*, o contrário também é possível, ou seja, é possível que o julgador "trate a norma do precedente como se não fosse obrigatória".[261]

Em resumo, podemos afirmar com Lenio Streck e Georges Abboud as noções de *ratio decidendi* e *obiter dictum*:

> A importância de se delimitar a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* é fundamental no sistema de *stare decisis*, a fim de se revelar o precedente jurídico que será fundamental para a solução de novos casos.
> Outrossim, a doutrina destaca a dificuldade inclusive para se definir o que é vinculante (*binding element*) dentro do precedente. Dentre essas dificuldades, conforme expusemos, a principal delas é a distinção entre o que caracteriza a *ratio decidendi* de um caso e o que é simples *obiter dicta*. A *ratio decidendi* configura a regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controvertida (lide). A *obiter dicta* consiste no conjunto de afirmações e argumentos contidos na motivação da sentença, mas que não constituem fundamentos jurídicos da própria decisão. [262]

A partir da premissa utilizada na presente pesquisa, de que o processo é uma instituição constitucionalizada que visa a implementação de direitos fundamentais, composta

---

[257] DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**, cit., p. 68.
[258] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, cit., p. 339.
[259] PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**, cit., p. 190.
[260] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, cit., p. 340. Para Ravi Peixoto, "é inegável que o *obiter dictum* também possui importância na dinâmica dos precedentes, eventualmente se desenvolvendo para se tornar uma *ratio decidendi*, auxiliando na resolução de um caso sem precedentes anteriores". PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**, cit., p. 191.
[261] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, cit., p. 341.
[262] STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** cit., p.48.

pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, a se permitir a construção de provimentos legitimados, infere-se que a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* ainda estão intimamente conectados a uma *razão jurisprudencial*[263] e à *órbita da autoridade*, pois a extração, definição, interpretação e aplicação continuam a cargo dos juízes e julgadores.

Vale dizer, a *ratio decidendi* ainda se constitui na razão de decidir somente revelável pela autoridade do Estado-Juiz, enquanto o *obiter dictum* são fundamentos que orbitam sobre a razão jurisprudencial, sendo escolhidos pelo julgador quando serão ou não utilizados para a formação e aplicação do precedente, daí a denominação órbita da autoridade.

Uma das problemáticas geradas é a manutenção de decisões criativas advindas do Estado-Juiz, que irão interpretar e extrair a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* a partir de sua conveniência, interesse e sensibilidade. Certamente, nessa perspectiva, "o *sentimento dos juízes* passa a ser, então, o *eixo central de legitimidade do Direito*, o qual, inclusive, deve ajustar-se às determinações jurídicas por eles criadas, escolhidas e desejadas"[264], o que se incompatibiliza com os ditames do Estado Democrático de Direito.

Com a centralidade da jurisdição na obtenção das noções advindas do precedente, gera-se a imposição de uma interpretação unicamente do decisor, como alerta Rosemiro Pereira Leal:

> Aqui o intérprete prodigiosamente desenvolve uma compreensão por *argumentos* (cuja lógica e teoria da linguagem não se explicitam) que se rotulam linguísticos e sistemáticos habilmente manejáveis pela experiência e talento (razão) pseudocientífico do julgador. Claro que ninguém exclui a interpretação, como leitura da palavra escrita, para experimentar operações mentais; entretanto, dizer que a palavra escrita (*written word*) não traz em si sentido algum na formação de juízos oracionais, cabendo somente à atividade interpretativa, ante as palavras, gerar por si uma *norma* a estabelecer coerência e universalidade pelas intenções de *segurança jurídica* do decisor judicial, é negar por milênios a comunicação humana, ainda que só eficiente na organização dos exércitos, das guerras, da técnica da fabricação das armas, das sentenças interditais da criação estratégica de incontáveis (infinitos) tipo de dominação que cruelmente marcam a história planetária do homem. [265]

É por isso que a extração e definição do que sejam *ratio decidendi* e *obiter dictum* não podem estar adstritas a uma interpretação inteiramente advinda da atividade solitária do

---

[263] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p. 97-113. BATISTA, Silvio de Sá. Teoria processual da relação jurídica como técnica ideológica de julgamento: uma estagnação científica. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. (Coords.). **Técnica Processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 93-121.

[264] TIVERON, Sérgio. A relação jurídica como técnica de suspensão da lei pelo poder do juiz e a ideologia da decisão judicial como atividade complementar da função legislativa e fonte criadora do direito ainda presentes no novo CPC – Apontamentos críticos à exposição de motivos. *In*: ROSSI, Fernando. *et. al*. (Coords.) **O Futuro do Processo Civil no Brasil**: uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 603.

[265] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p.300.

julgador, sob pena da jurisdição tornar-se um obstáculo à implementação de direitos fundamentais, principalmente porque a razão jurisprudencial imunizaria os pontos de partida do precedente da crítica e da testabilidade[266], somente exercitável pelo devido processo.

Diante da imunidade à fiscalidade incessante advinda da processualidade, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* são mecanismos que mantém "a *auctoritas* regente da interpretação", sendo "inevitável a manipulação (monopólio) do sentido normativo pelo Estado-juiz, tornando *não refutável* e não falseável o saber-poder da autoridade-intérprete que exerce sua judicância como integrante dogmático de uma *sociedade tribal* (Popper) não aberta à crítica". [267]

A submissão à razão jurisprudencial gera um enorme *déficit* de legitimidade, eis que, no Estado Democrático de Direito, a interpretação se dá de forma compartilhada e dialógica (processualizada), por todos sujeitos processuais, sem quaisquer protagonismos ou monopólios na interpretação e aplicação do direito.

Com a extração da *ratio* e do *obiter* ainda adstrita aos julgadores, torna-se possível a manipulação do sentido normativo, como uma técnica de dominação mantenedora do saber-poder da autoridade de juízes e tribunais, que implementam a violência no direito e pelo direito para uma suposta segurança jurídica. Sobre o monopólio dos sentidos, alerta 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 do que o da *manipulação dos sentidos*. Aquele que manipula os sentidos do discurso, transforma-se no árbitro todo-poderoso da comunidade para a qual define o que venha a ser valor e antivalor; é ele quem 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 de sempre demonstraram, só o que sabe quer, só o que sabe pode, só o que sabe faz. [268]

---

[266] O problema que se gera a partir de uma imunização dos pontos de partida (dogmática) é o uso tópico dos precedentes. Os argumentos baseados na tópica são advindos do senso comum reiterado, não sendo possíveis de se investigar e questionar os pontos de partida de tais argumentos. Segundo Dhenis Cruz Madeira, a tópica consiste em uma "*técnica argumentativa baseada nos chamados lugares-comuns da argumentação e dirigida à resolução de problemas específicos inseridos no discurso*", que é "quase sempre, utilizada para o convencimento do(s) interlocutor(es), sendo apoiada em argumentos – os chamados *topoi*, de onde advém o termo 'tópica' – aceitos por todos, pela maioria ou pelos mais sábios e famosos". MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica**: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo, cit., p. 21. Certamente a tópica não se compatibiliza com o discurso processual democrático, por impedir a construção crítica das decisões estatais por todos do povo. Sobre os estudos da tópica como base para a Ciência Dogmática do Direito, cf.: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

[267] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 374.

[268] LOPES, Edward. **Discurso, texto e significação**: uma teoria do interpretante, cit., p. 04.

Por fim, essa perspectiva ainda mantenedora do Estado-Juiz na construção da *ratio* e do *obiter* pode gerar problemas como o do "marco zero interpretativo"[269] e da "hiperintegração do direito"[270], com a manutenção do "manicômio jurisprudencial"[271] ou de uma padronização decisória irrefletida que preza apenas pela produtividade e eficiência quantitativa do sistema. Isso porque, o julgador poderá, de modo solipsista, escolher a quais casos o precedente irá se aplicar, sem que as partes participem do debate processualizado.

Conclui-se que, para a extração, definição, interpretação e aplicação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*, certamente deve-se perpassar pelo devido processo como o referente lógico do ordenamento jurídico, pois só assim "é possível identificar um *sistema democrático* pela coinstitucionalização respectiva de direitos à vida humana, liberdade e dignidade, para toda a *comunidade jurídica de legitimados ao processo*". [272]

4.1.2 As técnicas da distinção (distinguishing) e superação (overruling)

Primeiramente, antes de adentrarmos especificamente nas técnicas da distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*), se faz necessário demarcarmos a noção da palavra técnica a ser utilizada na presente pesquisa.

A técnica processual (procedimental), conforme já exposto no primeiro capítulo, deve

---

[269] O "marco zero interpretativo" consiste no fato de que juízes e tribunais decidem determinada lide de forma totalmente distinta do que já haviam decidido em lides semelhantes, como se nunca houvessem proferido decisões sobre a temática, conforme seu livre convencimento. É o que apontam Alexandre Bahia e Dierle Nunes: "em face da pressuposição brasileira de que os Ministros (e juízes) devam possuir liberdade decisória cria-se um quadro de 'anarquia interpretativa' na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do tribunal julgam a partir de um 'marco zero' interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes". BAHIA, Alexandre. NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do "marco zero interpretativo". *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (Coord.). **Reforma do processo civil**: perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 91.

[270] Para Maurício Ramires, a hiperintegração se dá "quando se tenta tratar casos distintos como objetos de uma mesma regra geral". Ainda pontua o autor: "Há a hiperintegração na interpretação quando os fatos de um caso com alguma especificidade e restrição acabam se tornando um parâmetro geral para casos subsequentes que não guardam suficientes padrões de identificação com ele. É como se uma decisão singular inaugurasse uma nova afinação da orquestra, e todo o restante da prática jurídica se modulasse por ele, de forma nem sempre pertinente". RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**, cit., p. 105 e 109.

[271] A expressão é de Ronaldo Brêtas, para quem o manicômio jurisprudencial ocorre "quando os acórdãos lavrados pelos Tribunais Regionais Federais desconhecem sumariamente a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, no exercício da chamada jurisdição constitucional, atentando contra a ordem jurídica constitucional, a estabilidade do direito e a segurança jurídica". BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p.184. Importante pontuar, aqui, que a segurança jurídica deve ser lida a partir da premissa já apresentada nesta pesquisa, como legitimidade advinda do devido processo. Ademais, não defendemos que o STF será o órgão garantidor de segurança jurídica, pelo fato de que o processo viria a se tornar mero instrumento da jurisdição constitucional. É o processo como instituição que se permitirá a fiscalidade incessante dos atos jurisdicionais.

[272] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 373.

ser alinhada por via da epistemologia quadripartite, ou seja, não pode ser dissociada da ciência, da teoria e da crítica, sob pena de se tornar mera tecnologia a serviço da autoridade.

Certamente é após os estudos realizados por Elio Fazzalari[273] que a técnica procedimental ganha maior relevância para a construção de decisões que se afastam do solipsismo dos julgadores. No entanto, é com a epistemologia quadripartite que a técnica procedimental recebe contornos que permitem o seu uso para a efetivação de direitos fundamentais pela via do processo constitucionalizado (coinstitucionalizado) e de sua principiologia institutiva, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

Aroldo Plínio Gonçalves, com base nos ensinamentos de Lalande, informa que a técnica é o "conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades"[274], ou seja, um conjunto de procedimentos para a consecução de fins úteis.

No mesmo caminho, Rosemiro Pereira Leal aponta a possibilidade de se demarcar a técnica como "estrutura de atos sequenciais à produção de fins" que, ao serem decompostos em "atos legalmente objetivos", permitem e possibilitam que os conteúdos decisórios "não se façam, na contemporaneidade, pelo autorrefletir da autoridade". [275]

Assim, há que se teorizar a técnica como "proceder que se estrutura por atos jurídicos sequenciais" para assumir uma visão que irá trazer ganhos democráticos para o sistema jurídico ao possibilitar a autoilustração e a autoinclusão de todos na fruição de direitos e garantias fundamentais. [276]

Desta feita, discordamos e refutamos criticamente o posicionamento de José Roberto dos Santos Bedaque, que confunde as noções de formalismo e técnica, vislumbrando-a como um imbróglio aos escopos políticos, sociais, econômicos do processo como mera metodologia de resolução de conflitos a serviço da jurisdição.[277]

Segundo Bedaque, a técnica pode ser "concebida como exigências formais ao

---

[273] Para Elio Fazzalari "o procedimento se apresenta, pois, como uma sequência de 'atos', os quais são previstos e valorados pelas normas". FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. Trad. 8. ed. Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 114. Ou seja, o procedimento é uma estrutura técnica de atos sequenciais até o provimento final. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.87-113. Inclusive é essa uma das razões pela qual Ronaldo Brêtas denominou a teoria do processo de Elio Fazzalari como Teoria Estruturalista do Processo, eis que o procedimento é uma "*estrutura normativa*, expressão utilizada oito vezes por Aroldo Plínio, no texto em que explana referida teoria, também adotada pelo próprio Fazzalari, como realçado, é que nos leva a chamá-la de *teoria estruturalista*". BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p. 113.

[274] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, cit., p.16.

[275] LEAL, Rosemiro Pereira. Da técnica procedimental à ciência processual contemporânea, cit., p.06-07.

[276] LEAL, Rosemiro Pereira. Da técnica procedimental à ciência processual contemporânea, cit., p.07.

[277]BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 73-116.

desenvolvimento do processo, tanto em relação aos atos processuais como ao próprio julgamento do mérito". [278] Para o jurista paulista, a técnica processual e o formalismo irão interromper a consecução de escopos magnos do processo e a realização da paz social, pois a exigência absoluta da técnica e da forma não contribuem para a eliminação de litígios de forma célere e efetiva. [279]

Nesse sentido, Bedaque defende que a flexibilização da técnica, também compreendida como forma, possibilita o aumento de poderes do juiz na realização do direito:

> Daí por que não só a técnica processual deve ser dotada de maior flexibilidade quanto à forma e aos meios – o que implica concessão de maiores poderes ao juiz, para melhor adequar o processo às características da situação concreta -, como também ele deve atuar de forma mais efetiva no desenvolvimento da relação, participando ativamente e assegurando às partes real oportunidade de participação.[280]

Infere-se da leitura de Bedaque a enorme confusão terminológica entre técnica e formalismo. Conforme expusemos, a técnica é o conjunto de procedimentos adequados para a consecução de finalidades e não para o alcance de escopos metajurídicos do processo, pois assim o devido processo é deixado ao arbítrio do juiz.

O formalismo, este sim obstáculo à implementação de direitos e garantias fundamentais, deve ser compreendido como "formas sem conteúdo, forma pela forma, sem que se vislumbre uma justificativa técnica para seu cumprimento", traduzindo-se "como uma tradição acrítica".[281] Crucial mencionar que o formalismo não se confunde com a formalidade que, por sua vez, é "necessária ao discurso processual", pois volta-se à "estabilização dos argumentos, à fiscalização recíproca dos atos dos agentes discursivos, evitando-se o arbítrio e o espaço nu".[282]

Assim, discordamos de Bedaque no sentido de que a técnica deva ser flexibilizada em nome de uma suposta paz social a ser alcançada pelas arbitrariedades do Estado-Juiz, até mesmo porque o processo como instituição constitucionalizada não comporta a "tirânica imagem do Estado-Juiz solipsista como o salvador e justiceiro de todos os problemas sociais".[283]

---

[278] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, cit., p. 80.
[279] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, cit., p. 92.
[280] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, cit., p. 105.
[281] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica**: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo, cit., p. 363-364.
[282] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica**: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo, cit., p. 363.
[283] MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O "Paradoxo de Bülow" no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial, cit., p. 59.

Com a diferenciação entre técnica e formalismo, podemos afirmar que o *distinguishing*, em português distinção, é uma "técnica essencial no sistema de precedentes", eis que "possibilita à parte demonstrar que seu caso se diferencia dos precedentes ou dos padrões decisórios que gravitam em torno da matéria nele tratada"[284] e assim evitar que padrões decisórios sejam utilizados a bel prazer dos julgadores.

Dierle Nunes e André Frederico Horta apontam que a técnica da distinção pode ter duas noções, uma ampla e outra estrita. Pela noção ampla, a distinção seria o processo argumentativo ou decisional pelo qual se manifestaria um raciocínio por contra-analogias[285], enquanto o sentido estrito referiria ao resultado do processo argumentativo, ou seja, quando se alcança a efetiva diferenciação de dois casos/situações e se tem o afastamento da aplicação de determinado precedente. [286]

A técnica da distinção consiste, então, em demonstrar a ausência de similitude fático-jurídica do caso com o precedente, afastando a sua aplicação. Importante mencionar que a distinção não é apenas uma técnica a ser realizada pelas partes, mas, também, pelo julgador.[287]

Ainda segundo Dierle Nunes e André Horta a aplicação da distinção pode resultar em duas consequências, quais sejam: a redução do campo de incidência do precedente ou a limitação da aplicação do precedente devido à existência de especificidades que não permitem o mesmo tratamento do precedente ao caso em julgamento. [288]

Apontam os autores que a distinção pode ocorrer em menor e maior grau, dependendo sempre da discussão valorativa em relação aos fatos do caso e do precedente, o que acarretará em sua aplicação ou não:

> Tendo em vista que jamais um caso será igual ao outro, o *distinguishing* pode ser sempre realizado em maior ou menor grau, e, embora necessária, mais importante do que a discussão acerca da diferença material entre os fatos do precedente e do caso

---

[284] NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. (Org.). **Precedentes** - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 301. v. 3.

[285] NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução, cit., p. 311. Apontam os autores que o raciocínio por contra-analogia ocorre quando "se entenda que a ambos os fatos devam ser atribuídas consequências distintas". NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução, cit., p. 311.

[286] NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução, cit., p. 311.

[287] Nesse aspecto, o CPC/2015, ao tratar da fundamentação das decisões, dispõe que a decisão que não realizar a distinção não é considerada fundamentada: "Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

[288] NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução, cit., p. 314.

> presente é a discussão valorativa acerca desses fatos, isto é, o debate sobre a relevância normativa das comparações entre esses fatos e sobre em que medida tais comparações são substanciais e podem levar à aplicação da norma jurisprudencial ou à sua rejeição. [289]

Dentro da perspectiva da Teoria Neoinstitucionalista, a distinção deve ser demonstrada de forma a apontar a diferenciação entre causa de pedir e pedido da lide em julgamento para a lide que deu origem ao precedente, sempre em observância aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, além da argumentação das partes constantes do processo. Isso pois, "só *casos iguais* pela *causa petendi* é que podem gerar entre si coerência, integridade e estabilidade para comporem uma cadeia precedencial absolutamente correlacionável à formação de uma *jurisprudência dominante* objetiva"[290] sem que a distinção se torne um mecanismo hermenêutico apenas jurisdicional.

Caso contrário, a não distinção da lide em julgamento do precedente a ser aplicado, dar-se-á de modo a buscar celeridade e efetividade pela resolução massiva de conflitos que chegam aos órgãos jurisdicionais, sem observância da ausência de similitudes fáticas e jurídicas constantes da *causa petendi*[291]. Assim, sem a distinção, os padrões decisórios tornam-se inquestionáveis e irrefutáveis, sendo replicados freneticamente e a qualquer custo pelo Estado-Juiz, certamente com graves consequências como os problemas de hiperintegração do direito e do manicômio jurisprudencial já mencionados.

Ao se entender a técnica da distinção como mero formalismo que impede a fruição das finalidades econômicas, sociais e políticas do processo, como pretende Bedaque, certamente os julgadores, de modo solipsista, irão afastar a distinção como "escusa para o Judiciário deixar de analisar, profunda e detidamente, os casos que lhe são submetidos" [292], sem se atentarem para os argumentos de fato e de direito elencadas pelas partes durante o percurso procedimental que poderão levar à distinção da sua lide.

Com efeito, defendemos o uso da distinção como técnica, que complementada pela

---

[289] NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução, cit., p. 316.

[290] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p.304-305.

[291] "A *causa de pedir* (*causa petendi*) desdobra-se em *próxima e remota*. A *causa próxima* expressa-se pelos fundamentos jurídicos existentes na lei positiva que dão suporte à pretensão manifestada, enquanto a *causa remota* se define pelas alegações de situação fática de *licitude* do pretendente ao reconhecimento de direitos em face de outrem que se lhe contrapõe em situação de *ilicitude*. Articulam-se as referidas *causas de pedir* pelo princípio lógico-jurídico da *consubstanciação* que determina a explicitude de todos os aspectos de inteligibilidade da pretensão suscitada. Observe-se que a lei abstrata e os fatos da existência objetiva não se articulam por si mesmos para gerarem posições jurídicas em proveito das partes. Daí os atos e as alegações lógico-jurídicas, segundo o modelo legal, vão gerar a *estrutura* (fenômeno jurídico) dos procedimentos até o provimento final". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 219.

[292] NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução, cit., p. 331.

ciência, teoria e crítica, certamente contribuirá para que o processo venha a implementar direitos e garantias fundamentais com a inclusão das partes na construção dos provimentos. É a distinção, portanto, que possibilitará o afastamento de um precedente inadequado à lide sob julgamento, com a criação de um amplo espaço processual de argumentação entre todos os sujeitos processuais.

É por isso que tal técnica não pode ser relegada pelas partes nem pelos magistrados, sob pena de não se ter uma adequada apreciação e afastamento do precedente à lide em debate, o que acarretará perda de legitimidade na decisão final.

Outra técnica deveras relevante para a aplicação ou não dos precedentes é a denominada superação ou *overruling*.[293] É por meio da referida técnica que não haverá o engessamento e a petrificação do direito pelos precedentes, eis que diante do exercício da crítica processualizada o entendimento poderá ser revogado.

Diferentemente da técnica da distinção, que é exercida por todos os sujeitos processuais (partes, juízes, Ministério Público), a superação é feita pelo próprio tribunal que deu origem ao precedente.[294]

Ravi Peixoto consigna que o *overruling* é a técnica de superação "de um entendimento anterior sobre o mesmo objeto agora em julgamento" e é um mecanismo de tornar o sistema de precedentes (*stare decisis*) mais dinâmico e sem engessamentos. O uso da técnica da superação traria duas regras impositivas, sendo uma em relação ao entendimento já superado e outra em relação ao novo precedente, com a afirmação de que este agora é o entendimento a ser utilizado e seguido. [295]

A superação do entendimento firmado no precedente pode ocorrer de forma radical ou pode decorrer aos poucos, paulatinamente, em que, ao final, ter-se-á a modificação total do precedente. A superação do precedente pode se dar de modo implícito ou explícito, sendo que fazemos coro a Ravi Peixoto diante da necessidade de se fundamentar o abandono do precedente,[296] refutando a possibilidade de superação implícita, na medida em que dificulta a

---

[293] Daniel Mitidiero aponta que "um precedente pode ser alterado de forma integral (*overruling*) ou parcial (*overturning*). Nesse último caso o precedente pode ser reescrito (*overriding*) ou transformado (*transformation*)". MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p.119.

[294] Nesse sentido, o tribunal inferior deverá realizar a técnica da distinção para não aplicar o precedente advindo de outro tribunal.

[295] PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**, cit., p. 197-198.

[296] É o que dispõe, inclusive, o §4º do art. 927 do CPC/2015: "Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] §4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência 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". Vale ressaltar, nesse ponto, a necessidade de observância do devido processo legal, a fim de que segurança jurídica seja compreendida como legitimidade, conforme defendido no presente trabalho.

compreensão e aplicação do próprio precedente. [297]

Luiz Guilherme Marinoni, baseando-se em Melvin Aron Eisenberg, defende que a superação/revogação do precedente irá ocorrer quando este não corresponder mais aos padrões sociais, na medida em que se negará proposições morais, políticas e de experiência ou quando o precedente não tiver mais consistência sistêmica, sem guardar coerência com outras decisões.[298]

Na mesma linha, defende Ravi Peixoto, que ainda destaca Enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

> O precedente não teria mais congruência social a partir do momento em que há uma incompatibilidade entre esse entendimento e a própria mudança fática da sociedade. A congruência sistêmica seria a relação entre determinado entendimento e o ordenamento jurídico como um todo. Deverá demonstrar o julgador que a concepção atual do direito não é mais capaz de sustentar o precedente a ser superado. Tal concepção foi acolhida pelo enunciado n. 322, do FPPC, ao destacar que a superação de precedentes pode fundar-se, dentre outros motivos, em 'alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida'. [299]

Entretanto, discordamos veementemente do posicionamento de Marinoni e Ravi Peixoto pelo fato de que ainda baseiam a superação de precedentes em escopos metajurídicos (finalidades econômicas, políticas, sociais) que serão canalizados por um julgador/tribunal que se põe acima das partes para assumir o protagonismo das decisões.

---

[297] PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**, cit., p. 198-199. Ravi Peixoto aponta, ainda, a diferenciação entre a superação implícita da denominada *transformation* (transformação) do precedente, não obstante tenham pontos de semelhança: "As duas ocorrem sem que haja manifestação expressa da Corte sobre a superação do precedente, muito embora tanto em uma como na outra seja possível constatar a negação do conteúdo do precedente. A grande dessemelhança entre elas seria a forma de argumentação do tribunal. Enquanto na superação implícita tem-se um novo precedente, embora não se faça menção expressa à mudança de posicionamento, na transformação o precedente é efetivamente incompatível com o anterior, mas há uma tentativa de compatibilização de ambos os resultados. A diferença, no fim das contas, é apenas aparente e seria, em tese, justificada nos casos em que o tribunal entende que ainda haveria necessidade de maior discussão sobre a questão, tutelando, em tese, a segurança jurídica e a igualdade. Assim, seria utilizada nas hipóteses em que o tribunal ainda não se sente preparado para realizar a revogação, embora reconheça a inadequação do entendimento anterior". PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**, cit., p. 199-200.

[298] Para Marinoni, "as proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior classe dessas últimas proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais. A Corte deve utilizar proposições morais ancoradas nas aspirações da sociedade como um todo, assim como empregar proposições de conteúdo político que reflitam uma situação como boa para a generalidade da sociedade. Estas proposições, dentro de uma adequada metodologia, devem poder ser vistas como substancialmente fundadas na comunidade, derivar de normas morais ou políticas que têm esta base ou aparecer como se tivessem tal fundamento. Do mesmo modo, as proposições de experiência, assim como as morais e políticas, devem ter ancoragem social. Porém, ao contrário das duas últimas, não necessitam ter base na generalidade da comunidade. É que as proposições de experiência podem dizer respeito a assuntos técnicos, de interesse e conhecimento de poucos quando devem encontrar fundamento em outro lugar, como em pareceres de especialistas". MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, cit., p. 253.

[299] PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**, cit., p. 203.

Essa visão ainda mantém a ideia de que o julgador deve captar os anseios sociais, o clamor público e diversas outras questões metajurídicas (jurisprudência sociológica) embasadas em expressões polissêmicas e inesclarecidas, só reveláveis por uma assembleia de especialistas privilegiada, criando-se um eixo de legitimação da relação direito-violência, na medida em que qualquer debate processualizado, fiscalizatório e jurídico é ignorado.

Ora, a estrutura constitucionalizada (coinstitucionalizada) do processo é que permite que os atos estatais sejam proferidos a partir da participação processualizada das partes, em contraditório, balizada pelo princípio da reserva legal, sem que escopos metajurídicos venham a se tornar justificativa para a superação de precedentes e o processo "fosse um meio de obediência servil à jurisdição". [300]

Pertinente, portanto, a lição de Rosemiro Pereira Leal, de que para a desconstrução (superação) dos precedentes deve se observar o devido processo como referente do ordenamento jurídico, "sem que mecanismos psicologistas (descritivos e prescritivos) da interpretação jurisdicional (*overruling*, *overturning*) de origens do *common law* convertam-se em abusos de superação dos precedentes em nome de regras vagas (nomológicas) do *stare decisis*". [301]

Coadunamos, então, com Ronaldo Brêtas, acerca da impossibilidade de decisões serem proferidas com base na consciência de juízes e tribunais:

> Por essas razões, devem ser energicamente descartados quaisquer doutrinas e precedentes jurisprudenciais que sugiram aos órgãos estatais decisores (juízes e tribunais) exercício da função jurisdicional sob critérios outros dissociados da constitucionalidade da jurisdição, porém, ao revés, marcados de forma inconstitucional e antidemocrática pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pela sensibilidade, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia judiciária que denominamos *complexo de Magnaud*.[302]

A partir da matriz popperiana adotada no presente trabalho, é pelo apontamento de aporias no precedente pela testabilidade e faseabilidade contínuas que o fará ser superado. Certamente, se o novo precedente for mais resistente, com análise qualitativa mais elaborada, com mais profundidade e consideração do conjunto argumentativo-jurídico das partes, o precedente anterior deverá ser revogado. Defendemos, então, o mesmo posicionamento de Gustavo Faria, de que o cientificismo do direito processual "não admite a estandardização do saber dogmático, mas exige rupturas, dissensos, interlocução (re)construtiva, tudo pela força

---

[300] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p. 45.
[301] LEAL, Rosemiro Pereira. **A questão dos precedentes e o devido processo**, cit., p.305.
[302] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p. 160.

de um conhecimento objetivo, enunciado escrituralmente e ofertado aos conselhos de testabilidade".[303]

Outra problemática é defender o pouco uso ou quase nenhum da técnica da superação, sob a justificativa de violação à segurança jurídica. Há a institucionalização de uma rigidez ao sistema de precedentes, ocasionando-se uma cristalização do direito, o que acaba por vedar que novos argumentos sejam apresentados ou que argumentos não apreciados quando da formação do precedente apontem aporias que ensejam uma nova formatação ao precedente.[304]

Essa imunização dos entendimentos firmados pelos tribunais sobre o pretexto de segurança jurídica é o que dissimula a relação direito-violência impostas por uma estatalidade de exceção que sincreticamente funda e conserva a violência normativa, conforme apontamos no segundo capítulo da presente pesquisa.

Assim, concordamos com a crítica feita por Gustavo Faria:

> A autoimunização da jurisprudência dominante, com ares de uma razão reta e indevassável que repele qualquer ameaça de falseabilidade, é sentida no dia a dia daqueles que militam junto aos tribunais, círculos da interpretação oficial no qual muitos de seus membros minimizam a importância do procedimento interlocutivo-testificador que possa afastar o entendimento sedimentado (*stare decisis et non quieta movere*), valendo-se da força de uma consciência infalível, sediada num *locus* privilegiado de onde o sentido das leis é extraído. [305]

Desta feita, ao se balizar a técnica da superação como mecanismo de se afastar do engessamento e petrificação do direito sob a justificativa de se implantar segurança jurídica, pela processualidade democrática e pelo devido processo, sendo construída a partir do debate procedimental das partes, a superação trará ganhos democráticos à sistemática dos precedentes, por permitir que os novos precedentes se tornem legitimados frente à constitucionalidade.

No entanto, conforme veremos nos próximos tópicos, o CPC/2015 acabou por trazer violações aberrantes à principiologia processual, eis que, com a reforma da Lei 13.256/2016, extirpou mecanismos processuais de se alcançar os tribunais superiores para a superação dos precedentes, petrificando o direito pelo amplo poder da *auctoritas*.

---

[303] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p. 107.

[304] VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**, cit., p. 283.

[305] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p. 107.

4.2 A Segurança Jurídica na Exposição de Motivos

Diante da não produção de resultados que visaram a conferência de celeridade e efetividade ao julgamento de processos advinda das reformas legislativas realizadas no Código de Processo Civil de 1973, foi proposto um Anteprojeto de Código de Processo Civil, aprovado no Senado Federal (Projeto de Lei 166/2010) e posteriormente enviado à Câmara dos Deputados (Projeto de Lei 8.046/2010),[306] que, após sanção presidencial, deu origem à Lei 13.105/2016, instituindo o CPC/2015.

A Comissão de Juristas responsável pela redação do anteprojeto de novo Código de Processo Civil elaborou uma Exposição de Motivos[307], na qual traçou uma das principais metas da nova legislação como sendo "a constitucionalização do processo, ou seja, a elaboração de seu texto normativo em harmonia com os preceitos da Constituição Federal de 1988".[308]

Quando do envio do projeto de lei para a Câmara dos Deputados, as inúmeras reformas e alterações realizadas no projeto do Senado, com afeições ao modelo constitucional de processo[309], distanciou o texto da Exposição de Motivos do que realmente veio a ser o CPC/2015.

Entretanto, em relação à temática da segurança jurídica pela via de decisões vinculantes e aumento de poderes dos tribunais superiores, a Exposição de Motivos não está

---

[306] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p. 122.

[307] A nosso ver, a prática de expor motivos não coaduna com a constitucionalidade democrática, pois deveriam ser ofertados fundamentos jurídicos que levassem à necessidade de uma nova legislação. Isso decorre do fato de que, expor motivos, ainda é uma prática intimamente ligada à noção da autoridade legislativa subjetivista que, diante de seus interesses e conveniências, irão legislar em nome do povo-icônico. Assim, motivação e fundamentação não são sinônimos. Sobre o tema sugerimos: LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante)projeto do novo Código de Processo Civil. *In*: CASTRO, João Antônio Lima. (Coord.) **Direito processual**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012 e MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O "Paradoxo de Bülow" no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial, cit., p. 59-63.

[308] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et alii*. **Estudo sistemático do NCPC**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 37. Apesar da tentativa de se aproximar processo e constituição, a Exposição de Motivos do CPC/2015 adotou abertamente a instrumentalidade do processo como regente da justificativa para as reformas legislativas. É o que se infere das seguintes leituras: GRESTA, Roberta Maia. Segurança jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **XXI Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito**, 2012, Uberlândia, 2012. MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O "Paradoxo de Bülow" no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial, cit. TIVERON, Sérgio. A relação jurídica como técnica de suspensão da lei pelo poder do juiz e a ideologia da decisão judicial como atividade complementar da função legislativa e fonte criadora do direito ainda presentes no novo CPC – Apontamentos críticos à exposição de motivos, cit.

[309] A Exposição de Motivos aponta como modelo constitucional de processo a construção teórica de Italo Andolina e Giuseppe Vignera. ANDOLINA, Italo. VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1990, p.13-15.

aquém do que tratado no CPC/2015. É o que afirma Antônio Aurélio Viana:

> Demandou-se então a reformulação da legislação processual civil, agora projetada para o reforço do papel dos tribunais superiores. Pretendeu-se inaugurar um efetivo e funcional "sistema de precedentes", cujo intuito fica evidente pela leitura da Exposição de Motivos do CPC/2015, bem como do texto legal, notadamente após a alteração promovida pela Lei 13.256/16, uma vez que são criadas barreiras de acesso aos tribunais, tornando a revisão do "precedente" bastante dificultosa. [310]

Verifica-se que a Comissão de Juristas traçou cinco objetivos que orientaram a elaboração do Código, quais sejam: o estabelecimento de uma conexão com a Constituição; a criação de condições para que juízes profiram decisões rentes à realidade da causa; a simplificação e resolução de problemas da sistemática do procedimento; dar maior rendimento ao processo em si mesmo considerado e imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe mais coesão.

Tais objetivos, aliados à preocupação de tornar mais célere o trâmite procedimental,[311] "revelam uma proposta de concretização da efetividade que, de modo problemático, impõe, a reconstrução da noção de segurança jurídica sob influxo direto da diretriz da agilização de julgamentos". [312]

Sob a justificativa de fragmentação do sistema por posicionamentos distintos dos tribunais sobre a mesma temática, a Exposição de Motivos esclarece que a função e razão de ser dos tribunais superiores seria a moldagem do ordenamento jurídico, a fim de que sua jurisprudência se torne diretriz para outros órgãos do judiciário, sendo dotada de estabilidade.[313]

Assim, a noção de segurança jurídica estaria no sentido de que a jurisprudência firmada em determinado sentido deveria, como norma, ser mantida, com exceção de razões suficientes para a alteração jurisprudencial. É por isso que se defende a diminuição do número de recursos, pela estabilidade e uniformidade da jurisprudência dos tribunais inferiores e

---

[310] VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**, cit., p. 19.

[311] Extrai-se da Exposição de Motivos a afirmação de que "a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é a ausência de justiça".

[312] GRESTA, Roberta Maia. Segurança jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, cit., p. 12.644.

[313] "Em nome da segurança jurídica e da efetividade, na Exposição de Motivos do CPC/2015, é revelada a profunda preocupação com a indesejada fragmentação do sistema, algo que poderia ocorrer em decorrência da oscilação jurisprudencial. Nesse contexto, os tribunais superiores assumem a função de moldar o ordenamento jurídico por meio de suas decisões. No entanto, além dos objetivos anteriormente citados, espera-se que a uniformização e estabilização jurisprudencial, dadas não apenas pelos tribunais superiores, mas também pelos tribunais de segunda instância, sejam capazes de reduzir a sobrecarga de processos no judiciário". VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**, cit., p. 151.

superiores.[314]

Cria-se, então, um sistema voltado apenas e tão somente à simplificação do sistema processual pela criação de padrões decisórios que serão de fácil replicação em lides análogas, com vistas à aceleração de processos e gerenciamento de causas a qualquer custo. Nessa perspectiva, a busca desenfreada pela eficiência quantitativa proposta pela Comissão de Juristas acaba por impor que a jurisprudência, precedentes e demais decisões vinculantes se tornem a "atividade salvífica do Estado-Juiz como a autoridade adequada a prescrever o que é melhor ou pior para todo o povo (aqui icônico) em um espaço desprocessualizado e infiscalizável".[315]

Nesse aspecto, concordamos com a crítica de André Cordeiro Leal:

> Mantidos os pressupostos teóricos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, nada de novo (ou de constitucional) haveria. O que se tem, consoante demonstrado, é a reprodução da ancianidade da violência histórica da apropriação religiosa do sentido dos fatos e do texto legal por inteligências privilegiadas (juízes-sábios) que, de modo absolutamente utilitarista, pretendem obter paz social pela imposição truculenta dos sentidos hipoteticamente normais ou preferíveis ao texto legal, resolvendo, assim, de forma ágil e pretensamente aceitável, os conflitos sociais.[316]

Desta feita, ao preconizar um "*modelo civil de processo de base instrumentalista* (bülowiana)",[317] a Exposição de Motivos ainda mantém a noção de segurança jurídica atrelada às concepções dogmáticas de Estado Liberal, Social e Procedural que nada colaboram para o afastamento de uma jurisdição protagonista das decisões. Ademais, a busca incessante pela

---

[314] É o que expõe Roberta Maia Gresta: "A afirmação de que jurisprudência *firmada em certo sentido* deva ser observada pelas futuras decisões tal como regra de conduta abstrata – portanto tal como a lei – de certo modo, aproxima do processo legislativo a repetição e a sumulação de julgados. A analogia não parece ter sido acidental. Ao contrário, aparenta haver ter sido engendrada com o propósito de revestir as decisões 'pacificadas' dos tribunais superiores com estabilidade, abstração, cogência e, sobretudo, generalidade capazes de assemelhá-las à lei, com a vantagem, sobre esta, de que o maior detalhamento das questões tratadas pela jurisprudência pode convertê-la em formulário de fácil aplicação às demandas deduzidas em juízo". GRESTA, Roberta Maia. Segurança jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, cit., p. 12.644.

[315] MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O "Paradoxo de Bülow" no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial, cit., p.64. Importante mencionarmos que, segundo aponta Dierle Nunes, a ZPO alemão foi reformada em 1933, em pleno regime nazista, que preconizava o discurso de "uma justiça rápida e mais próximas das exigências do povo, partindo da ideia de que a função jurisdicional não serve somente às partes, mas, primeiramente, à segurança jurídica da coletividade". NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, cit., p. 88. Interessante notar que discurso semelhante é adotado na Exposição de Motivos do CPC/2015.

[316] LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante)projeto do novo Código de Processo Civil, cit., p. 386-387.

[317] TIVERON, Sérgio. A relação jurídica como técnica de suspensão da lei pelo poder do juiz e a ideologia da decisão judicial como atividade complementar da função legislativa e fonte criadora do direito ainda presentes no novo CPC – Apontamentos críticos à exposição de motivos, cit. 607.

aceleração de processos e a simplificação do sistema pelos anseios de estabilidade e previsibilidade da jurisprudência também estão voltadas a uma perspectiva neoliberal de produtividade em massa de decisões.

É por isso que a segurança jurídica na Exposição de Motivos do CPC/2015 impinge uma violência normativa que se camufla de legalidade, mas está no "espaço soberano (espaço de anomia invulnerável à fiscalidade processual)" no qual os decisores "são o amo e o senhor da linguagem jurídica que os torna oniscientes".[318]

Concluímos, pois, com Sérgio Tiveron:

> A sistematização normativa do Novo CPC, conforme anunciado na Exposição de Motivos, afasta qualquer conteúdo de cientificidade, para acudir necessidades de 'caráter pragmático' (utilidade), de cunho finalístico (fins da jurisdição) anunciando, sem dúvida, privilegiar uma 'técnica da jurisdição' em detrimento do processo como instituição jurídica constitucionalizada (*teoria neoinstitucionalista*) apta a conformar provimentos pela conjunção dos princípios (institutos) do contraditório, da ampla defesa e da isonomia (estabilização do processo constitucional). [319]

Por fim, impende mencionar que, inobstante as críticas feitas à Exposição de Motivos, não podemos negar os ganhos democráticos advindos do CPC/2015, principalmente no que tange a uma aproximação da Constituição quando se incorpora à legislação em comento um capítulo destinado às normas fundamentais do processo, o que dá enorme salto em relação ao CPC/73, ainda imbuído do protagonismo judicial.

Como grandes avanços, o art. 1º do CPC/2015 determina que "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Entretanto, quanto às expressões valores e normas fundamentais, deve-se compreender que "são direitos normados pelo sistema jurídico constitucional" [320], sendo defesa a admissão de valores que sejam "anormativos, ou melhor, que sejam induzidos de uma realidade não juridicamente vincada pela normatividade constitucionalizada no Brasil a partir de 1988".[321]

Com efeito, coadunamos com Rosemiro Pereira Leal quando conclui que não se tem a constitucionalização do processo no CPC/2015, mas uma imposição legal do CPC de perfilhar

---

[318] LEAL, Rosemiro Pereira. A judiciarização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. NEPOMUCENO, Luciana Diniz. **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 534.

[319] TIVERON, Sérgio. A relação jurídica como técnica de suspensão da lei pelo poder do juiz e a ideologia da decisão judicial como atividade complementar da função legislativa e fonte criadora do direito ainda presentes no novo CPC – Apontamentos críticos à exposição de motivos, cit. 607.

[320] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 350.

[321] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 350.

"uma hermenêutica que se reporte ao fundamento gestativo da normatividade constitucional pelo *devido processo legislativo* (art. 59 da CF/88) que impõe o acatamento de seus elementos configurativos (contraditório, ampla defesa e isonomia) para validar e legitimar a produção, modificação, atuação, aplicação e extinção de direitos". [322]

Ainda, o artigo 7º[323] que assegura a paridade de tratamento em relação às partes, com o dever de o magistrado zelar pelo efetivo contraditório. Este, que deixa de ser mera bilateralidade em audiência, mero dizer e contradizer, para se tornar uma estrutura quadrinômica de informação-reação-diálogo-influência, pelo que o juiz deverá manter pleno diálogo com as partes.[324]

Ainda, os artigos 9º[325] e 10[326] que vedam "decisões jurisdicionais fundamentadas em vértices formais ou probatícios sobre os quais as partes adredemente não foram chamadas a se pronunciarem".[327] Ou seja, impede-se as denominadas "decisões surpresa" nas quais os magistrados trazem fundamentos de fato e de direito alheios ao conjunto argumentativo e probatório constante do processo.

Delineia-se, então, o contraditório como garantia de influência e não surpresa[328], influência esta que nunca pode ser compreendida como "uma metáfora goldschimidtiana a significar o manejamento tópico-retórico de palavras fertilizadoras, colhidas do acervo jurisprudencial e doutrinário que possam estrategicamente render 'posições de vantagens' perante o julgador imparcial (guardião da *imprevisibilidade* do seu próprio saber e decisão)"[329], mas como a necessidade do provimento estar vinculado e adstrito ao conjunto fático-probatório e aos sentidos dados pelas partes à legislação, sob pena de ferir de morte a principiologia constitucional do processo.[330]

---

[322] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 350.

[323] "Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório".

[324] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et alii*. **Estudo sistemático do NCPC**, cit., p. 37. A expressão quadrinômio estrutural do contraditório é de Ronaldo Brêtas: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p.132-133. Conferir, também, THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentação e sistematização**, cit., p. 111-158.

[325] "Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida".

[326] "Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício".

[327] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 350.

[328] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, cit., p. 224-239.

[329] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 354.

[330] Nesse ponto, o Superior Tribunal de Justiça já dilacerou as normas fundamentais do CPC/2015, principalmente o contraditório, na medida em que decidiu que a influência apenas diz respeito à matéria de fato e não de direito. Ou seja, ao cidadão não é dado enunciar o sentido normativo que ainda será guiado pelo Estado-Juiz de Exceção. Sobre a decisão, verificar o Recurso Especial nº 1280825/RJ. Podemos afirmar que o

Por último, mas não menos importante, outro avanço do CPC/2015 diz respeito à fundamentação das decisões. As disposições normativas contidas nos artigos 11[331], 298[332] e 489[333] do CPC/2015 determinam que os juízes e tribunais devam levar em consideração, claramente e precisamente, os argumentos relevantes das partes que foram desenvolvidos em torno das questões de fato e de direito que deverão ser decididas no processo.[334]

Desta feita, em que pese a manutenção da criação, aplicação e extinção de direitos pela via dos precedentes ainda estarem mantidas pela atividade jurisdicional solipsista, conforme se extrai desde a leitura da Exposição de Motivos, o CPC/2015 traz avanços significativos para a democratização processual e para a construção de uma teoria processual dos precedentes, mas ainda insuficientes para tentativa de redução da violência normativa do "despotismo de *incidentes de coletivização* de sentidos normativos pela jurisprudência da *auctoritas*". [335]

Concordamos, então, com Francisco Rabelo Dourado de Andrade:

> Daí a necessidade de se interrogar a linguagem positivista e natural, as ideologias, os dogmas, a *práxis*, o pragma e os despotismos velados nos discursos de suposta democraticidade, como se pode notar no texto da Exposição de Motivos do Código de Processo de 2015, que elege o *modelo constitucional de processo* de Andolina e Vignera (já ultrapassado, em face dos avançados estudos de processo constitucional em terras brasileiras) como 'matriz teórica' e percorre um discurso tópico-retórico de salvação do *prestígio do judiciário* na resolução de conflitos, de forma *célere* e *justa*, com a adoção de medidas tendentes ao reforço dos poderes instrutórios do juiz mediante livre manejo do procedimento, à valorização do direito jurisprudencial e à concretização da tutela imediata [...][336]

No próximo tópico iremos vislumbrar como a reforma da Lei 13.256/2016, que alterou diversos dispositivos do CPC/2015 antes mesmo da sua entrada em vigor, contribuiu para a

---

CPC/2015 foi aplicado quando este adota um sincretismo teórico que ainda mantém do processo como instrumento da jurisdição.

[331] "Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade".

[332] "Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso".

[333] "Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

[334] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et alii*. **Estudo sistemático do NCPC**, cit., p. 54.

[335] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 373.

[336] ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, cit., p. 145.

concretização do aumento de poderes dos tribunais superiores, delineada desde a Exposição de Motivos, com a impossibilidade (ou quase impossibilidade) de revisão e superação de precedentes vinculantes derivados de procedimentos de recursos especiais e extraordinários repetitivos, com a consequente concretização da segurança jurídica como simulacro de violência normativa.

4.3 O caráter jurisdicizante da Lei 13.256/2016: o fim do *overruling?*

Antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, em seu período de *vacatio legis*[337], foi promulgada a Lei 13.256/2016 que alterou diversos dispositivos do código[338] e modificou significativamente o acesso aos tribunais superiores.

Previamente à reforma realizada, o CPC/2015 havia extinguido o juízo de admissibilidade duplo dos recursos especiais e extraordinários, que na sistemática do CPC/73 ocorria, primeiramente, pela presidência ou vice-presidência dos tribunais, e em um segundo momento, pelos tribunais superiores. O CPC/2015 havia, então, deixado que o juízo de admissibilidade dos referidos recursos fosse realizado apenas e tão somente pelos tribunais superiores que, de forma determinante, permitiria o acesso a estes e concretizaria o direito constitucional ao recurso.

No entanto, logo em seguida, diante da preocupação de que os tribunais superiores ficariam superlotados de recursos e abarrotados de julgamentos a serem proferidos, foi aprovado projeto de lei que retornaria com o juízo de admissibilidade provisório ao tribunal de origem para os recursos especiais e extraordinários, que veio a ensejar na promulgação da Lei 13.256/2016.

Tal legislação é problemática, eis que possui um caráter jurisdicizante, ou seja, homologa práticas autoritárias reificadas em uma realidade e as transforma em lei, dando ares de legalidade a algo criado jurisprudencialmente pela autoridade do Estado-juiz de Exceção.

No CPC/73 havia a disposição contida no artigo 543-C, §7º[339], de que, quando proferido julgamento em recurso especial repetitivo, os recursos especiais sobrestados na origem seriam automaticamente inadmitidos, caso o acórdão recorrido estivesse em

---

[337] "O tempo em que a lei, embora vigente, fica paralisada até entrar em vigor é chamado de *vacatio legis*, que é o intervalo, o interstício, o interregno, existente entre a publicação da lei e o dia em que ela começa a vigorar". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 204.

[338] Dentre os artigos alterados, podemos relacionar o relativo à ordem cronológica de julgamento (art. 12) e disposições acerca da Reclamação (art. 988).

[339] "Art. 543-C [...] § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça".

consonância com o entendimento firmado no tribunal, o que para nós já era eivado de inconstitucionalidade, na medida em que, indiretamente, criava-se um novo requisito de admissibilidade para os recursos especiais sem previsão na Constituição.

Desta decisão, de acordo com a sistemática do CPC/73, caberia a interposição de Agravo em Recurso Especial para o destrancamento do recurso especial, conforme dispunha o artigo 544[340]. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo nº 1.154.599/SP, pela Corte Especial, foi firmado o entendimento de que não era possível o cabimento do Agravo em Recurso Especial contra a decisão que negasse seguimento ao recurso especial com base no artigo 543-C, §7º, conforme se extrai da ementa do referido julgado e dos trechos do voto do relator abaixo:

> QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 543 E 544 DO CPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO.
> - Não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC.
> Agravo não conhecido.
> (QO no Ag 1154599/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/02/2011, DJe 12/05/2011)
> [...]
> O mecanismo criado no referido diploma, assim, foi a solução encontrada para afastar julgamentos meramente "burocráticos" nesta Corte, já que previsível o resultado desses diante da orientação firmada em *leading case* pelo órgão judicante competente.
> Não se perca de vista que a redução de processos idênticos permite que o Superior Tribunal de Justiça se ocupe cada vez mais de questões novas, ainda não resolvidas, e relevantes para as partes e para o País.
> Assim, criado o mecanismo legal para acabar com inúmeros julgamentos desnecessários e inviabilizadores de atividade jurisdicional ágil e com qualidade, os objetivos da lei devem, então, ser seguidos também no momento de interpretação dos dispositivos por ela inseridos no Código de Processo Civil e a ela vinculados, sob pena de tornar o esforço legislativo totalmente inócuo e de eternizar a insatisfação das pessoas que buscam o Poder Judiciário com esperança de uma justiça rápida.

Extrai-se do julgado que as justificativas para tal prática autocrática e sem quaisquer embasamentos legais, mas apenas metajurídicos, baseados nos interesses e conveniências dos julgadores de reduzir a massa de processos, se assemelham com o que restou delineado na Exposição de Motivos do CPC/2015. Verifica-se, pois, que o processo é apenas trabalhado em uma perspectiva instrumentalista e estatalista de viés socializador, em que juízes e tribunais fazem uma *justiça rápida* com a permissão de imprimir velocidade-celeridade "pela via de

[340] "Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias".

uma ‘razoabilidade’ de senso-comum e satisfazerem os fundamentos de uma *sociedade civil pressuposta*”. [341]

A prática inconstitucional e autocrática exposta foi acolhida pela Lei 13.256/2016 que reformou de modo inconstitucional a hipótese de cabimento dos recursos especiais e extraordinários, além do agravo em recurso especial e extraordinário, com embasamento no entendimento do STJ (também do STF), razão pela qual é possível de inferir o caráter jurisdicizante da Lei 13.256/2015.

É o que se extrai da leitura dos artigos 1.030, inciso I, alíneas “a” e “b”, e 1.042 do CPC/2015, alterados pela Lei 13.256/2016:

> Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:
> I – negar seguimento:
> a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;
> b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;
>
> Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.

Importante mencionarmos que será cabível o Agravo Interno, nos termos do artigo 1.030, §2º, do CPC/2015[342], quando o recurso for inadmitido, que será direcionado ao órgão especial do tribunal inferior. No entanto, após o julgamento do recurso e caso este não seja provido, restará impossibilitado o acesso ao tribunal superior, pois não há previsão de qualquer recurso desta decisão do órgão especial. É o que aduz Aurélio Viana, acerca da reforma realizada:

> Se, pela redação original do CPC/2015, a remessa dos autos ao respectivo tribunal se dava independentemente de exame da admissibilidade pelo tribunal *a quo*, o art. 1.030 foi modificado pela Lei 13.256/16 e foi restaurado o regime do CPC/73. Criou-se, portanto, uma primeira dificuldade de acesso aos tribunais superiores. No entanto, torna-se ainda mais problemático o conhecimento do recurso na hipótese de o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido (local) proferir juízo negativo quanto à admissibilidade, em se tratando de regime de repercussão geral ou recursos

[341] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 180.
[342] “Art. 1.030 [...] §2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021”.

> repetitivos. Nesses casos, caberá apenas o agravo interno, conforme previsão contida no art. 1.030, § 2º. Sendo improvido este recurso, não há outro cabível739, o que nos conduz à conclusão de que foi estabelecida uma barreira praticamente intransponível, visando-se a perenização das decisões dos tribunais superiores, impondo à doutrina a árdua tarefa de encontrar soluções para amenizar a rigidez do sistema, certamente incompatível com o processo constitucional. [343]

A problemática, então, gerada pelo retorno do juízo de admissibilidade duplo seria a mitigação das já estudadas técnicas da distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*), pois não se torna possível o livre acesso os tribunais superiores, principalmente em relação ao *overruling*.

É o que apontam Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Flávio Pedron e Alexandre Bahia:

> Tal escolha não traria grandes embaraços se fosse assegurado acesso técnico aos Tribunais Superiores para viabilizar a mudança (superação) de seus entendimentos, pois os tribunais não pode(ria)m petrificar seus entendimentos, sob pena de uma falsa e equivocada crença de que caberia a tais órgãos dar a última e definitiva palavra sobre o Direito.[344]

Há, então, uma trágica piora do sistema recursal e o fornecimento de embasamentos para que se tenha uma maior defesa dos tribunais superiores como criadores de teses gerais e abstratas, já que o acesso a estes foi restringido e o *overruling* praticamente extinto.[345] E podemos ressaltar que tal reforma é embasada na busca irrefreada e irrefletida por celeridade processual para a diminuição de processos nos tribunais.

Aqui, a reforma da Lei 13.256/2016 alcança um nível de fechamento e vinculatividade de decisões tamanha que a legitimidade de construção do direito é passada a um judiciário praticamente incontrolável, na medida em que se cria um empecilho à superação. [346]

Contudo, conforme adotado pelo marco teórico da presente pesquisa, a partir de bases popperianas e da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, o direito deve partir de um viés contrafático, com a supressão de práticas abusivas advindas do Estado, não homologando as práticas vigentes. Ao contrário, o direito deve ser juridificado, no sentido de que deva ser construído desde de sua base instituinte com ampla fiscalidade e estrutura normativas acessíveis ao conjunto de legitimados ao processo, pela via do devido processo e os institutos

---

[343] VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**, cit., p. 207.

[344] THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentação e sistematização**, cit., p. 385.

[345] VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**, cit., p. 207.

[346] STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. **O Senado vai permitir a mutilação do novo CPC antes de entrar em vigor**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-dez-01/senado-permitira-mutilacao-cpc-antes-entrar-vigor. Acesso em: 20 de julho de 2017.

do contraditório, ampla defesa e isonomia, o que criará maior legitimidade aos planos constituinte e constituído do direito.

A Lei 13.256/2016 impede a criação de procedimentos processualizados fiscalizatórios da superação de precedentes, o que aumenta uma cristalização do direito que não pode existir em um Estado Democrático de Direito, diante da provisoriedade e falibilidade existentes no conhecimento humano e científico.

Desta feita, podemos nos perguntar, como acessar os tribunais superiores após a reforma da Lei 13.256/2016 para a revisão de precedentes já que o próprio tribunal que construiu o precedente é que pode superá-lo?

Primeiramente cumpre às partes arguirem a inconstitucionalidade de tais dispositivos, por deslavada agressão ao devido processo constitucional. Cabe, também, ao presidente ou vice-presidente de os tribunais realizarem o controle de constitucionalidade[347] quando do juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários, decretando a inconstitucionalidade dos referidos artigos, sempre em observância aos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia.

A nosso ver, dificilmente será decretada a inconstitucionalidade de tais dispositivos, vez que os tribunais ainda estão preenchidos por uma tendência de padronização decisória e redução de recursos pela via da eficiência quantitativa, buscando celeridade e efetividade a todo custo.

Por sua vez, a doutrina tem defendido duas correntes, a de Reclamação[348] e a de novo Recurso Especial[349] com arguição de violação aos dispositivos que permitem a superação do precedente. Entendemos que o controle dos precedentes é realizado pela via recursal, motivo pelo qual não concordamos com o uso da Reclamação, sob pena de desvirtuar sua

---

[347] Nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal "o controle de **constitucionalidade** há de se fazer de modo **difuso**, incidental-concreto e abstrato, incessante e irrestrito, porque é este que vai propiciar a testificação teorizada do sistema jurídico, conferindo-lhe **legitimidade** pela oportunidade sempre aberta a todos de eliminação de erros que possam causar entraves à fruição dos **direitos fundamentais**". LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural, cit., p. 82.

[348] A defesa do uso da Reclamação para uso da distinção e superação de precedentes é feita por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 556-557. Verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça tem aceito o uso da Reclamação para acesso aos tribunais superiores, conforme se averigua do julgamento da Reclamação nº 32171/PR**,** de relatoria do Min. Sérgio Kukina.

[349] Esse é o posicionamento defendido por Alexandre Freitas Câmara e também por Dierle Nunes: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes. Acesso em: 20 jul. 2017. NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. **O STJ e a necessidade de meios para a superação dos precedentes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/opiniao-stj-meios-superacao-precedentes>. Acesso em: 18 dez. 2017.

funcionalidade[350]. De outra mão, o Recurso Especial seria adequado diante da sua função de revisão das decisões e controle de precedentes, mas é plausível outra inadmissão, o que geraria mais uma cadeia recursal e mais dificuldade de se acessar aos tribunais superiores.

A partir do marco teórico da Teoria Neoinstitucionalista e sua proposta de se criar um Código Processual de Fiscalidade Institucional[351], a proposição da presente pesquisa é a criação de um procedimento constitucional de revisão de precedentes vinculantes, o que será melhor delineado no último capítulo do trabalho.

Assim, podemos concluir que a Lei 13.256/2016 é eivada de vícios de inconstitucionalidade diante de seu caráter jurisdicizante, homologatório de práticas de uma ditadura jurisprudencial que vilipendia direitos e garantias fundamentais de acesso à jurisdição processualizado a todos do povo como conjunto de legitimados ao processo.

4.4 Coerência, estabilidade, integridade e vinculação: uma análise dos artigos 926 e 927 do CPC/2015

É importante mencionarmos que apesar da presente pesquisa não ter como foco comentar artigos do CPC/2015, se faz necessária a análise dos principais dispositivos relativos aos precedentes, a fim de que se possa buscar uma melhor compreensão e tecer críticas teorizadas à sistemática implantada. Para tanto, analisaremos no presente tópico o que dispõem os artigos 926 e 927 do CPC/2015, pelo fato de que são balizadores da aplicação de precedentes no direito processual brasileiro.

O artigo 926 do CPC/2015 foi introduzido no CPC/2015 por influência de Lenio Streck que, adepto à teoria da integridade de Dworkin, delineou tal proposição.[352] Dispõe o

---

[350] Coadunamos com a crítica de Lenio Streck ao uso da Reclamação como mecanismo de controle de teses dos tribunais superiores: "A reclamação não pode ser desvirtuada para se transformar em instituto de controle de teses com pretensões abstratalizantes. Isso, à evidência, além de desvirturar o instituto, afasta o objetivo do CPC em buscar vinculações jurisprudenciais-concreto-materiais e não transformar os tribunais em legisladores". STRECK, Lenio Luiz. A (nova) reclamação no CPC/2015. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 129-147, jan./mar. 2016, p. 145.

[351] Conferir o último capítulo da presente pesquisa.

[352] "Sem prejuízo das muitas e valiosas colaborações dos demais colegas, peço licença para chamar atenção especial, neste momento, para uma mudança que me parece paradigmática e que foi viabilizada por intermédio de Conjur, em sugestão minha abraçada por outros colegas de academia e pela Relatoria do projeto na Câmara. Assim, o art. 924 do NCPC passará a dispor que 'os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, *íntegra e coerente*'". STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no Novo Código de Processo Civil? *In*: STRECK, Lenio. ALVIM, Eduardo Arruda. LEITE, George Salomão. (Coords.) **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 156-157. Vale dizer que após a promulgação do CPC/2015, o artigo 924 tornou-se o artigo 926.

artigo 926 que os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência[353], além de mantê-la estável, coerente e íntegra.

Comecemos pela coerência. Segundo Lenio Streck a coerência consiste na igualdade de apreciação do caso e igualdade em seu tratamento, ou seja, "haverá *coerência* se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos", o que irá assegurar que diversos casos tenham a mesma consideração por parte dos órgãos jurisdicionais. [354]

Por sua vez, a integridade possui a exigência de que juízes construam seus argumentos de forma integrada ao ordenamento jurídico, o que garantiria um bloqueio às arbitrariedades interpretativas por uma *comunidade de princípios*. Para Streck, "por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, não pode ele quebrar a integridade do direito, estabelecendo um 'grau zero de sentido'".[355]

Dierle Nunes, Flávio Pedron e André Horta defendem posicionamento similar ao de Streck, baseando-se nas obras de Dworkin para embasar o artigo 926 do CPC/2015, no qual apontam a integridade como a exigência de que juízes tratem o sistema normativo como se este tivesse expressamente e respeitosamente um conjunto coerente de princípios, com a consequente interpretação de normas que constituem tal sistema "de modo a encontrar normas implícitas entre e sob as normas explícitas".[356]

Em resumo, pode-se apontar a coerência e integridade como elementos caracterizadores de igualdade:

> A ideia nuclear da coerência e da integridade é a *concretização da igualdade*, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção de dignidade humana.
> [...]

---

[353] A despeito da diferenciação entre precedente e jurisprudência, entendemos que tal disposição embasa a aplicabilidade dos precedentes no direito brasileiro. É o que apontam Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Flávio Pedron e Alexandre Bahia: "De modo absolutamente inovador, o CPC/2015 busca o dimensionar um microssistema de dimensionamento da litigiosidade repetitiva e de formação de precedentes na construção de um verdadeiro direito jurisprudencial embasado normativamente em deveres cooperativos de estabilidade, coerência e integridade (art. 926)". THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentação e sistematização**, cit., p. 373.

[354] STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no Novo Código de Processo Civil? cit., p. 157-158.

[355] STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no Novo Código de Processo Civil? cit., p. 158.

[356] NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio Quinaud. HORTA, André Frederico Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *In*: **Revista de Processo**. Vol. 263/2017, p. 335 – 396, Jan. 2017, p. 346.

> Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador *não pode dar o drible da vaca hermenêutico* na causa ou no recurso, do tipo "seguindo minha consciência, decido de outro modo". O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva 'porque quer' (ou porque sim). [357]

Já a estabilidade tem seu embrião no fato de que não seria oportuno afastar dos casos precedentemente decididos, especialmente modificando entendimentos já consolidados em face dos riscos e consequências inerentes à uma mudança jurisprudencial. Desta feita, há que se ter a "persecução da necessária estabilidade enquanto não se apresentarem novos fundamentos hábeis à mudança decisória".[358]

Somente com tais elementos é que se tornaria possível a uniformidade decisória por meio de acórdãos com uma linearidade argumentativa "para que possam ser percebidos como verdadeiros precedentes". [359]

Todavia, dar sustento à aplicação dos precedentes pela Teoria da Integridade de Dworkin ainda disfarça a violência normativa de segurança jurídica, pois, como visto no segundo capítulo da presente pesquisa, a linha de Dworkin ainda olvida o devido processo constitucional como eixo central da construção e aplicação do direito dando continuidade ao solipsismo judicial.

Vale frisar, a comunidade de princípios ainda é extraída de uma realidade que será eticamente e moralmente considerada apenas pelo subjetivismo do julgador, com a reprodução de um autoritarismo histórico conduzido e aferido por juízes e tribunais.[360]

Como muito bem aponta Rosemiro Pereira Leal, a coerência não pode estar ligada à uma "conceitual infalibilidade do sistema", na medida em que é amparada "por uma prodigiosa judicância supletiva de suas eventuais lacunas", pois apenas a um juiz-Hércules "seria dado corrigi-lo durante sua vigência para realizar os ajustes de progressiva e continuada concreção dos direitos fundamentais numa realidade que lhes fosse hostil".[361]

Na perspectiva Neoinstitucionalista, é o processo sendo "uma instituição garantidora de democracia, de cidadania" como um discurso "coerente em si mesmo"[362] que irá

---

[357] STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no Novo Código de Processo Civil? cit., p. 159-160.

[358] THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentação e sistematização**, cit., p. 374

[359] THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentação e sistematização**, cit., p. 374.

[360] Segundo Rosemiro Pereira Leal, o direito seria aplicado "por via de motivações jurídicas, éticas ou morais do decididor, ao atendimento de '*aspirações da sociedade*' extraídas de seu especial talento e sensibilidade intimorata". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, cit., p. 106.

[361] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, cit., p. 104.

[362] DEL NEGRI, André. **Segredo de Estado no Brasil**, cit., p. 76.

possibilitar a todos a construção legitimada do instituto jurídico-processual do precedente, sem que ideologias e livre convicções dos julgadores tornem o elemento central de uma coerência jurisprudencialmente concebida.

Tampouco a integridade deve ser compreendida apenas como o respeito a uma comunidade de princípios extraídos e criados pelos julgadores, pois a integridade deve ser compreendida a partir do princípio da legalidade e dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia. A integridade (como também a coerência) deve ser apreendida no espaço processual "demarcado por leis construídas em discursividade argumentativa e de maneira testificável", pois "o que se torna perigoso num Estado é qualquer forma de relação de dominação não controlada, não fiscalizada, nunca corrigida" [363] e é a processualidade que irá submeter a integridade do direito a intenso controle institucional.

É por isso que defendemos um "sistema jurídico que há de assegurar *coerência* e *integridade* pela possibilidade procedimental de uma fiscalidade processual irrestrita, aberta a todos os legitimados ao processo (povo) desde o nível instituinte da normatividade".[364]

Há que se reconhecer o combate dos autores dworkinianos supracitados ao solipsismo, principalmente quanto ao manicômio jurisprudencial gerado pelo grau zero interpretativo, e os elementos da coerência e integridade são sim apoiadores desse combate. Contudo, o devido processo é que deve ser considerado como eixo de referência para que juízes e tribunais respeitem suas decisões dando a elas coerência e integridade, o que, de forma determinante, trará ganhos de democraticidade à teoria processual dos precedentes.

Assim, tanto coerência e integridade serão elementos que, pela via procedimental processualizada, permitirão afastar da violência normativa imposta pela *auctoritas* em solitária onipotência na criação, aplicação e extinção de direitos.

Por sua vez, em relação à estabilidade, essa não pode ser compreendida a partir de uma hierarquia interpretativa na qual os precedentes "são construídos solitariamente pela pessoa ou por grupo de pessoas que, por alguma razão, ocupam posição de destaque",[365] vindo a imunizar e estabilizar determinado sentido normativo.

Com a imunização de determinado precedente "o âmbito de incidência do contraditório será drasticamente reduzido", tornando-se um recinto inatacável "de sobrevivência dos *valores, moral, bom senso, sendo comum* e da *sensibilidade* do juiz". [366]

---

[363] DEL NEGRI, André. **Segredo de Estado no Brasil**, cit., p. 80.
[364] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p. 310.
[365] LEITE, Bruno Rodrigues. **A população em situação de rua e o mandado de segurança**, cit., p. 59.
[366] LEITE, Bruno Rodrigues. **A população em situação de rua e o mandado de segurança**, cit., p. 60.

Ora, a estabilidade de um precedente só poderá ocorrer pela via do devido processo constitucional, único mecanismo apto a possibilitar a propositura de modificações, superações, distinções e refutações continuadas de precedentes, sendo o sentido normativo estabilizado provisoriamente, até que outro mais resistente o substitua.

Desta feita, "tal estabilidade não significa petrificação ou fechamento argumentativo da interpretação, como se algum tribunal pudesse fechar a interpretação do direito em uma decisão".[367] É por isso que não se pode ter o esvaziamento das técnicas da superação e distinção, como feito pela reforma da Lei nº 13.256/2016, sob pena de se gerar um direito petrificado e fechado argumentativamente, sem que o devido processo se torne o eixo de legitimidade do direito.

Portanto, o artigo 926 do CPC/2015 deve ser lido a partir da processualidade, para que a coerência, integridade e estabilidade não se tornem elementos que imunizem a uniformização dos precedentes pelos entendimentos pessoais dos julgadores, mas que possibilitem que a "uniformização de jurisprudência seja construída paulatinamente de baixo para cima"[368] com amplo debate argumentativo-discursivo com as partes.

Outro dispositivo do CPC/2015 importantíssimo para os precedentes no CPC/2015 é o artigo 927, que dispõe sobre a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem: 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.

O foco de nossa análise não será o debate entre as teses existentes acerca da vinculação dos precedentes[369], até mesmo por entendermos que o sistema implantado pelo CPC/2015 determina a observância obrigatória dos precedentes, mas, sim, como se dará a vinculação decisória.

Daniel Mitidiero, ao entender que o precedente constitui fonte primária do Direito, aduz que a eficácia vinculante do precedente não advém do costume, da doutrina, da bondade e da congruência social tampouco de uma norma constitucional ou legal que contenha tal

---

[367] THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentação e sistematização**, cit., p. 373.

[368] FREITAS, Gabriela Oliveira. **A uniformização de jurisprudência no Estado Democrático de Direito**, cit., p. 129.

[369] ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, cit., p. 366-373.

determinação, mas é decorrente da "*força institucional da jurisdição como função básica do Estado*".[370]

Desta feita, defende o autor que a força vinculante do precedente judicial não dependeria de uma manifestação do Direito Positivo, mas é uma consequência a respeito do que é o Direito e o valor que deve ser dado à sua interpretação. Assim, para o autor, a vinculação não existiria apenas nos casos previstos em lei, como faz o artigo 927 do CPC/2015. Mitidiero chega ao ponto de afirmar, ainda, que a "*recusa à aplicação do precedente judicial* constitui *recusa de vinculação ao Direito*". [371]

Hermes Zaneti Jr., ao contrário, defende que o "reconhecimento formal pela lei da força normativa dos precedentes é um passo decisivo no processo civilizatório jurídico", no entanto, mantendo a jurisdição como centro das decisões, aponta que "o modelo de precedentes não é uma forma de liberar o juiz da lei, mas um método de vincular a discricionariedade do juiz na interpretação da lei, controlando sua autoridade de forma democrática". [372]

Vale dizer que ambos os posicionamentos de Mitidiero e Zaneti Jr. estão contaminados pela defesa de uma autocracia jurisprudencial que dá poderes incontroláveis ao Estado-Juiz. É perceptível pelo discurso dos dois juristas que a jurisdição poderá atuar na criação do direito de forma discricionária, o que seria suficiente para a vinculação e conferência de força de lei aos precedentes (violência normativa) a ser fundada e conservada pelo Estado.

E nem se diga que pelo posicionamento de Zaneti Jr., de que os precedentes vinculantes seriam aqueles previstos na legislação, seria suficiente para uma teoria processual dos precedentes, pois a sua defesa é a de que a vinculação advém da discricionariedade do julgador que irá controlar a sua própria autoridade! Eis um enorme paradoxo! Como pode a jurisdição criar o direito e da mesma forma se controlar?[373]

---

[370] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p. 99.
[371] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p. 99.
[372] ZANETI JÚNIOR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, cit., p. 364.
[373] André Cordeiro Leal denomina tal paradoxo como o "Paradoxo de Bülow". Segundo André Leal, não há como o processo ser "ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz – eis o *paradoxo*". LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**, cit., p. 65. Cf., também: MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O "Paradoxo de Bülow" no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial, cit., p. 51-53. TIVERON, Sérgio. A relação jurídica como técnica de suspensão da lei pelo poder do juiz e a ideologia da decisão judicial como atividade complementar da função legislativa e fonte criadora do direito ainda presentes no novo CPC – Apontamentos críticos à exposição de motivos, cit. 602.

A vinculação da atividade jurisdicional é mantenedora do Estado de Exceção, pois, como aponta Bruno Rodrigues Leite, "a decisão jurisdicional é interpretada quase como propriedade do juiz, cabendo a este determinar os sentidos que devem ser conferidos ao *seu* discurso", [374] olvidando-se do processo constitucional como espaço de realização da crítica e fiscalidade incessantes.

É o que expõe Rosemiro Pereira Leal:

> Se essa *interpretação* é concebida como dogmática (doutrina) pela convicção de que a *norma* jurídica é uma criação da interpretação da autoridade jurisdicional ante a escrita legal, fica explícito que o disposto na escritura dos arts. 926 e 927 não traria qualquer ganho democrático (sentido neoinstitucionalista) para o direito brasileiro, porque o *forte efeito vinculante dos precedentes* (*strong biding-force*) seria uma força (violência) nascida da atuação intelectiva da autoridade com afastamento do *medium* linguístico do *devido processo* (sentido neoinstitucionalista). De consequência, nessas cogitações, a chamada novidade jurídica do instituto do *precedente* apresentar-se-ia inócua à obtenção de um salto democrático pela submissão das disposições do CPC/2015 às *normas* fundamentais da CF/88 (art. 1º do CPC/2015). [375]

Nesse sentido, refutamos e combatemos veementemente a vinculação dos precedentes por meio da atividade solipsista dos julgadores, pois se preconiza a defesa de um Estado supra parte, que em nenhum momento observa o princípio da legalidade como eixo da construção das decisões e não considera o processo como mecanismo de implementação de direitos e garantias fundamentais de cidadania e democracia.

No marco da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, a vinculação dar-se-á não mais da atividade decisória do julgador, mas, sim, da causa de pedir e do pedido "que integram por suas circunstâncias fáticas o *núcleo construtivo do precedente*"[376], o que certamente reduz e escapa de autoritarismos advindos de uma jurisdição incontrolável, permitindo que o processo torne o elemento de legitimidade e controle do precedente a ser construído e aplicado.

Desta feita, para que os artigos 926 e 927 possam trazer uma contribuição efetivamente democrática à construção do instituto jurídico-processual do precedente, é o processo como *medium* linguístico que deverá atuar como interpretante (referente lógico-jurídico) da aplicação de tais dispositivos.

---

[374] LEITE, Bruno Rodrigues. **A população em situação de rua e o mandado de segurança**, cit., p. 45.
[375] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p. 306.
[376] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p. 309. Essa conjectura será melhor delineada no último capítulo da presente pesquisa.

5 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PELOS PRECEDENTES VINCULANTES NO CPC/2015

No capítulo em questão estudaremos como se dá a institucionalização da violência pelos precedentes vinculantes no Código de Processo Civil, a partir de uma análise de premissas e institutos do código. Tal análise perpassará pelo apontamento da jurisdição relâmpago como uma faceta de uma justiça judiciária que crê no mito das Cortes Supremas. Estas ignoram a processualização como mecanismo de construção dos precedentes e acabam por impor técnicas que aceleram os procedimentos e relegam o devido processo a segundo plano.

5.1 O pesadelo social do processo: a justiça judiciária!

Conforme visto nos capítulos anteriores, a noção de segurança jurídica deve ser construída a partir da processualidade e da principiologia do processo, sob pena de aumentar e dissimular os níveis de violência nos planos de formação, construção e aplicação do direito, principalmente em relação aos precedentes vinculantes.

Nesse sentido, a doutrina cada vez mais tem pregado um discurso de sincretismo ideológico entre segurança, efetividade e celeridade concretizador da *justiça judiciária* e que, de forma determinante, afeta a construção de uma teoria processual dos precedentes.

Desde a introdução do princípio da duração razoável do processo pela Emenda Constitucional nº 45/2004 no ordenamento pátrio, a busca por uma *jurisdição-relâmpago* e *instantânea*[377] se tornou moda entre os operadores do direito que "apregoam os permanentes objetivos de conferir celeridade à tramitação dos processos e de evitar a morosidade da atividade jurisdicional do Estado, conferindo-lhe racionalidade e eficiência". [378]

Apontam os juristas que a morosidade no trâmite procedimental afeta a efetivação do direito material e que por isso não poderia "servir como desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo"[379], sendo tais valores conduzidos pelo juiz de modo que serão extraídos "os dados da situação de direito material necessários à solução do litigio, entregando a tutela jurisdicional ao vencedor o mais rápido

[377] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do Código de Processo Civil e o Modelo Constitucional de Processo. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. NEPOMUCENO, Luciana Diniz. **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 458.

[378] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do Código de Processo Civil e o Modelo Constitucional de Processo, cit., p. 457.

[379] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, cit., p. 59.

possível".[380]

Esse posicionamento é o defendido por José Roberto dos Santos Bedaque:

> *Processo efetivo* é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo. [381]

Os princípios da efetividade e da celeridade, então, fundamentam uma concepção que busca a realização do direito material e desempenham funções sociais, econômicas e políticas, com o cumprimento das decisões jurisdicionais em tempo hábil. Essa visão, de que a efetividade advém apenas da busca pelos efeitos concretos dos resultados de uma decisão, é tipicamente percebida no discurso de processualistas voltados à defesa de um processo meramente instrumental (Escola Paulista de Processo).[382] Tal entendimento parte do pressuposto de que, com o aumento dos poderes do Estado-Juiz, o processo passa a ser capaz de alcançar os escopos da jurisdição e realizar a paz social em tempo célere e de modo eficiente.

A tratativa de que o tempo é inimigo do processo[383] imporia aos precedentes uma função de que, pela garantia de segurança jurídica, se deve otimizar o uso do processo e do dispêndio do tempo, o que favoreceria "a credibilidade da sociedade do Poder Judiciário".[384]

O respeito aos precedentes tornaria desnecessária a interposição de recursos aos

---

[380] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, cit., p. 112.

[381] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, cit., p. 59.

[382] É o que aponta Rosemiro Pereira Leal: "Ao entendimento de tais escritores, e de muitos que lhes seguem as lições, a sentença (provimento) é instituto jurisdicional tutelar autônomo, não decorrente das alegações estruturadoras do procedimento. A sentença, nessa absurda versão, agasalharia o que a *lei* estabelecesse, desde que a lei propiciasse 'ter em vista as condições sociais e econômicas' das partes, o 'pleno desenvolvimento da pessoa humana' e uma justiça rápida, porque, em caso contrário, o *provimento* poderia, segundo eles, suprir todas as lacunas e defeitos da lei, criar direitos de justiça social e afastar o procedimento ordinário que é, como apregoam, 'injusto às partes mais pobres' e causador da 'lentidão da justiça' e 'demora do processo'. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 242.

[383] Fernando Horta Tavares destaca que o tempo é frequentemente apontado como inimigo do processo a ser combatido, pois seria o responsável pelo retardamento no reconhecimento e satisfação de direitos, sendo um dos males para a solução de controvérsias. Defende o autor que "**não** é o tempo que corrói, porque o tempo apenas passa; em si, o tempo nada pode corroer; já que flui em marcha: não tem força ou ação para corroer. O Tempo, por si, não causa malefício algum: alguém é quem pode causar danos a outrem, isto é, um sujeito prejudicar a outro, propositadamente ou não. Logo, o tempo não pode ser inimigo, por que só passa, é um acontecimento natural". Nesse sentido, concordamos com o posicionamento do autor, de que mesmo com a admissão de que o direito pudesse ser corroído, este seria "derivado da desídia do aparelho estatal judiciário, administrativo, legislativo, de um lado, e, de outro, do próprio titular do direito ameaçado ou em vias de ser lesado, o que resulta, nesta hipótese, na ocorrência dos institutos jurídicos da prescrição e da decadência". TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. *In*: TAVARES, Fernando Horta. (Coord.) **Urgências de tutela**. Curitiba: Juruá. 2010, p. 112-113.

[384] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, cit., p. 139.

tribunais, pois "não se pode admitir um sistema judicial com volume de trabalho desproporcional e destituído de racionalidade", o que certamente contribuiria para um processo mais célere, econômico e sem que a lentidão se torne um obstáculo à efetivação do acesso à "justiça". [385]

Cria-se com esse cenário um *falso dilema*[386] na escolha entre celeridade ou ampla defesa, visto que o exercício da defesa plena e de todos os recursos a ela inerentes prejudicaria a obtenção de uma decisão rápida e justa. Assim, é possível a imposição de multas à parte que atrapalhe o regular andamento do processo com a protelação de seu resultado, sendo considerada litigante de má-fé.

Conforme vimos, esse sincrético discurso da *justiça judiciária* é constante da Exposição de Motivos do CPC/2015 e reproduzido na referida legislação, posto que preconizam a todo momento um processo célere, de resultados e um sistema de precedentes voltado ao gerenciamento de causas e de eficiência apenas quantitativa. É por isso que Gustavo Faria aponta que a busca pela celeridade é um dos panos de fundo para a subsunção do processo à *razão jurisprudencial*:

> Assim, como se todas as mazelas do Poder Judiciário decorressem unicamente do seu sistema legal, quando, na verdade, a imperiosa reforma deveria ser também na parte estrutural, a legislação processual vem seguindo uma direção que, numa ensandecida busca pela celeridade, tem como pano de fundo uma teorização antidemocrática que transforma o procedimento cognitivo-decisório num jogo de subsunção dos conflitos de interesses à *razão jurisprudencial*, a ser aplicada de forma apriorística, inquestionável e intransigente, transformando os casos concretos em casos em "teses", solucionados pela aplicação de precedentes reveladores do entendimento cristalizado pelos órgãos jurisdicionais. [387]

No entanto, o que olvidam os defensores da *jurisdição relâmpago* e da *justiça*

---

[385] Para Marinoni nem todos podem enfrentar as despesas e suportar a demora da função jurisdicional: "Chegou-se a lembrar, até mesmo, que a pessoa com menor condição financeira não tem força para suportar a lentidão do processo e que normalmente não pode, sem dano grave, conviver com uma justiça morosa. A demora é proporcionalmente mais grave a quem tem menos dinheiro. Em tal condição, o Poder Judiciário apresenta um déficit de democracia". MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, cit., p.140. No presente trabalho não adotamos a expressão "acesso à justiça", pois ainda nos remonta a um processo autocrático em que "o impreciso e idiossincrático conceito de 'justiça' da decisão decorra da clarividência do julgador, de sua ideologia ou magnanimidade". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 106.

[386] Em obra coletiva coordenada por Rosemiro Pereira Leal, restou demonstrado que se cria uma equivocada impressão de que ampla defesa e celeridade seriam princípios reciprocamente excludentes entre si. Nesse sentido, a escolha entre celeridade ou ampla defesa se mostra impossível, tendo em vista que a ampla defesa, como princípio institutivo do processo, não pode ser suprimida, eis que tal supressão visa à manutenção estratégica de grupos privilegiados que afirmam ter a solução para a morosidade do processo, voltados tão somente à produção quantitativa de decisões. Por isso o uso da expressão "falso dilema". LEAL, Rosemiro Pereira. (Coord.). **Celeridade ou ampla defesa**: um falso dilema. Belo Horizonte: RTM, 2015.

[387] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p. 70.

judiciária é que sempre haverá nos processos, em qualquer lugar do mundo, alguma demora na solução decisória da controvérsia instaurada.[388]

Ora, na perspectiva do direito processual democrático, a celeridade deve ser compreendida e interligada ao "cumprimento do princípio da legalidade e do respeito aos princípios da isonomia, da ampla defesa e do contraditório" sem que ocorram quaisquer supressões ou reduções de tais princípios que deverão ser exercidos por todos sujeitos processuais, além da "observância necessária pelo próprio Estado-Juiz e pelos auxiliares do juízo". [389]

Assim, a celeridade consiste no cumprimento dos prazos previstos no conjunto de procedimentos legais (devido processo legal), como muito bem destacado por Fernando Horta Tavares:

> Com efeito, partindo-se da estrutura do próprio sistema processual brasileiro, os meios que operacionalizam a tramitação dos procedimentos judiciais e administrativos adequada ao Direito Democrático, somente são aqueles que se traduzem pela observância dos princípios fundantes da processualidade democrática, isto é, da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, do acesso gratuito e incondicionado à jurisdição, do direito ao advogado e da fundamentação racional e legítima das decisões e, no plano da técnica, pela obediência aos prazos e formas previstos nos códigos de procedimento civil, penal, trabalhista e demais leis infraconstitucionais, onde há norma reguladora de movimentação procedimental (lei de locações, de recuperação de empresas e falências, estatuto da criança e do adolescente, das relações de consumo etc).[390]

Por sua vez, a duração razoável do processo significa "adequação temporal da jurisdição, mediante processo sem dilações indevidas"[391], ou seja, consiste no percurso procedimental dentro dos marcos temporais previstos legalmente.[392]

O que devemos combater são as denominadas etapas mortas do processo (procedimento) que resultam de longos períodos de paralisia sem que quaisquer atos sejam praticados ou são realizados fora do tempo legal em que deveriam ter sido cumpridos.[393] Caso contrário, mascaram-se as próprias falhas estruturais presentes na função jurisdicional pela

---

[388] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do Código de Processo Civil e o Modelo Constitucional de Processo, cit., p. 458-459.

[389] TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo, cit., p. 114.

[390] TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo, cit., p. 115.

[391] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p. 209.

[392] No mesmo sentido é o que escreve Fernando Horta Tavares: "No plano da teoria do processo, a expressão duração pode ser definida como módulo de tempo com marcos de começo e fim, do que resulta sua vinculação com o conceito de prazo, que é o tempo demarcado para a prática do ato e, nesta linha de raciocínio, se cogita de traduzir a expressão duração razoável como sendo a oportunização da prática de um ato processual em um **tempo confortável**, de modo que não haja colisão com o princípio constitucional da ampla defesa, entendendo-se este como possibilidade de argumentação plena e sem compressão temporal no espaço discursivo". TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo, cit., p. 114.

[393] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p. 213. A exemplo podemos mencionar os prazos especiais e impróprios dos entes públicos não sujeitos ao instituto da preclusão.

imposição da ideia de que o processo é lento e moroso na aplicação e satisfação do direito das partes.

Já a efetividade não pode advir a partir de "juízos de sensibilidade, conveniência ou equidade do decididor", sendo oferecida como um bem de consumo numa decisão judicial, mas deve significar o ganho de legitimidade que passa pela institucionalização do devido processo.[394]

Assim, aderimos ao posicionamento de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias acerca da celeridade, duração razoável e efetividade:

> Para que tais objetivos sejam atingidos, sempre consideramos imperiosa a implantação de mudanças na estrutura dos órgãos jurisdicionais, com número de juízes em proporção adequada à população que atendem e ao número de processos neles em curso, dotando-se-lhes de recursos materiais suficientes e de pessoal treinado e tecnicamente qualificado, aspecto do problema em questão sempre olvidado. Ao lado disso, impõe-se a mudança de mentalidade e de formação técnica dos operadores ou práticos do direito (juízes, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público), que precisam enxergar o processo como metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais, vale dizer, compreendê-lo como processo constitucionalizado e não como simples instrumento técnico da jurisdição ou mero calhamaço de papéis no qual o juiz profere sentença após a prática desordenada de atos pelos sujeitos processuais, como vem ocorrendo, de forma caótica, na maioria das vezes. [395]

Sendo assim, de nada adianta defender o sincretismo entre *segurança-celeridade*, eis que ainda são vistos como valores subjetivos do julgador, em que o processo é meramente um instrumento para a sua atividade de dizer o direito material a ser aplicado ao caso.[396]

É por tal razão que a efetividade deve ser intimamente interligada à Cidadania como ganho de legitimidade (o que será trabalhado mais adiante), a fim de se preconizar o sincretismo *segurança-legitimidade* na implementação de direitos fundamentais, de forma qualitativa, pela via da instituição constitucionalizada do processo. Somente desse modo é que se terá a *eficiência sistêmica*:

> O que se quer dizer é que o âmbito da efetividade-celeridade do direito é, na teoria da executividade em feições democráticas, só aferível pela **eficiência sistêmica** das garantias dos direitos de **vida-contraditório**, **dignidade-isonomia** e **liberdade-**

---

[394] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, cit., p. 109-111.

[395] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do Código de Processo Civil e o Modelo Constitucional de Processo, cit., p. 457.

[396] Nesse aspecto, relevante o alerta de Rosemiro Pereira Leal: "A utilização do Estado-juiz (invenção de Hobbes) para tornar eficaz o **processo** contra o indivíduo em prol de um suposto Estado-Segurança soberano em sua inerente imunidade nega o pleito fundamental de **eficiência sistêmica** nas democracias. O rigor e presteza de um judiciário autoritário não emprestam efetividade-celeridade à solução de conflitos, porque a Executividade que se busca é de todo o sistema jurídico e não das leis civis", razão pela qual deve ocorrer o "reconhecimento de direitos fundamentais da constitucionalidade processualizada". LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural, cit., p. 94.

> **ampla defesa** que são os fundamentos de um modelo de sociedade a ser **processualmente construída** e não uma sociedade contextualmente encontrada, aguardada (pretendida, exortada) ou achada substantivamente pelo homem.[397]

Assim, o sincretismo entre segurança jurídica com a busca irrefreada por celeridade e efetividade é que acaba por aumentar de forma gritante os poderes dos tribunais, principalmente superiores, que serão possibilitados de interditar o *processo* por meio de técnicas ideológicas de aceleração de procedimentos e manter a violenta *tutela jurisdicional* como centro de solução salvífica dos problemas e anseios sociais, conforme será exposto nos próximos tópicos.

É esse posicionamento da esmagadora maioria de juristas brasileiros que nos servirá como contraponto para a defesa e construção do instituto jurídico-processual dos precedentes no Estado Democrático de Direito.

5.2 O mito dos Tribunais Superiores como Cortes Supremas

Verifica-se desde a Exposição de Motivos do CPC/2015 que há um crescente movimento em prol do aumento de poderes dos Tribunais Superiores, o que se tornou mais evidente após a reforma realizada pela Lei 13.256/2016.

Referido movimento sustenta a tese que os Tribunais Superiores (STF e STJ) devam funcionar como Cortes Supremas por serem os detentores da última palavra do Direito, e, assim, garantir a segurança jurídica pela unidade da interpretação do ordenamento jurídico. Isso se daria com a criação de normas gerais e abstratas pelos precedentes vinculantes.

Os principais expoentes de tal corrente são Daniel Mitidiero[398], Luiz Guilherme Marinoni[399] e Hermes Zaneti Jr.[400], que embasam suas ideias na obra "Il vertice ambiguo:

---

[397] LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural, cit., p. 94.

[398] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores como cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit.

[399] MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, cit., 2016. MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

[400] Apesar de Hermes Zaneti Júnior entender que qualquer tribunal pode formar precedente, ainda há a defesa das cortes supremas. ZANETI JÚNIOR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, cit. ZANETI JÚNIOR, Hermes. Cortes Supremas e Interpretação do direito. *In*: GALLOTTI, Isabel. *Et all.* **O Papel da jurisprudência do STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

saggi sulla cassazione civile" de Michelle Taruffo[401]. Assim, denominamos tal movimento como o *mito* dos Tribunais Superiores como Cortes Supremas, pelos fundamentos que iremos expor abaixo.

O mito, segundo Emanuele Severino, não seria "uma invenção fantástica, mas sim a revelação do sentido essencial e total do mundo" e estaria relacionado com o sacrifício, ou seja, com o "acto através do qual o homem conquista o favor dos deuses e das forças supremas que, de acordo com a revelação do mito, reinam no universo".[402]

Por sua vez, Nicola Abbagnano leciona que o que o mito diz "não é demonstrável nem claramente concebível, mas sempre é claro o seu significado moral ou religioso, ou seja, o que ele ensina sobre a conduta do homem em relação aos outros homens ou em relação à divindade".[403]

A corrente defendida pelos processualistas supracitados pode ser considerada como um mito, visto que possuem a *crença* de que os Tribunais Superiores, ao se tornarem Cortes Supremas, irão revelar todo o sentido essencial do ordenamento jurídico pela via dos precedentes obrigatórios e ditar o destino e a conduta do Cidadão (falado-infantilizado), como se fossem forças supremas divinatórias do direito.

Daniel Mitidiero aduz que os Tribunais Superiores estariam vinculados à uma compreensão cognitivista do Direito, em que a atividade jurisdicional teria como escopo apenas declarar uma norma pré-existente e controlar a legalidade das decisões recorridas pela via de uma jurisprudência uniforme. [404]

As Cortes Supremas, ao contrário, teriam como objetivo a "atividade de *reconstrução* da ordem jurídica mediante a outorga de sentido a textos e a elementos não textuais do sistema jurídico", para a consecução de dar unidade ao Direito e orientar a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico pela sociedade e pelos órgãos jurisdicionais.[405]

Nesse sentido, as Cortes Supremas orientariam a aplicação do Direito "mediante a

---

[401] TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 163. "Pontue-se que a concepção de Corte Suprema com função criativa dirigida ao futuro foi constituída (como contraponto às Cortes de Terceira Instância) por Michele Taruffo de modo a permitir a estes Tribunais escolhas essencialmente valorativas da melhor interpretação das normas ou, como pontua o mestre italiano, da escolha da interpretação justa". NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio Quinaud. HORTA, André Frederico Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes, cit., p.17.

[402] SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 19.

[403] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p.784-785.

[404] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores como cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente, cit., p.35.

[405] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores como cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente, cit., p.55.

justa interpretação da ordem jurídica, sendo o caso concreto apenas um pretexto para que essa possa formar *precedentes*". [406]

A segurança jurídica, então, estaria adstrita à interpretação do ordenamento jurídico dada pelas Cortes Supremas ao criarem precedentes como fonte do direito e darem unidade ao ordenamento jurídico, vindo a moldar a conduta dos juízes, tribunais e jurisdicionados. Nas palavras do jurista gaúcho:

> As Cortes de Precedentes – também conhecidas como Cortes Supremas – visam a outorgar *interpretação prospectiva e unidade do direito* mediante formação de precedentes. Essas Cortes não devem atuar para conhecer de cada um dos casos concretos decididos pelas Cortes de justiça a fim de uniformizar a aplicação do direito – em outras palavras, não devem exercer controle retrospectivo sobre as Cortes de Justiça. Devem atuar a fim de *guiar as futuras decisões das Cortes de Justiça, dos juízes a elas vinculados, da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil*. Vale dizer: devem atuar de forma prospectiva, outorgando unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação.[407]

Por essa visão, qualquer julgamento servirá de pretexto para a formação de precedentes ou para a manutenção de afirmação da autoridade de precedentes tidos como violados. Assim, a "*autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta*".[408]

Sob tal perspectiva, quaisquer decisões proferidas pelas Cortes Supremas poderiam se transformar em precedentes e, caso violadas por alguma divergência dos órgãos jurisdicionais, seriam encaradas "como um *fato grave*, como um *desrespeito* e um *ato de rebeldia* diante da sua *autoridade*, que deve ser *evitado* e, em sendo o caso, *prontamente eliminado* pelo sistema jurídico e pela sua própria atuação". [409]

Luiz Guilherme Marinoni, no mesmo caminho de Mitidiero, defende que as Cortes Supremas devem dar unidade ao Direito pela definição do sentido normativo diante circunstâncias de fato e de determinado momento histórico. Haveria, dessa forma, a necessidade de tal sentido normativo adquirir estabilidade, com a sua projeção sobre toda a sociedade.[410]

As decisões das Cortes Supremas seriam elaboradas pela via das valorações e da vontade do intérprete por um caráter "de criatividade a partir da lei". Tais Cortes, ao

---

[406] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores como cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente, cit., p.55.
[407] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p.91.
[408] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p.98.
[409] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores como cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente, cit., p. 70.
[410] MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC, cit., p. 18.

esclarecerem o sentido normativo, conferir-lhe-iam "unidade, revelando o 'direito judicial' que deve regular a vida em sociedade e guiar a solução de casos iguais ou similares".[411]

Afirma Marinoni que a autoridade dos precedentes criados pelas Cortes Supremas é que traria a segurança jurídica ao direito:

> Quer dizer que a autoridade dos precedentes das Cortes Supremas não apenas não pode rivalizar com o poder do parlamento, na medida em que naturalmente resulta do desenvolvimento da teoria da interpretação e da evolução do conceito de direito, como é imprescindível para a coerência da ordem jurídica, sem a qual não há segurança jurídica nem possibilidade de igualdade perante o direito.[412]

Os precedentes obrigatórios seriam dotados de autoridade, na medida em que devem refletir a coerência do direito e resultar em sua unidade. Os precedentes obrigatórios, criados pelas Cortes Supremas, viabilizariam a previsibilidade e o tratamento uniforme a casos similares, sendo um valor em si mesmo.[413]

Assim como Mitidiero, Marinoni também defende que o sentido dado pela Corte Suprema é aquele que deve ser observado pelos juízes e órgãos jurisdicionais sob pena do sistema não possuir qualquer racionalidade. Ou seja, apenas as Cortes Supremas seriam capazes de interpretar adequadamente o sentido normativo:

> Embora a decisão judicial não possa se esquivar da compreensão do significado dos direitos fundamentais e da consideração de elementos que, não estando definidos nas normas jurídicas, são imprescindíveis à sua compreensão, não há racionalidade em dar a todo e qualquer o juiz o poder de afirmar o significado de um direito fundamental e, não obstante isso, deixar-lhe desobrigado perante a palavra final da Corte Suprema. Isso simplesmente porque, em todo e qualquer sistema judicial dotado de racionalidade, cabe à corte de vértice definir o sentido dos direitos, particularmente dos direitos fundamentais, sendo apenas por essa razão lógica incompreensível a possibilidade de um juiz ou tribunal ordinário conferir a uma norma constitucional significado diverso daquele que já lhe foi atribuído pela Corte Suprema.[414]

Assim, a palavra final das Cortes Supremas trariam a coerência sistêmica à ordem jurídica e aplicação igualitária do direito, na medida em que este "abandonou o texto legal" e deu lugar às "decisões das Cortes Supremas", razão pela qual os precedentes "passaram a representar os critérios de orientação da sociedade e de solução de casos conflitivos".[415]

Hermes Zaneti Jr. também tem defendido uma alteração na função dos Tribunais

---

[411]MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**, cit., p. 158-159.
[412] MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC, cit., p.99.
[413] MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC, cit., p.105.
[414] MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC, cit., p.57.
[415] MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC, cit., p.94.

Superiores para que atuem como Cortes Supremas em um sistema de precedentes.[416]

Segundo Zaneti Jr., a função dos Tribunais Superiores tem migrado em todos os ordenamentos jurídicos, que deixam de atuar no controle das decisões, para se preocuparem com a uniformização do direito como cortes voltadas à interpretação (Cortes Supremas). Tal migração tem ocorrido pelo fato de que todo o texto necessita de uma interpretação, segundo as contemporâneas teorias interpretativas do direito. [417]

Desta feita, para o autor, um ordenamento jurídico que reconheça que os Tribunais Superiores possuem um papel de Cortes Supremas, "como tribunais de vértice" é que poderá "desenvolver uma teoria adequada dos precedentes apta a atingir seus objetivos básicos (racionalidade, confiabilidade, segurança jurídica, certeza e efetividade) e suas características essenciais (universalidade, normatividade, vinculatividade, estabilidade horizontal e vertical)".[418]

Nas palavras do autor:

> As cortes supremas se diferenciam das cortes superiores por uma série de razões. São características das cortes supremas, cortes de interpretação e precedentes, a função proativa, a nomofilaquia recursal e a unidade da interpretação do direito através dos precedentes, a igualdade perante o direito e a segurança jurídica como cognoscibilidade normativa, com eficácia para o futuro, o recurso é compreendido como *ius constitutionis*. [419]

Desta feita, a jurisprudência torna-se "*fonte primária no direito contemporâneo brasileiro*", na medida em que a interpretação do direito pelos precedentes vinculantes denotaria a função criativa dos tribunais (Cortes Supremas).[420]

Esse movimento já tem ecoado no Supremo Tribunal Federal, conforme se pode averiguar do acórdão proferido no Recurso Extraordinário RE 655265/DF, cujo redator do foi o Ministro Edson Fachin, que utilizou das obras de Daniel Mitidiero para consignar que o STF é uma Corte de Teses, conforme se extrai da ementa abaixo:

---

[416] "A teoria dos precedentes é uma teoria para Cortes Supremas. Isto quer dizer duas coisas: primeiro, que são as Cortes Supremas os principais destinatários de uma teoria dos precedentes por serem cortes de vértice e delas depender a uniformidade da interpretação do direito; segundo, porque também as Cortes Supremas devem ser vinculadas aos próprios precedentes do ponto de vista do ônus argumentativo para afastar a aplicação de um precedente ou superar um precedente antigo na aplicação atual.". ZANETI JÚNIOR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, cit., p. 291.

[417] ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, cit., p. 292.

[418] ZANETI JUNIOR, Hermes. Cortes Supremas e Interpretação do direito. *In*: GALLOTTI, Isabel. e*t all*. **O Papel da jurisprudência do STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.178.

[419] ZANETI, JÚNIOR. Hermes. Cortes Supremas e Interpretação do direito, cit., p.178.

[420] ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014, p.233 e 241.

> EMENTA: INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (OVERRULING) DO PRECEDENTE.
> 1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público (arts. 93, I e 129, §3º, CRFB - na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004) foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460.
> 2. Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (ratio decidendi) da Corte na referida ação declaratória.
> 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes.
> 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do stare decisis, que "densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógicoargumentativa da interpretação". (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).
> 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do stare decisis relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que "impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos". (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013).
> 6. Igualmente, a regra do stare decisis ou da vinculação aos precedentes judiciais "é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária. " (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011).
> 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade.
> 8. A inocorrência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado.
> 9. Tese reafirmada: "é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva".
> 10. Recurso extraordinário desprovido.

O pleito de que apenas as Cortes Supremas podem interpretar e ditar o sentido normativo como forma de implementar igualdade, previsibilidade e segurança ao ordenamento jurídico é prejudicial à construção do Estado Democrático de Direito.

Isso porque, a defesa dos Tribunais Superiores, STF e STJ, como Cortes Supremas, é apostar as cartas em uma jurisdição salvífica solipsista, voltada ao sincretismo das violências

fundadoras e conservadoras do direito (Estado-Segurança-Exceção), que impõem suas decisões autoritariamente em um *edifício de ponta-cabeça*.[421]

A busca por um fundamento soberano e único pelas Cortes Supremas gera um fechamento argumentativo que ignora por completo as premissas de igualdade interpretativa (hermenêutica isomênica) que devem haver entre Cidadão e Estado na democracia, pois coloca este último em uma posição de vantagem que reduz qualquer possibilidade de exercício de crítica científica pelo *medium* do devido processo.

Ora, esse discurso autoritário por uma *crença* irredutível nos fundamentos místicos (e míticos) da autoridade das Cortes Supremas e da autoridade do próprio precedente, acaba por camuflar e gerar um enorme vácuo normativo (espaço nu - desprocessualizado) reinado pela *razão jurisprudencial* que impede qualquer discursividade das partes na construção dos provimentos vinculantes.

A visão de que uma assembleia de especialistas (déspotas esclarecidos) seriam os únicos intérpretes da lei e da Constituição, ao invés de gerar racionalidade e previsibilidade ao sistema jurídico, torna-se um berço de irracionalidade, o que é muito bem alertado por Gustavo Faria, com esteio nas lições de Rosemiro Pereira Leal:

> [...] a submissão a essa razão jurisprudencial acarretaria entendimentos pela via dogmática de regras universais do discurso (ideologia), contextualizando verdades expressas por pretensões de universalidade e transcedentalidade, suprimindo as possibilidades crítico-argumentativas na estrutura de seu percurso construtivo. Revela-se, dessa forma, uma irracionalidade pela total ausência de crítica, mesmo que essas decisões se reportem a normas legais, haja vista que apenas o exercício de uma fiscalidade jurídica irrestrita e processualizada da validade normativa é legitimadora do encaminhamento decisório. [422]

É essa aposta nas virtudes das Cortes Supremas que "nos cria um modelo ultraestatalista que se autolegitima e esvazia o papel da cidadania, o que não se pode aceitar num Estado democrático de Direito" [423], já que relega a segundo plano os direitos e garantias fundamentais do processo.

Na processualidade democrática não é possível que apenas e tão somente um tribunal superior diga qual o sentido correto das normas pela via de um precedente, sob pena de torná-lo não-fiscalizável e abrir margem aos solipsismos dos julgadores, conforme leciona Dhenis Cruz Madeira:

---

[421] GRESTA, Roberta Maia. Segurança jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, cit.

[422] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p. 105.

[423] NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio Quinaud. HORTA, André Frederico Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes, cit., p.23.

> Não há margem, no discurso processual, para o aparecimento do *espaço soberano*, em que o agente governativo, legislativo e judiciário se apresenta como o *único mestre capaz de enunciar as verdades da lei*, o único capaz de dizer como a lei deve ser formulada, interpretada e aplicada. Na democracia, o *locutor autorizado da lei* é destronado, abrindo caminho para que os destinatários da norma jurídica também sejam capazes de dizer qual é a melhor interpretação. Por isto, o atual paradigma constitucional exige que a decisão judicial seja construída de forma compartilhada, e não mais solitariamente pelo juiz. O julgador, na Democracia, não julga sozinho, não é uma supraparte, não pode ser um sujeito solipsista que impõe sua posição subjetiva aos demais.[424]

Se faz presente, ainda, na tese das Cortes Supremas, um sincretismo entre os três tipos puros de dominação legítima estudados por Weber (legal, carismática, tradicional), uma vez que o próprio CPC/2015 homologa a confiança no carisma e na tradição das Cortes Supremas e dos precedentes vinculantes como sendo a solução de todos os problemas e aporias do sistema jurídico. Isso porque, ao defender que as decisões divergentes dos precedentes obrigatórios prolatados pela Corte devam ser extirpadas do mundo jurídico, Mitidiero, Marinoni e Zaneti Jr. buscam uma "subserviência, seja pela via legal (estatutária), tradicional (respeito à dignidade de algo ou alguém que se julga sagrado) ou carismática (decorrente da devoção à pessoa do senhor, às suas qualidades, seu poder intelectual ou oratória) " das partes ao Estado-Juiz.[425]

São essas amarras do espectro da segurança jurídica (violência normativa) que mantém um enorme paradoxo na criação de precedentes vinculantes, pois como é possível que as Cortes Supremas se "autogovernem" sendo que possuem poderes ilimitados para gerar precedentes a partir de qualquer decisão? Como pode a atividade jurisdicional criar o direito de modo solipsista e ser o próprio controle dessa atividade criativa das Cortes Supremas?

A visão de que um tribunal superior pode atuar de modo solipsista, sem limitações legais e constitucionais, torna-se um simulacro da democracia, eis que a desvirtua, como muito bem aponta Wendy Brown, para quem:

> [...] o governo dos tribunais equivale a uma subversão da democracia. Essa forma de governo não só inverte a crucial subordinação do poder judicial ao legislativo – subordinação que depende da soberania popular -, senão que transfere poder e politiza uma instituição que não tem caráter representativo.[426] (Tradução livre).

---

[424] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica**: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo, cit., p. 344.

[425] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p. 106.

[426] No original: "[...] el gobierno de los tribunales equivale a una subversión de la democracia. Esta forma de gobierno no sólo invierte la crucial subordinación del poder judicial al legislativo – subordinación de la que depende la soberanía popular -, sino que transfiere poder y politiza una institución que no tiene carácter representativo". BROWN, Wendy. Ahora todos somos demócratas, cit., p. 65.

Nesse sentido, entendemos que a palavra dos tribunais não poderá ser elevada à categoria de norma do direito, vez que o ordenamento jurídico somente terá legitimidade quando houver a construção participada de forma processualizada aberta a todos os membros da comunidade jurídico-política, sem que atributos de legitimação ligados à centralidade dos julgadores tornem-se referência da construção de decisões. [427]

Vale mencionar, a tese de que os tribunais superiores são Cortes Supremas ainda desvirtuam a própria função do instituto do recurso, tendo em vista que não objetivam, em um primeiro momento, à formação de precedentes. Se qualquer decisão pode vir a tornar um precedente, certamente o recurso perde sua funcionalidade de "instituto de garantia revisional exercitável na estrutura procedimental, como *meio* de alongar ou ampliar o processo pela impugnação das decisões nele proferidas" [428], pois acaba por ser um instrumento estratégico dos tribunais para a formação de precedentes vinculantes que irão reduzir o espaço discursivo processual.

Desta feita, é imprescindível a lição de Rosemiro Pereira Leal que reforça a inexistência, no Brasil, das Cortes Supremas, devendo os Tribunais Superiores serem mantidos em sua função constitucional de tribunais recursais:

> Do exposto e em se ressaltando que o Brasil não tem "Supremas Cortes", mas *tribunais recursais*, uma vez que nossos STF e STJ não podem, em paradigma de Estado Democrático (Estado não Dogmático), atuar pela judicialização da política na qualidade de guardiães míticos (tutores, mentores) de um sacratíssimo *livro constitucional* brasileiro, como apregoam os seus próprios ministros em sua excelsa e estranha nomenclatura [...] [429]

Portanto, conclui-se que a adoção da tese de que Tribunais Superiores devam atuar como Cortes Supremas, criando precedentes e teses gerais e abstratas a partir de qualquer decisão, o que já vem sido acolhido pelo STF, institucionaliza a violência normativa no CPC/2015 por um Estado de Exceção apto a gerar uma ditadura jurisprudencial pela manutenção do próprio poderio das autoridades judiciais.

5.3 O espaço desprocessualizado na formação dos precedentes: a interdição da lei pela vedação ao *non liquet*

Com a defesa de que os Tribunais Superiores são os guardiões da Constituição e da

---

[427] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p. 105.
[428] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 326.
[429] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p.307.

legislação infraconstitucional (Cortes Supremas)[430], outro ponto que merece destaque é a institucionalização da violência normativa pela vedação ao *non liquet*, ou seja, ao não decidir.

Em casos em que houver lacuna na lei[431] não é permitido ao julgador que se exima de julgar a controvérsia e "como tal, a atividade jurisdicional será sempre supletiva ou salvadora do vazio horrorizante da lei".[432] É o que já explicamos em outra oportunidade:

> Trata-se da chamada proibição do *non-liquet*, que consiste na proibição do não decidir pelo juiz. Nesse sentido, não se permite que o Estado-juiz tenha a faculdade de deixar de decidir um caso concreto, sob o argumento de incompletude do sistema jurídico, razão pela qual prolatará uma decisão conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, ou seja, conforme sua própria consciência, suas escolhas e seu senso de justiça.[433]

Nesse aspecto, a autorização de interdição/suspensão da lei pela própria lei, em casos de lacuna, é totalmente absorvida pela ideia de que os precedentes vinculantes são advindos apenas e tão somente da atividade jurisdicional, pois servirão de manuseio para que determinado sentido normativo seja imposto pelos tribunais superiores e também inferiores. É por isso que o precedente servirá como mecanismo da autoridade para o preenchimento de lacunas e a replicação do entendimento criado.

Tal situação tem se ampliado na medida em que os precedentalistas despontam que uma das funções dos precedentes é o auxílio na interpretação do direito diante de sua indeterminação. Daniel Mitidiero, com base no trabalho de Neil MacCormick e Robert Summers, é partidário do posicionamento de que devido à indeterminação do direito a interpretação deve ser dada e realizada pelas cortes judiciais, especialmente as Cortes Supremas, pois somente assim se terá a racionalidade do direito.[434]

Para o precedentalista gaúcho o direito seria indeterminado por dois motivos: "os *textos em que vazado são equívocos* e as *normas são vagas*". Os textos seriam equívocos, pois estariam contaminados por ambiguidades, seriam complexos, implicativos, defectivos e em

---

[430] "A *jurisdição constitucional* assim compreendida como desempenho (performance) do '*Poder Judiciário*' vinculado à eticidade substantiva de '*guardião de valores*' conformador do '*sentimento constitucional da comunidade*' em nada caracterizaria a noção de Estado de Direito Democrático, de vez que essa concepção extirparia o princípio do discurso (neutralidade deontológica), que absurdamente seria trocado pela razão prescritiva de uma Assembléia de Especialistas construtora de *decisões* por uma jurisprudência de valores calcados na tradição e autoridade". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, cit., p.114.

[431] Aqui e no presente trabalho utilizamos sempre a palavra "lei" no sentido técnico de "ordenamento jurídico", em acordo com o que leciona Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p.141-142.

[432] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, cit., p. 32.

[433] MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O "Paradoxo de Bülow" no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial, cit., p. 66.

[434] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p.64.

alguns momentos se apresentariam em rol taxativo ou exemplificativo. As normas, por sua vez, seriam vagas pelo fato de que não seria possível antever quais os fatos que recairiam nos seus âmbitos de incidência. [435]

Mitidiero, então, vai dizer que para o direito poder orientar condutas e cumprir os objetivos de liberdade e igualdade seria preciso reduzir a sua indeterminação e a interpretação seria o modo pelo qual "essa operação é paulatina e contextualmente realizada".[436] Por isso, Mitidiero vai defender que para a interpretação ser racional, a atividade do intérprete deve ter um resultado coerente e passível de universalização. [437]

Segundo Mitidiero, deve-se ter a priorização de uma compreensão dinâmica da ordem jurídica, além da necessidade de uma metodologia analítica que seja capaz de viabilizar o controle intersubjetivo das razões que sejam invocadas no momento da interpretação sendo uma questão fundamental para a tutela de direitos. Assim, o autor defende que se a norma jurídica é resultante da interpretação devido à indeterminação da linguagem jurídica, seria imprescindível "*dar atenção não apenas aos textos dotados de autoridade legislativa, mas também à atividade com que se outorga judicialmente sentido a esses textos*". [438]

Mitidiero, então, vai mais além:

> Mais do que isso, porém: se a norma constitui o resultado da interpretação, então não se pode mais supor que para dar unidade à ordem jurídica basta olhar para a constituição e para a legislação – *como esses documentos dotados normativa não estivessem sujeitos à interpretação*. Nessa perspectiva, imaginar que basta afirmar que todos têm direito à segurança, à igualdade e à liberdade tendo como referenciais exclusivos a constituição e a lei para que de fato exista uma sociedade segura, livre e igualitária *é não só uma ingenuidade indesculpável, mas também uma silenciosa conspiração contra o Estado de Direito, na medida em que propositadamente fecha os olhos para o que todos os dias potencialmente ocorre – interpretações diferentes para os mesmos textos constitucionais e legais diante dos inúmeros casos concretos levados à apreciação da Justiça Civil*. [439]

Por fim, defende o autor que diante da "*natureza reconstrutiva da ordem jurídica* empreendida pela jurisdição" é que se reconhece "a vinculação aos *precedentes judiciais* oriundos das razões invocadas para solução de casos judiciais pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça". [440]

O que se pode verificar das afirmações defendidas por Mitidiero é que a formação do

---

[435] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p.64.
[436] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p.67.
[437] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p.68.
[438] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p.73.
[439] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p.73-74.
[440] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p.74.

precedente se dá em um espaço desprocessualizado (espaço do soberano[441]), no qual a lei é interditada para a interpretação judicial prevalecer sobre as suas ambiguidades, lacunas e indeterminações.

É assim que se cria uma enorme confusão pelos precedentalistas acerca das noções de texto, discurso e norma, muito bem apontada por Rosemiro Pereira Leal:

> Os *precedentalistas* poundianos, crédulos na razão universal e experiência virtuosa da *auctoritas*, confundem caso e pedido, texto e discurso, conotação e denotação linguísticas, acham que o *texto* é a escritura legal (o estatuto, o estatuído, grafado) e o *discurso* é a *norma* advinda da interpretação do decisor em face do texto, este que, por si, não oferece significados para a fértil atividade judicial interpretativa. O *texto*, que seria os juízos mentais para a criação do raciocínio, é para os precedentalistas poundianos a linguagem escriturada, cujos sentidos não estão nela mesma, mas '*adscritos*' (sentido *a-latere*), só capturáveis pela *auctoritas*, como agregados ao texto a serem apreendidos 'por uma jurisdição reconstrutiva da ordem jurídica'. [442]

Ora, dentro da perspectiva da processualidade, texto, discurso e norma possuem significados distintos e desprendidos da atividade intelectiva solipsista do julgador. Baseando-se na *teoria do interpretante* de Edward Lopes[443], advinda de avançados estudos da linguística, a Teoria Neoinstitucionalista conjectura a distinção entre tais aspectos e se afasta do autoritarismo de um único interprete, pois é o devido processo que se torna o referente de toda atividade interpretativa.[444]

Segundo Edward Lopes, as teorias semânticas trariam três postulados, quais sejam: a) a sensatez da mensagem; b) o caráter oculto do significado e c) a inteligibilidade do sentido. Para o primeiro postulado, o discurso possui um sentido, no entanto, tal sentido não é imanente, pois caso contrário não haveria a necessidade de qualquer interpretação. Assim, para capturar o sentido do discurso, há a necessidade de interpretá-lo, significando que o sentido do discurso está fora dele, no espaço denominado de texto. Por sua vez, o segundo postulado realça que o sentido é algo que se procura. Ao se afastar da hipótese de que falta sentido no discurso, afirma-se que existe um excesso deles. A multissignificação do discurso, então, é continente de diversos textos. Essas diversas constatações de sentidos, quando o

---

[441] Segundo Dhenis Cruz Madeira, o espaço do soberano surge a partir da obstrução à "fiscalidade popular sobre a norma jurídica" que dá "margem à *vida nua*, criando-se um *espaço discursivo indemarcado e não-fiscalizável*. Com isso, fomenta-se o aparecimento do *espaço do soberano* (e não da soberania popular), do *locutor autorizado* da lei, que, à semelhança do *soberano* de Kafka, diz o que pode e o que não pode, sem, contudo, ofertar os fundamentos de suas decisões, ou mesmo, permitir que o destinatário da norma aponte as ausências do discurso normativo. Esse *espaço do soberano*, a nosso ver, permite a criação de uma 'dimensão política acima da justiça'". MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no estado democrático de direito, cit., p. 24.

[442] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p.300-301.

[443] LOPES, Edward. **Discurso, texto e significação**: uma teoria do interpretante, cit., p.01-11.

[444] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, cit., p.319-333.

discurso se torna texto, é que pode ser utilizada como desejo de dominação. Por fim, o terceiro postulado é aquele segundo o qual há o reconhecimento no autor do discurso como a única autoridade para dizer o que seu discurso significa.[445]

Nesse sentido, expõe Edward Lopes que é dado um privilégio a uma autoridade que irá, única e indiscutivelmente, dar o sentido do discurso:

> Diante de interpretações indesejáveis, feitas por um destinatário, o destinador da mensagem poderia sempre atribuir o subentendido à malevolente inépcia do ouvinte, operando, desse modo, a desqualificação do subentendido para requalificá-lo de mal-entendido. O dado da multissignificação do discurso estava, então – e ainda está, para aqueles que nisso acreditam -, a serviço de um *privilégio da significação* que é a camuflagem do *privilégio do mando* de uma *auctoritas* única e indiscutível.[446]

Ao transpor essa contribuição para o direito, Rosemiro Pereira Leal aduz que "o legislador seria o autor autoritário do discurso legal (seu genuíno locador a inocular a *mens legislatoris*) e o juiz (decisor) o sublocador a engendrar um texto (juízos de aplicação como *mens legis*)", em que "o 'justo' legal implicaria no **ajuste** que o autor do **texto** (intérprete-decisor) realizasse da *mens legislatoris* segundo sua inteligência de sublocador do sentido da lei (*mens legis*) para prestar 'jurisdição'". [447]

Assim, se trespassarmos especificamente à questão dos precedentes, a indeterminação do sentido das leis (discurso legal) possibilitaria que os tribunais o ajustassem segundo à maneira que interpretassem (texto), de modo a manipular o discurso e, consequentemente, o sentido normativo. Esse, inclusive, é um dos motivos que denominamos a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* como a razão jurisprudencial e a órbita da autoridade, pois o sentido dado ao precedente estará intimamente conectado à atividade jurisdicional.

Com efeito, a formação do precedente estará a ocorrer em um espaço amorfo, desprocessualizado, que transforma o precedente em uma norma resultante apenas e tão somente da atividade intelectiva dos julgadores e que não acresce em nada na legitimidade decisória e na construção do Estado Democrático de Direito.

É o que aponta Rosemiro Pereira Leal, ao refutar Daniel Mitidiero:

> De conseguinte, se o *precedente* é formado a partir de uma *decisão judicial*, à instância do ensino do professor Mitidiero, como recinto reconstrutivo do direito pela interpretação jurisdicional já balizada no Brasil como supletiva da lei e guardiã de uma segurança jurídica indemarcada (arts. 4º e 5º da LINDB – Lei nº 12.376/2010) que se estabiliza pela prática indutiva (proibição do *non liquet*) extraída da realidade (presunção de verdade, fatos notórios e incontroversos), tal se

[445] LOPES, Edward. **Discurso, texto e significação**: uma teoria do interpretante, cit., p.3-4.
[446] LOPES, Edward. **Discurso, texto e significação**: uma teoria do interpretante, cit., p.4-5.
[447] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, cit., p.322.

> fundamenta no senso comum ou senso comum do conhecimento da autoridade decisora (art. 375 do NCPC/2015). A adoção de *precedentes* no direito brasileiro, se acolhida nessa perspectiva, pouco importando as fontes históricas de sua criação, nenhuma *segurança jurídica* traria para a implementação de um projeto de Estado Democrático (Estado não Dogmático), a não ser que previamente se acatassem, desde a base *precógnita* do discurso processual da coinstitucionalidade, os biunívocos direitos fundamentais (*interpretantes* linguístico-jurídicos intradiscursivos) de vida-contraditório, liberdade-ampla defesa, isonomia-igualdade (dignidade) como preconiza minha *teoria neoinstitucionalista* que trabalha *decisão jurídica*, não *de-cisão* judicial afeta aos praticantes do mito baconiano (*epagoge*).[448]

Destarte, o que Mitidiero sequer leva em consideração é o fato de que a interpretação do direito se dá compartilhada e dialogicamente, em igualdade interpretativa de todos sujeitos processuais (isomenia), a partir do interpretante do devido processo na construção do sentido normativo[449], pois só assim se pode conjecturar o instituto processual do precedente no direito democrático. Nesse aspecto, tanto os dispositivos legais, os fatos e provas devem ser "interpretados, vistos e discutidos sob todos os ângulos, sendo inequívoco que tal atividade deva ser realizada também pelas partes, a quem deverá ser assegurada a possibilidade de ventilar seus argumentos em isonomia, em contraditório e em ampla defesa".[450]

A norma, desta feita, não é apenas resultante da intepretação jurisdicional a ser extraída do precedente, como divulgam os precedentalistas, pois consiste em uma "categoria intelectiva que, inferida do texto da lei, indica o *padrão de licitude* adotado pelo Estado na criação e disciplinação de direitos".[451] A norma jurídica (padrão lógico de licitude) adotado no ordenamento jurídico nunca poderá ser legitimada pela palavra de uma assembleia onisciente de intérpretes especialistas como os precedentalistas tentam implementar no direito pátrio, "desdizendo os princípios que informam o paradigma do Estado constitucionalizado no Brasil".[452]

---

[448] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p.302.

[449] Explica Andréa Alves de Almeida: "O devido processo como interpretante não apenas veda que o sentido normativo seja imposto pela autoridade do destinador (legislador ou juiz) ou pela subjetividade do destinatário (autor e réu). Veda também interpretação extrassistêmica, pois a veredição (correspondência) é intradiscursiva, a verdade de um sentido ou fundamento de uma decisão depende de um retorno da interpretação ao discurso que ela pretenda interpretar (devido processo constitucional)". ALMEIDA, Andréa Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, cit., p. 85.

[450] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no estado democrático de direito, cit., p.132.

[451] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 201. Rosemiro Pereira Leal ainda completa: "A *norma*, portanto, é categoria de logicidade de todo o sistema jurídico com um único corolário, que é a fixação hermenêutica da *licitude* como *síntese* de permissão, dever e vedação. [...] Nesse quadro de reflexão podemos distinguir, então, a *norma jurídica* entendida pelo padrão lógico de *licitude* adotado no ordenamento jurídico de um Estado-nação ou Estado-região (comunidade de povos) e a *norma legal*, cujo sentido seria o estrito ao texto específico de um artigo, frase ou trecho oracional de uma lei". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 201-202.

[452] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p.101. É por isso que Gustavo Faria defende que a relação precedente-norma "não colabora

Pelo fato de que a Teoria Neoinstitucionalista do Processo "se compromete com a autoinclusão processualizada de todos os cidadãos na inserção dos direitos fundamentais"[453] é que eventuais vazios normativos devem ser construídos dialogicamente em um espaço processual regido pelo contraditório, ampla defesa e isonomia, o que certamente permitirá que o precedente seja legitimado e esteja em consonância com a constitucionalidade democrática.

Concluímos, pois, com Rosemiro Pereira Leal:

> Na democracia, o direito é um campo da existência posta pela lei processualmente produzida, não podendo haver realidade jurídica fora da existência suscetível de constante testificação processual. No direito democrático, se a lei, em qualquer nível, é obscura, ininteligível, lacunosa, ambígua, antagônica, inadequada, por anomia ou antinomia, caberia ao juiz decidir segundo os conteúdos paradigmáticos da teoria do Estado Democrático de Direito em suas bases de fundamentalidade jurídica (direitos humanos) já pré-julgados na instância coinstituinte da institucionalização de direitos. [454]

Portanto, é somente com o processo que se pode afastar do espaço do soberano e construir uma teoria processual dos precedentes "liberta do discurso secular e estratégico de dominação pelo Estado"[455] em que prevalece a vontade de uma assembleia de especialistas a impor segurança (violência) pela preservação de sua própria autoridade.

5.4 A ritualidade no CPC/2015 pelas técnicas ideológicas de aceleração de procedimentos

Ao aderir à "sacralidade do dito sacerdotal que revela o reservado sentido normativo não cotidiano (jurisdição)"[456], o CPC/2015 traz em seu texto técnicas ideológicas de aceleração de procedimentos, as quais violam e impedem a consecução de direitos fundamentais pelo povo com a implantação de uma *jurisdição relâmpago* que desdenha o processo de conhecimento.

Tais técnicas, amparadas pela "harmonização de decisões futuras por um *a priori* referencial de *segurança jurídica* a ser prestada a toda comunidade jurídica como um benévelo assistencialismo de um *Poder Judiciário*" não cumpre com a uniformização de

---

com a busca pela desmistificação de uma razão judiciária inderrogável". FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p. 105.

[453] MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O "Paradoxo de Bülow" no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial, cit., p. 72.

[454] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, cit., p. 34.

[455] ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, cit., p.144.

[456] LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante)projeto do novo Código de Processo Civil, cit., p. 385.

jurisprudência estável, íntegra e coerente, eis que trabalham o "'juiz-rei' do *freirecht* hitlerista como amparo a uma 'sociedade orfã' em direitos fundamentais do *devido processo*".[457]

A rejeição à cognição[458] é tamanha que o processo de conhecimento foi interditado e passou a figurar não mais na parte geral do Código, mas, sim, na parte especial, como se as *tutelas* fossem a regra geral a serem seguidas e aplicadas antes da *cognição*.

Diante desse *fetiche das urgencialidades*[459], aliado à supervalorização dos precedentes,[460] surge a estranha figura da *tutela de evidência*[461] com previsão normativa no artigo 311 do CPC/2015[462]. Os responsáveis pela inclusão de tal dispositivo entendem que se fazia necessária a tutela de direitos evidentes, ou seja, "aqueles direitos contra os quais o réu não seria capaz de apresentar *contestação séria*, o que tornaria inútil aguardar todo o transcurso procedimental para, somente ao final, proceder com a entrega da tutela jurisdicional ao autor daquilo que já se tinha *certeza* quando da propositura da ação".[463]

Nessa esteira, a segunda parte da previsão contida no inciso II do artigo 311 é que nos interessa para fins do presente trabalho, pois diz respeito à concessão da tutela de evidência

---

[457] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p. 303.

[458] Daniel Mitidiero é radical em sua defesa de que se deve excluir o *cognitivismo interpretativo* para que se tenha sucesso na implantação do precedente judicial no direito brasileiro. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit. É o que diz Rosemiro Pereira Leal, ao exercer a refutação crítica ao processualista gaúcho: "O apelo cartesiano-ovidiano que faz o professor Daniel Mitidiero pela radical exclusão do *cognitivismo interpretativo* para o êxito do *precedente judicial* no Brasil não suscita o painel histórico da *cognição*, como método da ordinariedade procedimental, para tornar possível a teoria do *processo de conhecimento* que é a propedêutica da possibilidade de *acertamento* de direitos de Chiovenda a Fazzalari". LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p. 300.

[459] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 346-349. Francisco Rabelo Dourado de Andrade disserta: "É que a pretexto das urgencialidades se instala o *fetiche da justiça rápida* com aumento de poderes do juiz para livre interpretação, valoração e valorização sumária das alegações e provas, se isto realmente fosse admissível sem o estabelecimento do contraditório, aportando-se na garantia constitucional do *acesso à jurisdição* (art. 5º, XXXV, CB/88) como sendo a base constitucional das tutelas de urgência isolada das garantias inerentes ao devido processo legal (art. 5º LIV, CB/88)". ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, cit., p. 175.

[460] Nesse aspecto, "assiste-se no direito brasileiro a uma importação irrefletida de conteúdos atinentes ao sistema *common law* no sentido de explorar intensamente seus influxos na operação da jurisprudencialização do direito e da compatibilização decisória como instrumentos úteis ao atingimento de resultados rápidos e efetivos pela *tutela jurisdicional*". ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, cit., p. 204.

[461] A tutela de evidência mostra-se como espécie do gênero tutela provisória, assim como a tutela de urgência. A diferença é que a tutela de evidência dispensa o requisito da urgência em sua concessão. Acerca da nomenclatura de evidência, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e outros preferem a expressão tutela *da* evidência. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et alii*. **Estudo sistemático do NCPC**, cit., p.68.

[462] Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

[463] ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, cit., p. 21.

quando "houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante". A evidência do direito do autor estaria contida aqui em uma decisão anterior (precedente) que traria a certeza e previsibilidade do resultado e daria abertura à uma tutela imediata de tal direito, até mesmo sem a oitiva do réu (art. 9º, II, do CPC/2015[464]).

A problemática da tutela de evidência concedida com base em precedentes é, além da possibilidade de sua concessão sem oitiva das partes, o fato de que se proferem decisões "não procedimentalmente processualizadas egressas da interdição do processo e abafamento do sujeito de direito (legitimado ao processo) em um recinto *jurisdicionalizado* (não *processualizado*) em que *poder* e *decisão* se confundem na figura do intérprete alocado no centro de um *discurso jurídico*".[465]

Essa situação se agrava e se torna mais perigosa quando adotada a tese das Cortes Supremas, em que qualquer decisão dos tribunais superiores pode se tornar um precedente. Isso porque, haveria para os precedentalistas de tal corrente a possibilidade de interpretação extensiva do inciso II, tornando passível de qualquer decisão fosse utilizada para a concessão da tutela de evidência. É o que preconiza Daniel Mitidiero:

> No entanto, é preciso ter presente que o que demonstra a inconsistência da defesa do réu – hipótese geral em que se insere a hipótese particular concernente aos precedentes e à jurisprudência vinculante – e autoriza a tutela da evidência não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em 'julgamento de casos repetitivos' (isto é, incidente de resolução de demandas repetitivas e recurso especial e extraordinário repetitivos, art. 928 do CPC) ou em 'súmula vinculante'. É o fato de o pedido formulado encontrar-se fundamentado em *precedente* do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em *jurisprudência vinculante* dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de recursos repetitivos, assim como a jurisprudência vinculante pode ou não ser oriunda de incidente de resolução de demandas repetitivas (nada obsta, por exemplo, que seja oriunda de incidente de assunção de competência).[466]

Ergue-se com isso a *tutela da jurisdição* que desprocessualiza e reduz a "democraticidade do discurso jurídico mediante a eliminação de procedimentos, a supressão da fiscalidade, a imunização à crítica teórico-científica e a vedação ao exercício do contraditório, isonomia e ampla defesa", o que "acata uma jurisdição sem o *devido processo*".[467]

---

[464] Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.

[465] ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, cit., p. 204-205.

[466] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p. 111.

[467] ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, cit., p. 210.

O que se deve cogitar no Estado Democrático de Direito não é a *tutela jurisdicional*, mas, sim, a *tutela da lei* pela via de uma estrutura procedimental processualizada em que se exige amplo debate entre os sujeitos do processo. Essa é a crítica que expõe Rosemiro Pereira Leal:

> Muitos intérpretes dos arts. 294 e 311 do NCPC imaginam, ao conferirem equivalência aos institutos da sentença e da tutela legal, que ali se cuida de *antecipação dos efeitos da tutela* do juiz ou do juízo e não da *lei*, enfocando a tutela jurisdicional como instrumento de salvação dos males do Judiciário pela 'responsabilidade ética e social' de um juiz corajoso que trata de 'novos direitos', ainda que na *lei* não estejam. Para esses hermeneutas, a *tutela jurisdicional* não seria o conteúdo tutelar da *lei* aplicada pela sentença, mas a *própria* sentença, que pode ou não tutelar a *lei* para emitir julgamentos. Acham que a sentença não é preparada pelas *alegações* das partes, mas ato jurídico tutelar e solitário outorgado pelo juiz.[468]

É por tal razão que a tutela de evidência, ainda fiel ao *despotismo jurisdicional*[469] e ao saber-poder jurisprudencial não acatam os fundamentos da constitucionalidade, pois permite a supressão de direitos fundamentais do processo, que se erigem imprescindíveis para a construção legitimada dos provimentos e precedentes jurídico-processuais.

Por sua vez, outro *rito* na aplicação de precedentes vinculantes diz respeito à improcedência liminar do pedido prevista no artigo 332. Segundo tal dispositivo, nas causas em que se dispense a fase instrutória, poderá ocorrer o julgamento de improcedência liminar quando o pedido do autor for contrário a I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local, sendo dispensada a citação do réu e proferida sentença.

No entanto, mais uma vez a tese de Mitidiero acerca das Cortes Supremas tenta desvirtuar tais dispositivos ao considerar que qualquer precedente pode servir para julgar o pedido liminarmente improcedente, com fincas a eliminar a estrutura procedimental para se promover uma suposta e camuflada "tempestividade da tutela jurisdicional".[470]

---

[468] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 243. A crítica à expressão tutela jurisdicional também é muito bem delineada por Francisco Rabelo Dourado de Andrade. ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, cit., p. 163-167.

[469] ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, cit., p. 185-190.

[470] É o que se extrai das palavras de Mitidiero: "Todavia, não são só os *precedentes retratados em súmulas* do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ou oriundos do *julgamento de recursos repetitivos* que geram a possibilidade de improcedência liminar do pedido. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, retratados ou não em súmulas, decorrentes ou não de julgamento de casos repetitivos, autorizam a improcedência limiar do pedido. Se a improcedência liminar constitui forma de

É daí que se verifica como encaixam os discursos de uma segurança-celeridade prevista desde a Exposição do CPC/2015 com a supervalorização do protagonismo dos tribunais, dando-lhes poderes excepcionais para suprimir e vilipendiar o *devido processo*.

Contudo, tal dispositivo mais uma vez viola a constitucionalidade democrática advinda da processualidade por possuir o que Rosemiro Pereira Leal denomina de aspectos antinômicos exógenos e endógenos, ou seja, contrários à Constituição e às normas fundamentais do CPC/2015. É o que muito bem expõe o autor:

> Ao repetir o velho CPC da ditadura, um impasse normativo NCPC-CF aflora-se no *caput* do art. 332 do NCPC que estabelece: "Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido [...]". Ora, como se sabe, a sentença de procedência ou improcedência é uma sentença de *mérito*, logo a permissão legal do NCPC, na vigência da CF/88, para se expender, em regime *liminar*, um julgamento de mérito implica afastar a concreção procedimental pelas partes, preparatória da decisão (sentença), quanto ao debate dos pressupostos, causa de pedir e pedido, portanto com supressão do *devido processo legal* na demanda litigiosa assegurado no inc. LIV do art. 5º da CF/88. Aqui temos uma antinomia *endógena* (do Código consigo mesmo pelos arts. 1º e 332) e *exógena* do Código ante a CF/88. O NCPC, ademais, no *caput* do mesmo art. 332, ainda levanta a possibilidade de proferimento de *sentença de mérito* com dispensa da citação do réu e da fase instrutória. Claro que, nesse passo, ausente a fase instrutória, estaria afetado o exercício do contraditório e ampla defesa como direitos fundamentais constitucionalizados (art. 5º, LV, da CF/88).[471]

É louvável a tentativa de se reduzir a agressão ao devido processo pela improcedência liminar do pedido quando, antes de proferida a decisão, o autor for intimado para tentar demonstrar a distinção do seu caso com o precedente em obediência ao princípio do contraditório e da proibição de decisões surpresa.[472]

Todavia, ainda se esvazia a estrutura procedimental processualizada que permitirá a construção e contínua fiscalização de provimentos para prevalecer o espaço de mentes soberanas, privilegiadas, inacessíveis e infalíveis, ditando e revelando o sentido das normas pela *justiça judiciária* célere e pacificadora dos conflitos sociais.

Da mesma forma que o artigo 332 permite a improcedência liminar do pedido, o artigo

---

abreviação procedimental ligada à necessidade de promoção da tempestividade da tutela jurisdicional (arts. 5º, LXXVIII, CF, e 4º, do CPC) e fundada na percepção de que é inútil prosseguir com o processo, dada a imediata percepção judicial de ausência de razão pelo autor, então não há por que limitá-la a precedentes sumulados ou a casos repetidos. Também diante dos demais precedentes – não sumulados e não oriundos de casos repetidos – é apropriado pensar-se em abreviar o procedimento a fim de que se promova a tempestividade da tutela jurisdicional". MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p. 112.

[471] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 353.

[472] Tal posicionamento é defendido por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e outros. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et alii*. **Estudo sistemático do NCPC**, cit., p.55-56. Também por Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Flávio Pedron e Alexandre Bahia. THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentação e sistematização**, cit., p.426.

932 em seus incisos IV e V permitem que o relator, monocraticamente, negue liminarmente provimento ao recurso ou, após a apresentação de contrarrazões, dê provimento liminarmente ao recurso, sempre nos casos em que os precedentes estiverem envolvidos.[473]

Mais uma vez cabe mencionar que se camufla uma violência normativa de segurança jurídica ao se permitir a interpretação extensiva de tais dispositivos pela defesa das Cortes Supremas.[474]

O que se gera diante disso tudo é o total ou quase total bloqueio de acesso à jurisdição processualizado e democrático, pois o autor terá seu pedido julgado liminarmente improcedente e, após a interposição de Recurso de Apelação, este poderá ter seguimento negado monocraticamente pelo relator, o que ensejará o Agravo Interno passível de multa por manifesta improcedência diante da existência de precedente. Ato contínuo, com a interposição do Recurso Especial e sua inadmissão na origem, por ser contrário a precedente, somente será cabível o Agravo Interno ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça, mais uma vez passível de multa. Após tal nível recursal, não se tem recurso específico que seja manejável para acessar os tribunais superiores, conforme expusemos em relação à reforma da Lei nº 13.256/2016.

Com isso, o direito-de-ação, compreendido como "instituto de direito constitucionalizado que enseja o exercício do *direito de movimentar a jurisdição*"[475] de forma processualizada e incondicionada, acaba por ser eliminado pela atividade instrumental replicadora de entendimentos firmados em precedentes vinculantes criados, aplicados e reproduzidos, que está preocupada apenas com a quantidade e não com a qualidade das decisões (compartilhamento decisório pelo devido processo).

Por fim, mas não menos relevante, outra técnica ideológica de aceleração de processos diz respeito à possibilidade de dispensa de caução no Cumprimento Provisório de Sentença quando "a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos" (art. 521, inciso IV

---

[473] Art. 932. Incumbe ao relator: [...] IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

[474] Essa defesa é, mais de uma vez, de Daniel Mitidiero. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação, cit., p. 112-113.

[475] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 215.

do CPC/2015). Assim, torna-se possível "o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real" (art. 520, inciso IV, do CPC/2015). Técnica também preocupante se utilizarmos das proposições e ideologias de Mitidiero.

Isso porque, mais uma vez a agressão ao devido processo legal é deslavada e perturbadora, ao também desconsiderar qualquer possibilidade de superação ou distinção do precedente aplicado na sentença exequenda provisoriamente, o que, efetivamente, fere com o disposto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição de 1988 em que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

O impedimento de se permitir qualquer tentativa de distinção e superação do precedente priva as partes do exercício pleno do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, sem qualquer chance de diálogo processualizado.

Forçoso, então, concluir a nossa crítica com o que expõe André Cordeiro Leal:

> Tudo isso anuncia que o que talvez se pretenda, com o novo CPC brasileiro, é o controle concentrado não só de constitucionalidade, mas também, e estranhamente, da própria legalidade, o qual passa pela escolha de sacerdotes supremos autorizados a (enfim) fixar, de forma definitiva e inquestionável, o sentido dos textos legais e constitucional pela **consagração** (sacralização) desse sentido, que é, então, **interditado** (**dito no limiar** intransponível, para o cidadão, entre o profano e o sagrado) ao questionamento, sob pena de configurar-se uma tentativa de profanação punível com multas e penalidades por litigâncias de má-fé, sem que nada se diga, no entanto, sobre eventual judicação de má-fé.[476]

Portanto, a *ritualidade* no CPC/2015 encontra-se presente quando se adotam técnicas de aceleração de procedimentos que aumentam irrefletidamente os poderes de juízes e tribunais e impedem quaisquer questionamentos, refutações, testificações, distinções e superações de precedentes, pela *sacralização* de uma segurança jurídica que continuará sendo "instrumento (**ferramenta-chicote**) da atividade estatal normalizadora"[477] e violentadora de direitos fundamentais do povo.

---

[476] LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante)projeto do novo Código de Processo Civil, cit., p. 385.

[477] LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante)projeto do novo Código de Processo Civil, cit., p. 387.

6 A RESSEMANTIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA: POR UMA TEORIA PROCESSUAL DA DEMOCRACIA

Apresentaremos no capítulo final a ressemantização da segurança jurídica que passa a ser compreendida como legitimidade democrática advinda do processo como instituição constitucionalizada. A partir dessa ressemantização, serão propostos elementos que possibilitam a construção de uma teoria processual dos precedentes e de um procedimento constitucional de revisão dos precedentes, que permita o devido processo como *locus* de exercício da cidadania.

6.1 O Processo como instituição de fiscalidade incessante

Diante do que defendemos no presente trabalho, desde o primeiro capítulo, de que o processo é uma instituição jurídico-linguística constitucionalizada que visa à implementação de direitos fundamentais pela via dos princípios do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-igualdade/dignidade a se permitir a legitimidade dos provimentos estatais, cabe aprofundarmos na noção, também já defendida, de que o processo é uma instituição de fiscalidade e controle incessantes de tais pronunciamentos decisórios.

Se faz crucial tal aprofundamento, pois somente assim é que a segurança jurídica poderá ser ressemantizada, dessacralizada, desmistificada e desmitificada como um mecanismo de preservação do poder estatal para se configurar na noção de legitimidade advinda da processualidade democrática. Somente dessa forma é que se pode conjecturar uma teoria processual da democracia e, via de consequência, construir uma teoria do precedente como instituto processual.

Para tanto, é imperiosa a compreensão de que o *processo* não é mais um instrumento a serviço da jurisdição como preconizado pelas teorias do processo desde Oskar Von Bülow a Italo Andolina[478], já superada após o salto epistemológico dado com a *Teoria Neoinstitucionalista*, mas uma "instituição regente de toda criação, transformação, postulação

[478] As teorias do processo a que nos referimos são: teoria do processo como relação jurídica de direito público, teoria do processo como situação jurídica, teoria do processo como instituição, teoria estruturalista do processo e teoria constitucionalista ou modelo constitucional de processo. Sobre a crítica e estudo aprofundado de tais teorias, cf.: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 143-160. VARELA, Alexandre de Oliveira. MUNDIM, Luís Gustavo Reis. Teorias do processo e processualidade democrática: incursões pelo racionalismo crítico. *In*: FREITAS, André Vicente Leite de; DINIZ, Fernanda Paula. (Org.). **Estudos avançados em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 1, p. 3-21.

e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos”. [479]

A partir dessa noção exposta, a perquirição do processo como instituição de fiscalidade incessante deve ter alicerce nas bases democráticas conferidas ao *devido processo*, não mais extraídas de uma sociedade civil pressuposta em que a autoridade conduziria os sentidos normativos, mas pela autoinclusão de todos na construção, aplicação e extinção de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Rosemiro Pereira Leal, em artigo sobre a temática do devido processo, expõe que o *due process of law* constante da Carta Magna de João Sem Terra de 1215 se concretizaria quando juízes estivessem no mesmo nível de igualdade em relação às liberdades, bens, costumes e tradições do lesado ou ameaçado em direitos. Nesse sentido, propugnava-se um direito comum (*law of commons*) entre os nobres contra os reis, que por terem direitos iguais não poderiam ser “afetados ou surpreendidos por vontades soberanas de governos ou estatalidades”.[480]

Assim, aponta Rosemiro Leal que o requisito para exercício e garantia do *due process of law* era o fato de que o lesado ou ameaçado em direitos deveria “ser homem livre como seus *pares* que viessem a proferir o julgamento”, ou seja, “a paridade definia-se pela condição socioeconômico-política entre pessoas e *não* por lei escrita pelo povo constituinte que a todo povo igualasse por simétrica paridade processual”.[481]

Nesse caminho, o autor expõe que o devido processo, pela tradição do *due process of law*, colocaria o tribunal na centralidade do sistema jurídico, sendo o *locus* privilegiado do exercício da jurisdição para o acertamento de direitos. [482]

Desta feita, nesse sistema do *common law* (igualdade com os reis), a lei que garantiria o *due process* ainda seria extraída da eticidade e moralidade dos juízes, pois a instituição e revelação do *due process* só se daria pela figura do monarca, sendo “devido aos *pares* pela judicação dos juízes”. [483] O instituto do *due process*, então, não seria um direito fundamental construído e garantindo constitucionalmente pelo conjunto de legitimados ao processo, mas

---

[479] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 156-157.

[480] LEAL, Rosemiro Pereira. O due process e o devir processual democrático. *In*: SOARES, Carlos Henrique. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias (Coord.). **Direito processual civil latino-americano**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 02.

[481] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 87-88.

[482] Rosemiro Pereira Leal assevera: “A *doxa* (cláusula) histórica do *devir* como devido pela *traditio* da *law of the land*, e não do que é *devido* pela vontade do legislador, põe o *trial* (tribunal) nos albores do sistema de *common law* como lugar privilegiado de reconhecimento – acertamento (*jurisdictio*) de direitos e não o *parliament* (assembleia de legisladores – os *law-makers*)”. LEAL, Rosemiro Pereira. O due process e o devir processual democrático, cit., p. 03.

[483] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 88.

um mecanismo para proteção de vida, liberdade e propriedade dos pares.[484]

É o que expõe Fabrício Simão da Cunha de Araújo, em análise do artigo de Rosemiro Pereira Leal:

> O *due process of law*, dessarte, é modo de proceder compatível e abonador do razoável histórico (*law*), onde se tem direito de acesso a uma justiça conforme oportuna e convenientemente, ou seja, discricionariamente concebida pelos civis, incluídos sociais, condutores do processo histórico e a quem a tradição tem sido favorável (por isso condutores).
> Assim, será extremamente válido e legítimo lançar mão da ética (assim como da razoabilidade, da tradição e dos costumes, enfim de pautas axiológico-pragmáticas) como parâmetro condutor da avaliação do comportamento das partes em juízo, exclusivamente no *common law* em que a criação do direito se dá, efetivamente, pelos tribunais, a partir das *laws*, que não é demais frisar, são extraídas do (ou até mesmo se confundem com o) pragma (*law of the land* = tradições, costumes, moral).[485]

Com efeito, as matrizes orientadoras do *due process of law* seriam a ética, as tradições, as características socioeconômicas das partes e juízes, enfim, escopos metajurídicos que "acabam ganhando caráter intangível, irrefutável e até mítico-imaginário"[486] advindos da sapiência da autoridade que se imuniza e cria um espaço infiscalizável e indemarcado (vácuo normativo – Estado de Exceção).

Essa lógica autocrática, reificadora das desigualdades sociais e ampliadoras do poder do Estado constante da perspectiva do *due process of law*, apenas reafirma a violência estatal a ser atingida por um Estado-Segurança dominador e encaminhador do destino do povo a bel prazer de suas vontades e conveniências.

É por isso que na perspectiva Neoinstitucionalista, o *devido processo* não é encaminhado ou construído a partir das sensibilidades, ideologias, interesses ou condições socioeconômicas repetidas no curso da história e criadas pelos juízes (*due process of law*), mas, sim, a partir da "*articulação argumentativa* das *partes* (indivíduos, pessoas) que se faz pela estrutura procedimental constitucionalmente processualizada concretizadora do *due process*".[487]

Somente assim é que se torna possível conjecturar a implementação e abertura ao direito e à sociedade democráticos que possibilite ao conjunto de legitimados ao processo (povo e não somente os civis-patrimonializados) a possibilidade de exercer a fiscalidade do

---

[484] LEAL, Rosemiro Pereira. O due process e o devir processual democrático, cit., p. 02.
[485] ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A lealdade na processualidade democrática**: escopos fundamentais do processo, cit., p.196.
[486] ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A lealdade na processualidade democrática**: escopos fundamentais do processo, cit., p. 196.
[487] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 91.

sistema constitucional "como recinto fundante (fundamental) dos direitos de contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade, vale dizer, direitos fundamentais de *vida, liberdade* e *dignidade* projetados conforme os princípios institutivos do *contraditório, isonomia* e *ampla defesa*".[488]

E é esse rompimento que anuncia Rosemiro Pereira Leal:

> A *teoria neoinstitucionalista do processo* inaugura uma concepção de **devido processo** como *devir* a partir de uma linguisticidade jurídica que é marco *interpretante* de criação (vir-a-ser) e atuação de um sistema normativo de tal modo a permitir a fusão biunívoca de vida-contraditório, liberdade-ampla defesa, isonomia-dignidade (igualdade), como direitos fundantes (fundamentais) de uma coinstitucionalidade instrumental à sua respectiva implementação. A constituição não é um mero artefato gráfico-cartular (ou eletrônico), mas um **discurso** cujo **texto** se faz por uma **teoria do processo** como **interpretante** construtivo e operacional do sistema a possibilitar um *igual direito* de interpretação para produtores e destinatários normativos [...] [489]

Posto isso, Dhenis Cruz Madeira leciona que o instituto do devido processo se torna o fator hermenêutico da atividade cognitivo-jurisdicional, que deve ser marcada pela observância do princípio da legalidade, da procedimentalidade e dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, sendo regente da função jurisdicional. Eventual decisão que transgredir tais preceitos será extrassistêmica, incontrolável e ilegítima.[490]

Nessa esteira, o princípio institutivo do contraditório passa a ser compreendido como a "dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo *direito-garantia* de se manifestarem". Caso o contraditório não se fizer presente no processo, haverá a perda da "base democrático-jurídico-principiológica" deste, razão pela qual o arbítrio do julgador prevaleceria na centralidade decisória. [491]

Assim, o exercício constante da fala, da argumentação e da discursividade dar-se-ão por meio do contraditório, que passa, então, a ser compreendido a partir da junção com a *vida* (contraditório-vida), vez que é a fala que permite a criação de vida humana (existência jurídica) e, via de consequência, a autoinclusão na construção das decisões.[492]

---

[488] ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, cit., p.153.

[489] LEAL, Rosemiro Pereira. O due process e o devir processual democrático, cit., p. 12.

[490] MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. *In*: TAVARES, Fernando Horta. (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 132-133.

[491] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p.167.

[492] Expõe André Del Negri que "o estudo do direito à vida só poderá ser compreendido pelo princípio do discurso jurídico processualizado, uma vez que o direito à vida passa pelo estudo da discursividade (direito à vida discursiva), pois o grande fator que distingue o *homem* do *animal* é a *linguagem* e, dessa forma, entender o *direito à vida* e o *direito à vida digna* (art. 5º, *caput*, + art. 1º, inciso III) torna-se indispensável à

Em seu turno, a ampla defesa atuará como coextensão do contraditório e consiste na "liberdade e plenitude de defesa a partir da exauriência argumentativa na ordinariedade na construção da cognição no tempo devido e modo estruturado normativamente (devido processo legal)".[493]

A ampla defesa não significará defesa grande ou infinita, mas uma forma de argumentação lógico-jurídica-processual a ocorrer no tempo e no espaço estruturados tecnicamente pelo devido processo legal, razão pela qual somente será ampla quando for exercida em uma estrutura procedimental adequada.[494]

É daí que advém a construção biunívoca com a *liberdade*, conforme leciona André Del Negri:

> [...] não podemos entender a *liberdade* somente no movimentar livre do homem (liberdade de ir-e-vir), pois, se assim fosse, estaríamos refletindo a liberdade tão-somente no espaço biológico. Para que o direito à liberdade seja efetivo, tem-se que falar na liberdade de locomoção entrelaçada à liberdade lógico-teórica (mundo do pensar) que se configura no direito à ampla defesa (reserva legal do Processo) ao construir argumentos com a tentativa de procurar eliminar erros em determinadas circunstâncias [...] [495]

Por sua vez, a ampla fiscalidade normativa pela instituição do processo somente será exercida se também houver isonomia, conforme fizemos referência no primeiro capítulo. E é partir dela que "emerge a autêntica proposta hermenêutica" da Teoria Neoinstitucionalista do Processo que fornecerá "o requisito para a consolidação da eficácia autoincludente da participação jurídica: a igualdade *interpretativa* do órgão judiciário e do cidadão perante a lei".[496]

Pela conjectura da hermenêutica isomênica, torna-se defeso que o Estado conserve "o privilégio de conferir um sentido ao discurso (lei) por acesso a um código que não se encontra igualmente disponibilizado aos cidadãos", eis que a isomenia "é o instituto que promove o nivelamento dos componentes da comunidade jurídica".[497]

A hermenêutica isomênica, portanto, como direito igual de interpretação e argumentação para todos é que irá assegurar a participação em procedimentos processualizados e permitir que a legitimidade decisória seja democrática e atrelada à ampla fiscalidade inerente ao processo.

---

compreensão do Direito Constitucional democrático contemporâneo". DEL NEGRI, André. **Teoria da constituição e do direito constitucional**, cit., p.334.

[493] CRUZ, Clenderson Rodrigues da. **A ampla defesa na processualidade democrática**. Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 72. v. 10.

[494] CRUZ, Clenderson Rodrigues da. **A ampla defesa na processualidade democrática**, cit., p. 167.

[495] DEL NEGRI, André. **Teoria da constituição e do direito constitucional**, cit., p.340.

[496] GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**, cit., p. 191.

[497] GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**, cit., p. 192.

Ainda, o elemento da *isocrítica* é que trará igualdade "entre o *povo* para poder fiscalizar os conteúdos da norma em meio ao ordenamento jurídico"[498] e tal perspectiva também deve ser estendida aos precedentes, a fim de se possibilitar a sua crítica, reconstrução, desconstrução, distinção e superação.

São por tais premissas que o processo permitirá a criação de um *espaço jurídico processual democrático*[499] em que não há a tomada de decisões solipsistas pelo Estado-Juiz, mas, sim, a existência de uma discursividade compartilhada em igualdade interpretativa.

Desta feita, *estar em juízo democrático*[500] significará a autoinclusão do povo na formação do provimento estatal pela via dos princípios institutivos do processo, contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade/igualdade, os quais não são passíveis de supressão.[501]

Assim, deve-se permitir a construção de *vida jurídica*, como aponta Rosemiro Pereira Leal, sob pena de imunizar a eliminação de erros:

> No **direito democrático**, a linguagem teórico-processual apresenta uma relação de inclusão com as ideias humanas de vida, liberdade e dignidade, daí não se conceber **vida humana** sem concomitantemente abertura ao **contraditório, ampla defesa** e **isonomia**. Humana não seria a vida se vedado ao homem descrever e argumentar. Não pode ser proibido ao homem debater **processualmente** o delírio (erros) de sua própria fala, porque perderia sua condição humana. [502]

Aliada aos princípios institutivos do processo, a fundamentação das decisões também

---

[498]BONFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Morais. **Decisões inconstitucionais no controle de constitucionalidade**: os efeitos pro futuro, cit., p. 136.

[499]"A teoria neoinstitucionalista, esclarecendo o devido processo como instituinte do direito democrático, viabiliza a instauração de um espaço processual de discursividade crítica para investigação e construção do significado da lei democrática pelos destinatários do provimento. O processo como eixo-teórico-linguístico torna possível a desativação dos sentidos preestabelecidos no texto da lei, a fim de romper com o autoritarismo do saber extrassistêmico do decididor (legislador ou juiz) onividente". ALMEIDA, Andréa Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, cit., p.145.

[500] "Ora, o *estar em juízo* que não seja democrático constitucionalizado no Brasil atual é estar num órgão sem delineamento processual em que a *hermenêutica jurídica* se entrega ao realismo mecanicista e ao empirismo convencionalista sensibilizados pela mítica do talento, poder e clarividência da *auctoritas*". LEAL, Rosemiro Pereira. O estar em juízo democrático. *In*: AURELLI, Arlete Inês *et al*. (Coord.). **O direito de estar em juízo e a coisa julgada**: estudos em homenagem a Thereza Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 372.

[501] "Não parece correto afirmar que os direitos fundamentais e os princípios institutivos do processo possam ser afastados ou suprimidos em prol do interesse público, pois, além de ser impossível a delimitação do que venha a ser o 'interesse público', alguns princípios, como os institutivos (ampla defesa, contraditório e isonomia) são absolutamente inafastáveis. É possível aceitar, em casos expressos em lei, o afastamento de alguns princípios informativos, mas não o dos institutivos, vez que esses formam a própria instituição processual, constituem direitos fundamentais das partes e formam a base do discurso jurídico-democrático. Como já se afirmou, a ampla defesa, o contraditório e a isonomia são princípios previamente acertados na plataforma constitucional, constituindo direitos fundamentais *líquidos* (são auto-executivos, não carecendo de regulamentação) e certos (infungíveis, não podendo se abrir mão), formando a *coisa julgada constitucional*. Devem ser aplicados, não admitindo suplantação ou subtração". MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo, cit., 134.

[502] LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, cit., p. 65.

é crucial para o exercício da fiscalidade pelo povo.[503] Ronaldo Brêtas leciona que a fundamentação deve ser resultante lógico da atividade procedimental que foi realizada em torno das questões discutidas e dos argumentos que foram construídos e debatidos pelo exercício do contraditório pelas partes.[504]

Essa concatenação principiológica deve ocorrer, pois "a racionalidade da decisão só pode ser encontrada na interpretação compartilhada dos textos legais democraticamente elaborados e na reconstrução dos fatos pelas partes" [505], permitindo-se o efetivo controle da atividade judicante.

Reduzir a participação das partes por uma fundamentação alheia ao ordenamento jurídico, com base em escopos metajurídicos, é retroceder à teoria do processo como relação jurídica[506] e depositar, no juiz, a atividade salvífica de resolução da conflituosidade da sociedade.

O contraditório e a fundamentação das decisões, por conseguinte, são considerados "irmãos siameses"[507] por possibilitarem que as partes constatem terem sido ouvidas e reconheçam a existência de um processo democraticamente legitimado.[508] Desta feita, uma decisão que desconsiderar os argumentos produzidos no percurso procedimental acabará por manter o monopólio interpretativo "e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional,

---

[503] Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias sustenta que a fundamentação possui as seguintes razões lógico-jurídicas: a) controle de constitucionalidade da função jurisdicional para exercer fiscalização sobre o embasamento legal da decisão; b) tolher subjetivismos, ideologias do julgador quando de seu pronunciamento decisório; c) verificar a racionalidade da decisão ante à necessidade de se apreciar a argumentação das partes e d) possibilitar melhor estruturação dos recursos a serem interpostos contra a decisão. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p. 175-176.

[504] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p. 174-175. O autor explica, com base em Carnelutti, que "*ponto* é o fundamento da pretensão ou da defesa que surge induvidoso ou incontroverso no processo. Quando as partes estabelecem discussão (controvérsia) em torno do *ponto*, este se converte em *questão*. Logo, para Carnelutti, *questão* é todo *ponto controvertido ou duvidoso* – de fato, de direito processual ou de direito material – que desponto no processo, objeto da discussão das partes e da decisão que será proferida", assim, no processo "as *razões de justificação* (argumentos) das partes, envolvendo as *razões de discussão* (questões), produzidas em contraditório, constituirão *base* para as *razões da decisão*, e aí encontramos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático". BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p. 174-175.

[505] LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**, cit., p. 106.

[506] Concordamos com a oportuna a lição de Rosemiro Pereira Leal: "A aceitar irrefletidamente o ensino de Büllow a Liebman e deste aos instrumentalistas de hoje, alojando-se aqui os positivistas e neopositivistas, adeptos fatalistas da necessária garantia, interpretação e aplicação do direito em critérios *lato* e *stricto sensu* entregues à *justiça civil* de portadores natos de saberes oriundos de uma eticidade irretocável e experiência de vida pacífica e respeitosa (consciência moral cristalizada em ideologias apodícticas), não nos é possível excluir os escopos metajurídicos processuais da esfera de uma judicância mítico-clarividente, nem pensar uma aproximação CONSTITUIÇÃO-PROCESSO". LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição Democrática, cit., p. 289.

[507] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p. 177.

[508] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p. 64.

tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade".[509]

É o que conclui Rosemiro Pereira Leal ao conjecturar a *teoria processual da decisão jurídica*:

> O cuidado que se impõe ao falar numa *decisão democrática* é exatamente identificá-la dentro da estrutura do devido processo coinstitucional, por sua expansividades judiciais, legislativas e administrativas, como *provimento* de todos os sujeitos do processo e *não* do ato humano monocrático ou colegiado decorrente de um dos sujeitos do processo como função ou órgão protetor da estrutura procedimental processualizada que, a rigor democrático, dispensa qualquer volitiva de tutela ou cobertura judicial cortesã, porque é nessa estrutura processual, como espaço jurídico-pluralístico-discursivo, que se legitima toda atividade estatal normativa no paradigma jurídico da democracia.[510]

A referida articulação principiológica é que realça "a enunciação do princípio do *devido processo constitucional* como instituto de problematização e testificação teorizada (no sentido popperiano) do discurso normativo, além de ofertar fiscalidade constante da atividade prestada pelo Estado no exercício das funções executiva, legislativa e jurisdicional".[511]

A atuação do processo compreende-se pela *metalinguagem*[512], que elege a fiscalidade incessante do ordenamento jurídico como seu *núcleo democrático* na medida em que abre a possibilidade de arguição da própria fala e linguagem, que são falíveis e passíveis de equívocos e críticas.

Desta feita, na construção do Estado Democrático de Direito, delineado a partir da concepção de sociedade aberta, se faz mais importante fiscalizar o governante do que indagar quem o será. O discurso processual se apoia na ideia de "*poder* (indagando sobre quem o emana), *responsabilidade* (de quem o exerce, diretamente ou por delegação) e *controle* (fiscalização dos atos praticados pelos agentes públicos)". Assim, a democracia se alicerça na fiscalização dos atos emanados pelos agentes públicos e, especificamente na atividade judicante, dos juízes e julgadores. [513]

---

[509] LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**, cit., p. 105.

[510] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, cit., p. 112.

[511] ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, cit., p. 152.

[512] "A metalinguagem é a linguagem que utilizamos para comparar, compreender e avaliar as linguagens que são objeto do nosso estudo, incluindo a nossa. As linguagens em investigação são as linguagens objeto, por elas falamos (descrevemos) coisas, fatos, situações e atos. As limitações da linguagem objeto são levadas a cabo com a metalinguagem. A atitude de comparação crítica nos faz transcender a essa limitações da linguagem objeto impostas naturalmente pela realidade cultural. Essas limitações são estranhas, pois normalmente, embora nos aprisionem, não nos damos conta de que estamos sendo barrados. A crítica contraposta na comparação e na avaliação da verdade da linguagem objeto nos leva a ter consciência da prisão e, então, esse esforço crítico e criativo vai nos possibilitar construções maiores e mais amplas continuamente, para transcender a linguagem natural". ALMEIDA, Andréa Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, cit., p. 176.

[513] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica**: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo, cit., p. 352.

É o que leciona Dhenis Cruz Madeira:

> Mesmo que o povo expresse sua vontade por meio da eleição de seus representantes, há que se assegurar, durante todo mandato eletivo, o direito de fiscalização daquele que foi eleito. No caso dos cargos ocupados mediante concurso público ou nomeações diretas, também deve ser garantido o direito de fiscalização, porquanto os ditos agentes públicos também exercem uma função estatal em nome do povo, sendo, inclusive, pagos com o dinheiro público. Assim como um advogado (mandatário) pode ser fiscalizado por seu cliente (mandante), todo aquele que exerce uma função pública ou presta um serviço público pode ser fiscalizado por aqueles que são destinatários de suas decisões, devendo tal fiscalização ser realizada em espaços procedimentais de argumentação. [...] Esse espaço procedimental deve ser regido por princípios jurídicos que garantam a existência de um espaço discursivo livre, demarcado, isonômico e não arbitrário. [514]

Diante da fiscalização proporcionada por procedimentos processualizados abertos a todos do povo do sistema jurídico (sociedade aberta), balizada pelo *devido processo* em seus pilares democráticos, conjectura-se no marco teórico da *Teoria Neoinstitucionalista do Processo* a construção de um *Código Processual de Fiscalidade Institucional* "com especializada densidade procedimental e de acesso irrestrito pelo direito fundamental de petição a reger uma atuação ampla de todos os destinatários normativos quanto à vigilância incessante da eficácia do sistema jurídico à obtenção de *transparência preventiva* da gestão pública". [515]

Tal visão, de que o processo é uma instituição de fiscalidade incessante, só é proporcionada pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo que, no contexto da Pós-Modernidade, supera a mítica figura do decididor, e assim, prioriza:

> [...] uma realidade constitucional democrática em que qualquer do povo possui competência irrestrita para questionar não só a autoridade, mas também a constitucionalidade de normas postas pelo povo a ele próprio. Essa fiscalização dar-se-á através de mecanismos, ou, mais corretamente falando, direitos fundamentais previamente estabelecidos no texto constitucional, quais sejam: o processo e seus princípios institutivos.[516]

Infere-se, então, que o exercício de ampla e incessante fiscalidade pelo *medium* constitucionalizado do processo e sua principiologia é crucial para a construção do Estado Democrático de Direito, aberto à testificação continuada por todos do povo. Apenas assim é que podemos compreender a segurança jurídica de forma a afastá-la do Estado-Segurança hobbesiano e, consequentemente, propor uma teoria *processual* dos precedentes em acordo

---

[514] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica**: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo, cit., p. 353.

[515] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 380.

[516]BONFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Morais. **Decisões inconstitucionais no controle de constitucionalidade**: os efeitos pro futuro, cit., p.117.

com a *legitimidade democrática*.

6.2 Cidadania e efetividade: a necessária correlação para o ganho de legitimidade

Em interessante trabalho sobre os fundamentos da processualidade democrática, Roberta Maia Gresta faz um estudo sobre a noção de Cidadania voltada à construção do Estado Democrático de Direito. A sua análise perpassa pelas concepções de Cidadania desde o Século V a.C., ainda centradas na figura do Estado e no dogmatismo, até se alcançar a proposta Neoinstitucionalista cunhada por Rosemiro Pereira Leal.[517]

Segundo a autora, concepções estatalistas acerca da Cidadania fazem com que apenas o Estado reconheça quem é considerado como cidadão, o que impõe aos excluídos "o desafio descomunal de pavimentar estrategicamente sua trilha de acesso ao estatuto de direitos e garantias outorgados ao cidadão". [518]

Nesse sentido, não há quaisquer espécies de vinculação das decisões em relação às questões, teses e argumentos suscitados pelos cidadãos nos âmbitos das funções estatais (legislativa, executiva e judicante). Por tal motivo, a participação do cidadão é esvaziada, mantendo-se em um espaço em que a autoridade estatal (governantes, legisladores, juízes) impõe suas decisões conforme sua consciência. Nas palavras da autora:

> O espaço de atuação da Cidadania se instala em procedimentos deliberativos *indemarcados*, porque neles as prerrogativas e mesmo o *status* de cidadão não são premissas esclarecidas teoricamente, mas variáveis de um conceito aberto a ser preenchido ideologicamente. [519]

Ante à essa problemática, torna-se crucial que haja a conjectura de uma perspectiva jurídica da participação do cidadão, a fim de que se implemente a igualdade institucional entre Estado e Cidadania. [520]

Atento a esse problema, Rosemiro Pereira Leal encaminha o exercício da Cidadania pela via da processualidade democrática, visto que, no Estado Democrático de Direito, a noção de Cidadania não pode estar atrelada a conotações estatalistas "ligadas a um aleatório e ocasional exercício do voto ou a mobilizações sociais como formas tidas como importantes para provocar significativas transformações ou controles estruturais da sociedade política".[521]

A Cidadania, então, é concebida como um vínculo jurídico-político-constitucional, que

---

[517] GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**, cit., p. 09-60.
[518] GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**, cit., p. 50.
[519] GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**, cit., p. 50.
[520] GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**, cit., p. 50.
[521] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, cit., p. 130.

passa a ter o cidadão como vetor dos pronunciamentos estatais, além de construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico, o que só é possível de ser efetivado pelo devido processo constitucional. [522]

Pela perspectiva jurídica (juridificante) da noção de Cidadania, o cidadão é incluído nas instâncias decisórias, dado que a enunciação de sentidos passa a ter caráter vinculativo. Assim, não é suficiente a presença do cidadão nas instâncias de deliberação ou a mera oportunização de manifestação, pois o sentido que este irá enunciar deve ser considerado na prolação das decisões.[523]

A enunciação de tais sentidos é possibilitada pela via do processo, pois, como explica Rosemiro Pereira Leal:

> Em *direito democrático*, o *processo* abre, por seus princípios institutivos (isonomia, ampla defesa, contraditório), um espaço jurídico-discursivo de auto-inclusão do legitimado processual na *Comunidade Jurídica* para construção conjunta da *Sociedade Jurídico-Política*. Tem-se, assim, no legitimado ao processo, por si próprio, o agente legal (remetente-receptor) do exercício de *auto-entrega* de sua pessoal *cidadania* no Estado Democrático de Direito. [524]

Desta feita, é pelo processo e seus princípios institutivos do contraditório-vida, da ampla defesa-liberdade e da isonomia-igualdade/dignidade que se permite a autoinclusão do cidadão no sistema jurídico e a construção de uma sociedade de falantes e não falados, eis que o sentido normativo enunciado pelo cidadão vincula os pronunciamentos decisórios.

A violência normativa e interpretativa só pode ser combatida e reduzida pela Cidadania, eis que essa passa a ser o *locus* de demarcação de igualdade interpretativa e argumentativa entre cidadão e Estado pelo devido processo.

Pela perspectiva da processualidade democrática, a Cidadania não é subordinada ao Estado, visto que:

> 1) a Cidadania não é um beneplácito estatal, mas um vínculo que conecta a pessoa diretamente ao estatuto jurídico-político inscrito na Constituição; 2) O ordenamento jurídico não é uma doação do Estado, mas objeto de construção e reconstrução permanente por meio de decisões (legislativas, administrativas e judiciais); 3) O cidadão não é mero destinatário da tutela estatal, pois participa dessas decisões como condutor.[525]

Gera-se, pela concepção Neoinstitucionalista de Cidadania, a inclusão de todos do

---

[522] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, cit., p. 130.
[523] GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**, cit., p. 56.
[524] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, cit., p. 130.
[525] GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**, cit., p. 9.

povo na construção dos provimentos estatais, sem que haja a exclusão dos despatrimonializados por uma sociedade civil pressuposta.[526]

Essa construção teórico-jurídica é que permite a superação do que Friedrich Müller denomina como povo icônico[527] para se compreender a noção de sujeito constitucional[528] (povo ativo), que permite a efetivação da Cidadania pela via do devido processo constitucional.[529]

Para se alcançar o direito igual de interpretação entre Cidadão e Estado (hermenêutica isomênica), em uma horizontalidade institucional, e vincular o sentido enunciado pelo Cidadão, é necessário realizar um entrelaçamento com a efetividade, uma vez que permitirá o ganho de legitimidade democrática.[530]

Sobre o nexo entre Cidadania e efetividade, Calmon de Passos alerta que ambas palavras possuem uma carga simbólica muito grande e, devido a esse fator, podem ser utilizadas para uma manipulação ideológica. [531]

A efetividade, segundo Calmon, não pode ser considerada como um valor em si mesmo, eis que não se levaria em consideração a qualidade do que foi decidido e se imporia uma valorização do ato de poder do magistrado, apenas voltado a gerar consequências materiais. O discurso processual, então, torna-se inócuo frente ao prestígio do "ato de poder" e da "*autoridade* da decisão do magistrado", vez que o cidadão é excluído do *iter* de construção dos pronunciamentos decisórios. [532]

Inobstante a denúncia feita por Calmon de Passos, a sua visão acerca da efetividade

---

[526] LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil, cit., p. 4.

[527] MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 61-67.

[528] Segundo André Del Negri, "O sujeito constitucional não é senão a soma das reivindicações empregadas dialeticamente numa relação com o outro em sociedade, pois a expressão não pode afastar do constitucionalismo. O sujeito constitucional, portanto, só será reconhecido quando lhe for assegurada a condição de protagonista das decisões mediante compartilhamento decisório (discurso que vincula todos os atores humanos que estão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais)". DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.p.29-30.

[529] Nos dizeres de José Alfredo de Oliveira Baracho, "a cidadania, para a sua efetivação plena, demanda múltiplas incursões sobre o conceito de garantia e dos princípios constitucionais do processo". BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995, p.9.

[530] "É que, quando escrevemos, em direito democrático, sobre *cidadania* como conteúdo de *processualização* ensejadora de *legitimidade democrática*, o que se sobreleva é o nivelamento de todos os componentes da comunidade jurídica, para, individual ou grupalmente, instaurarem procedimentos processualizados à correição (fiscalização) intercorrente da produção e atuação do direito positivado como modo de *auto-inclusão* do legislador-político-originário (cidadão legitimado ao *devido processo legal*) na dinâmica testificadora da validade, eficácia, criação e recriação do ordenamento jurídico caracterizador e concretizador do tipo teórico da estatalidade constitucionalizada.". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, cit., p. 130.

[531] CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Cidadania e efetividade do processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Síntese, p. 30-35, set./out. 1999, p.30.

[532] CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Cidadania e efetividade do processo, cit., p.32.

ainda pressupõe um entrelaçamento entre direito e poder, depositando a segurança jurídica na figura do Estado-Juiz e a legitimidade do direito no mero legalismo.[533]

Ao realizar uma refutação crítica aos textos de Calmon de Passos, Andréa Alves de Almeida nos dá um importante alicerce para correlacionar Cidadania e efetividade, eis que esta torna-se fator para a obtenção de legitimidade do direito, pela demarcação do devido processo constitucional.[534]

A efetividade, então, se aproxima da noção de legitimidade, visto que só é possível ter um direito efetivo quando os destinatários normativos se reconheçam como autores e partícipes da construção dos provimentos de forma compartilhada, o que só se dará pelo processo constitucionalizado. Nas palavras da autora:

> A efetividade processual, no paradigma democrático, aproxima-se assim do conceito de legitimidade, ou seja, somente é possível quando os destinatários das normas se considerarem seus autores. São os destinatários da normatividade legislada que efetivam o ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo legal, mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis. Não há como operacionalizar a democracia pelos órgãos jurisdicional, legislativo e executivo por si mesmos, pois a democracia é um sistema aberto e nenhuma das esferas do Estado pode pressupô-lo e/ou absolutizar valores como corretos e universais. Na razão (concepção) discursiva, a efetividade processual se dá e se preserva pela regência do devido processo constitucional na atividade legiferante e jurisdicional [...] [535]

A legitimidade somente é conferida pelo devido processo constitucional e pela observância obrigatória dos princípios institutivos do processo que, de modo algum, podem ser suprimidos por uma decisão solipsista do Estado-Juiz, sob pena de criação de um espaço arbitrário, infiscalizável e antidemocrático.[536]

Desta feita, a perspectiva instrumental da efetividade, já criticada em tópico anterior, não pode prevalecer e não é suficiente para a construção do Estado Democrático de Direito, posto que a jurisdição se torna o centro de legitimação do direito sem levar em consideração o diálogo processual entre os sujeitos processuais (partes, juízes, Ministério Público).

Nesse sentido, “fala-se em efetividade do direito, do processo e pelo processo quando há observância dos direitos e garantias fundamentais processuais no desenvolver dos

---

[533] Segundo Calmon de Passos, é “Impossível haver contradição entre o momento legislativo da produção do direito e o momento judicial de sua aplicação no seio da organização política que o produz. Essa a razão pela qual em todas as eras da nossa história, em todos os agrupamentos políticos, o magistrado sempre foi a segurança da efetividade da vontade do poder instituído”. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, ano III, v.3, n. 15, jan./fev. 2002, p. 07.

[534] ALMEIDA, Andréa Alves. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**, cit., p. 104.

[535] ALMEIDA, Andréa Alves. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**, cit., p. 105-106.

[536] MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo, cit., p.140.

procedimentos e na construção dos provimentos" o que irá direcionar para o "ganho de legitimidade para o sistema jurídico por meio do atendimento ao devido processo legal".[537]

Uma vez, então, que o exercício da Cidadania se dá pela observância da principiologia constitucional e institutiva do processo, necessária sua articulação com a efetividade, a fim de que haja o ganho de legitimidade e eficiência sistêmica, além do reconhecimento do povo sujeito constitucional como construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico.

Assim, na processualidade democrática, a segurança jurídica deve ser ressemantizada para se figurar como legitimidade, pois o *ganho sistêmico* gerado pela implementação de direitos fundamentais se mostra "como um objetivo inescapável para se considerar como efetivo o processo e, por conseguinte, a decisão construída válida, devendo, então, ser ela – a *legitimidade* – o significado de *segurança jurídica* numa democracia pós-moderna".[538]

6.3 A vinculação dos precedentes a partir da causa de pedir e pedido

Conforme expusemos anteriormente, a vinculação dos precedentes não pode ser extraída de uma *ratio decidendi* (razão jurisprudencial) construída de forma solipsista pelos julgadores. Na processualidade democrática, a vinculação dos precedentes deve se dar a partir da *causa de pedir* e *pedido*, pois são *antecedentes lógicos* integrantes do *núcleo construtivo* dos precedentes.[539]

A *causa petendi* ou causa de pedir é subdividida em próxima e remota. A primeira consiste nos fundamentos jurídicos existentes na lei positiva e irão dar embasamento à pretensão da parte, ao passo que a segunda se expressa pelas alegações fáticas "de licitude do pretendente ao reconhecimento de direitos em face de outrem que se lhe contrapõe em situação de ilicitude".[540]

A articulação entre a causa de pedir próxima e remota dar-se-á pelo *princípio da consubstanciação* que irá determinar que todos os aspectos de inteligibilidade da pretensão sejam explicitados. É pelo enquadramento da lei ao fato que as causas de pedir não se articularão "por si mesmos para gerarem posições jurídicas em proveito das partes". [541]

---

[537] CASTRO JÚNIOR, Roberto Apolinário de. **Eficiência jurisdicional**: a razoável duração dos procedimentos frente às garantias fundamentais. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 35-37.
[538]BONFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Morais. **Decisões inconstitucionais no controle de constitucionalidade**: os efeitos pro futuro, cit., p. 135.
[539] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p. 309.
[540] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 219.
[541] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 219.

Por se tratar a *consubstanciação* de um princípio democrático, torna-se defeso enunciar a causa de pedir a partir do princípio da individualização ou individuação compreendido a partir do brocardo "dai-me os fatos que lhe darei o direito" e tampouco do princípio da *substanciação*, traduzido da expressão latina "*jura novit cura*", qual seja, "o juiz sabe o direito".

Isso porque, pela individualização e substanciação, o exercício do contraditório, da ampla defesa e da isonomia serão expurgados por uma atuação solipsista e protagonista dos julgadores, na medida em que os sentidos jurídicos propostos pelas partes serão descartados com base em seu livre convencimento e sua sapiência soberana.[542] Assim, retira-se do precedente "a qualidade de conclusão construída de forma participada e, em uma dimensão maior, subtrai aos cidadãos a possibilidade de submeter à testificação os enunciados elaborados pela cúpula do sistema".[543]

Relevante, então, a crítica tecida por Dhenis Cruz Madeira:

> Neste tom, sabendo-se que o procedimento deixou de ser mero rito e passou à qualidade de estrutura técnica regida por normas, a decisão estatal deve conter uma carga de *previsibilidade*, na medida em que não é mais lícito que a decisão judicial valha-se de fundamentos e argumentos totalmente estranhos aos autos. A lição, aprendida nos bancos universitários e ainda encontrada em muitos manuais – de que às partes compete trazer os fatos e ao juiz compete dizer o Direito – mostra-se antiquada e inaplicável, porquanto a norma jurídica, no atual paradigma, só pode ser aplicada após prévia e compartilhada discussão processual. Não se pode surpreender o destinatário do provimento com um fundamento jurídico não ventilado nos autos, sob pena de se quebrar a legitimidade do provimento [...] [544]

Nesse sentido, o entretecimento lógico-argumentativo da *causa petendi* a partir do princípio da consubstanciação irá vincular o provimento final, com menção aos argumentos fático-jurídicos trazidos pelas partes, o que dará enormes ganhos de democraticidade ao precedente como *instituto jurídico-processual*, pois se permite o exercício pleno do

---

[542] Segundo José Rogério Cruz e Tucci: "Embora o *nomen iuris* e/ou o fundamento legal porventura invocado pelo autor possa influenciar o raciocínio do julgador, não há qualquer impedimento, dada a incidência do aforismo *iura novit cúria*, a que este requalifique juridicamente a demanda, emoldurando-a em outro dispositivo de lei: o juiz goza de absoluta liberdade, dentro dos limites fáticos aportados no processo, na aplicação do direito, sob o enquadramento jurídico que entender pertinente". O autor defende, ainda, que é forçoso reconhecer que toda essa concepção, sintetizada pelo velho aforismo *da mihi factum dabo tibi ius*, está a revelar que, no drama do processo, a delimitação do *factum* e a individualização do *ius* correspondem, em princípio, a atividade subordinadas à iniciativa de diferentes protagonistas. Enquanto a alegação do fato é atribuição do litigante, o direito é apanágio do juiz!". TUCCI, José Rogério Cruz e. **A *causa petendi* no processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 208 e 210.

[543] GRESTA, Roberta Maia. Segurança jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, cit., p. 12.652.

[544] MADEIRA, Dhenis Cruz. Medida cautelar *ex officio* e legitimidade decisória. *In*: TAVARES, Fernando Horta. (Coord.) **Urgências de tutela**. Curitiba: Juruá. 2010, p.67.

contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do devido processo, gerando legitimidade democrática à construção dos precedentes.

Por sua vez, o *pedido*, como resultante lógico da *pretensão*, se apresenta nos objetos imediato e mediato. O objeto imediato é a solicitação de um provimento para reconhecimento de algum direito e o objeto mediato diz respeito a um *bem da vida jurídico*, ou seja, à uma situação jurídica criada em norma legal e deduzida em juízo (*res in judicium deducta*). No objeto mediato do pedido que reside, então, o mérito causal. [545]

A articulação entre os objetos do pedido se dará pelo princípio da congruência, consistente na "correspondência entre o que foi pedido pelas partes e o que foi decidido, ou seja, deve existir correlação entre o objeto da ação ajuizada, que originou o processo, a pretensão, revelada no pedido formulado na petição inicial, e o objeto da decisão jurisdicional nele proferida". [546]

Uma vez que, pelo princípio da congruência, a decisão deve pronunciar sobre tudo o que as partes pediram e somente sobre o que elas pediram[547], se permitirá uma articulação principiológica entre os princípios institutivos do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) e a fundamentação das decisões. Estes irão atuar "na dinâmica argumentativa fática e jurídica do procedimento, de forma que propicie a geração democrática de uma decisão jurisdicional participada"[548], em que se terá um precedente legitimado, fiscalizável pelo devido processo e adequado às diretrizes do Estado Democrático de Direito (Estado não Dogmático).

Vale dizer, pela vinculação do precedente a partir da causa de pedir e pedido, pode-se combater a hiperintegração do direito, visto que a cadeia de precedentes não poderá ser ampliada ou reduzida a bel prazer dos julgadores para sua aplicação em lides que não possuem similitude. Isso se dá principalmente pelos princípios da consubstanciação e da congruência, na medida em que vinculam a formação do precedente à argumentação fático-jurídica trazida pelas partes em um debate processualizado.

Nesse sentido, o artigo 926, §2º, do CPC/2015[549] somente será legitimado se houver a consubstanciação entre a causa de pedir remota e próxima, pois a formação do enunciado sumular ainda será arbitrária caso seja baseada apenas e tão somente nos fatos dos

---

[545] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 219.
[546] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p. 178.
[547] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p. 178.
[548] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, cit., p. 177.
[549] "Art. 926 [...] § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação".

precedentes, pois se reproduz a aplicação dos princípios da individuação e substanciação, mantenedores de uma jurisdição protagonista do sentido normativo.

É o que Rosemiro Pereira Leal leciona:

> O que muda no direito brasileiro com a introdução desse instituto é a estrutura lógica de compreensão e aplicação (atuação) do direito no Brasil, que assume a seguinte propedêutica: a *jurisprudência* não é mais um repertório (repositório) de decisões dominantes dos livres juízos tribunalícios, mas um bloco (compêndio) progressivo de decisões meritais cujos fundamentos se assentam nas *circunstâncias fáticas* das *pretensões jurídicas*, indicativas da *causa petendi*, como *precedentes* (antecedentes) lógicos do julgamento do *petitum*, de tal sorte a possibilitar a enunciação de uma singularidade fática sumulável e criativa de um *juízo sintético* para eventuais decisões que apresentem igual correlação de causalidade jurídica. Não se busca uma identidade de *pedidos* (*a* é *a*) à configuração dessa igualdade, porque, em sendo a identidade de casos em si um juízo apriorístico (analítico), é que os *casos* (fatos) podem ser iguais (predicativos) em suas circunstâncias fáticas quanto à *causa remota* de pedir (efeito vinculante), mas nunca idênticos em todos os aspectos que compõem os elementos configurativos e estruturais do procedimento pelo qual é a *causa petendi* examinada processualmente e discutida (debatida) pelas partes e demais sujeitos do procedimento.[550]

Assim, concluímos, mais uma vez, com a lição de Rosemiro Pereira Leal, para quem o precedente deve estar adstrito à *causa petendi* e ao *petitum*, afastando-o por completo do decisor autocrático:

> Pela leitura do art. 926 do NCPC, o instituto do *precedente* construído pela conjunção lógico-jurídica da *causa petendi* e do *petitum* é conexo à formação da *jurisprudência dominante*, não equivalendo a um mero consectário de uma decisão interdital de uma autoridade, sem perquirir qual teoria da *procedimentalidade* processual deu suporte à construção do *precedente* que não é, em si, um procedimento, mas uma suma descritiva das características dos *elementos de procedibilidade* (art. 330, §1º, I) que compuseram a estrutura do procedimento instaurado segundo prévio acatamento de pressupostos de admissibilidade (art. 485, IV e VI), colimando numa *decisão merital* processualizada de Estado Democrático (não Dogmático). [551]

Portanto, a vinculação dos precedentes pela *causa de pedir* e *pedido* possibilitará o pleno exercício do devido processo e da principiologia institutiva do processo, visto que prioriza a participação processualizada das partes e demais sujeitos processuais, afastando-se por completo de uma razão jurisprudencial imune à crítica e testificações pela geração de um provimento legitimado.

---

[550] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p. 304.
[551] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p. 309.

6.4 Precedentes, cognição e devido processo

A partir das premissas adotadas durante toda a pesquisa, fundamental realizar uma interligação entre os precedentes, a cognição e o devido processo, pois a todo momento se vê a defesa de uma *jurisdição relâmpago* que não traz ganhos de democraticidade aos precedentes. Nessa esteira, a referida interligação é que trará *legitimidade* à construção e aplicação dos precedentes, visto que possibilita o exercício da principiologia do processo sem qualquer interdição realizada pela *auctoritas* em nome de uma pretensa *previsibilidade*, *celeridade* e *segurança*.

O *processo de conhecimento*[552] é atuante na construção da estrutura procedimental, cujo objetivo é o *acertamento de direitos* que foram alegados ou negados pelas partes. Nessa esteira, o processo de conhecimento possui como pilar a *cognição jurisdicional* balizada pelo *princípio da legalidade* e pelo *sistema de persuasão racional*[553] de produção probatória, que o tornam uma "modalidade de direito fundamental constitucionalizado (ampla defesa, contraditório e isonomia pelo devido processo legal)" afastando-se do sistema de livre convicção do juízo[554] e, via de consequência, de uma *justiça judiciária* balizada pela *ritualidade* decisória.

Tais aspectos é que levam André Cordeiro Leal a afirmar que o processo de conhecimento passa a ser uma conquista teórica, sempre balizado pelo *devido processo*:

> [...] há um devido processo constitucional como matriz principiológica que condiciona e orienta a construção democrática da dicção do direito (ou jurisdição, não mais entendida como atividade estatal, mas como o resultado da atividade argumentativa compartilhada), o devido processo legal (necessária oferta de modelos procedimentais pela lei) só será constitucionalizado se os modelos apresentados na infraconstitucionalidade possibilitarem a efetiva participação das partes, mediante observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, na estrutura técnica preparatória de atos normativos.

---

[552]"O NCPC brasileiro de 2015 menciona o *procedimento comum* sem a dicotomia *ordinário* e *sumário*. O *procedimento comum* é expressão que equivale a processo de conhecimento, talvez porque o legislador entendeu, com casual acerto, que tanto a ordinariedade plena ou sumarizada não dispensaria as *fases* estruturais do *processo de conhecimento* (postulatória, instrutória e decisória), que, em tempo longo ou curto, em espaço amplo ou concentrado, ficariam, em qualquer hipótese, de *modo comum*, vinculadas, para validade legal do procedimento, aos pressupostos e condições de formação do procedimento e aos princípios institutivos e informativos do *processo* constitucionalizado". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 226.

[553] O sistema de prova da persuasão racional é um avanço em relação aos sistemas da certeza legal e da livre convicção, baseados em leis naturais, juízos ordálicos e de equidade e conveniência dos julgadores, na medida em que "se faz em *bases normativas* com apoio no princípio da *reserva legal*, pelo qual a convicção do julgador se condiciona a juízos *secundum legis*", sempre em observância do conjunto fático-probatório e das alegações e argumentações das partes. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 289.

[554] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 225 e 226.

> Nesse passo, o processo de conhecimento pode ser concebido como teoria que informa a criação de modelos legais procedimentais que acatem a principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) na orientação da construção compartilhada da existência fático-jurídica que servirá de base para sentenças de acertamento de direitos afirmados ou negados em vista dos fatos.[555]

Dessa forma, a cognição, no Estado Democrático de Direito, deixa de ser mera atividade solipsista do julgador e uma técnica ideológica de julgamento e estagnação científica[556], para assumir o *status* de "***instituto jurídico regido pelos princípios diretivos da função jurisdicional e institutivos do processo, que permite a valoração e valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no procedimento e retratados fisicamente nos autos (cartulares ou eletrônicos), cujo exercício resulta na elaboração dos provimentos***".[557]

Por isso, a cognição, e também a jurisdição, devem institucionalizar procedimentos argumentativos a fim de construir pronunciamentos decisórios aptos ao controle e fiscalização pelas partes, desde o início da estrutura técnica procedimental até o provimento final, contribuindo para a construção do Direito Democrático em um espaço orientado pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia e fundamentação das decisões.[558]

Tais concepções permitem que a cognição e o processo de conhecimento se desenvolvam em uma estrutura procedimental articulada por fases ou etapas lógicas, quais sejam, a postulatória, a instrutória e a decisória[559], que não são passíveis de supressão e sumarização com redução do devido processo legal.

---

[555] LEAL, André Cordeiro. A teoria do processo de conhecimento no direito processual democrático e o tríplice autoritarismo do sistema de prova nos juizados especiais cíveis. *In*: CASTRO, João Antônio Lima. FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. (Org.). **Direito Processual - reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2010, v., p. 86.

[556] A cognição de forma solipsista dá ao julgador "um papel proeminente na relação processual, pois lhe é facultado atribuir e completar os sentidos da lei. O produto argumentativo proveniente de sua racionalidade é imune à crítica, porque carrega em si o atributo da certeza absoluta, que remonta ao pensamento grego do século V a.C. Logo, a decisão judicial é quase uma revelação mística, ou seja, um produto '*sagrado*', que coloca os sujeitos processuais mais perto da verdade, em razão da sabedoria privilegiada do *mystae*". BATISTA, Silvio de Sá. Teoria processual da relação jurídica como técnica ideológica de julgamento: uma estagnação científica, cit., p. 107.

[557] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no estado democrático de direito, cit., p. 119.

[558] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no estado democrático de direito, cit., p. 114.

[559] Além das três fases citadas, Dhenis Cruz Madeira aponta a existência da fase saneadora e recursal. Segundo o referido autor "a **fase postulatória** é a primeira do procedimento cognitivo, pois é nela que o demandante formula sua pretensão, e o demandado, sua defesa [...]. A **fase saneadora** (também nominada como fase de saneamento ou sanatória) é a segunda, e visa a, como o próprio nome indica, atalhar os vícios sanáveis e insanáveis, esses últimos, com o encerramento do procedimento. Também, nessa fase, fixam-se os pontos controvertidos para a futura produção de provas e argumentos. [...] A **fase instrutória** (ou probatória) é a terceira e [...] visa à apresentação das provas e argumentos em torno das questões processuais definidas ao final da fase postulatória. [...] a **fase decisória**, pois, trazidos os argumentos e as provas, só cabe ao julgador decidir, prolatando-se o provimento consoante o discurso procedimental evidenciado nos autos cartulares ou

A utilização de tais fases procedimentais regidas pela principiologia do *devido processo* é que são resultantes da *ordinariedade*, conforme explica Francisco Rabelo Dourado de Andrade:

> A observância das fases lógicas do procedimento, conjugada com a demarcação teórica do *devido processo*, resulta na noção de *ordinariedade procedimental processualizada* estruturada em uma linguagem jurídico-normativa, que impõe o prévio atendimento de pressupostos de formação do procedimento, depois de exercido o direito constitucional de petição (*fase postulatória*), com a imediata abertura ao direito de defesa e instalação do contraditório para, ato contínuo, propiciar a análise dos pontos controvertidos relacionados à defesa contra o mérito e oportunizar às partes a produção de provas pelos meios legais (*fase instrutória*). Daí, finalmente, falar-se em fase conclusiva da *cognitio* (procedimento de conhecimento) com o acertamento de direitos como decorrência lógica da observação dos princípios institutivos do processo (*fase decisória*), os quais, conforme visto, não abonam flexibilizações, distinções ou postergações pelo juiz, salvo se se tratar de direitos constitucionalmente líquidos, certos e exigíveis [...] [560]

Ora, é defeso a supressão de fases na ordinariedade, na medida em que se geram enormes e gravíssimos prejuízos à cognição exauriente, pois o que se deve diminuir é o espaço-tempo para a prática do ato processual[561] e a supressão de fases reduz drasticamente a observância da principiologia institutiva do processo e a *legitimidade democrática*.

Desta feita, não se torna possível a proposta que já criticamos do artigo 332 do CPC/2015, ao preconizar o sincretismo das etapas procedimentais da fase decisória com a postulatória, extirpando por completo a fase instrutória da estrutura procedimental.

A aplicação dos precedentes suplica uma fase instrutória, na medida em que os autos do procedimento em que foi formado o precedente possam servir como instrumento de prova[562] para o debate processualizado de sua aplicação ou não, o que possibilita, inclusive, a valoração e valorização[563] em contraditório do precedente.

A prova na processualidade democrática deixa de ser meio, atividade e resultado e passa a se tornar um instituto jurídico constituído pela atuação condensada da "inteligência

---

eletrônicos. [...] a **fase recursal** é a última, devendo-se observar o procedimento e os requisitos de cada espécie de recurso". MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no estado democrático de direito, cit., p. 201-206.

[560] ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, cit., p.153-154.

[561] CRUZ, Clenderson Rodrigues da. **A ampla defesa na processualidade democrática**, cit., p. 168.

[562] O *instrumento* de prova consiste na materialização gráfico-cartular dos *elementos* de prova pelos *meios* intelectivos e técnico-jurídicos permitidos. Os *elementos* de prova são extraídos da realidade objetiva, enquanto os *meios* são argumentos e arguições lógico-jurídicos aptos à demonstração lícita dos *meios* de prova. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 286.

[563] Rosemiro Pereira Leal leciona a diferença entre valoração e valorização da prova: "A *valoração* da prova é, num primeiro ato, perceber a existência do *elemento* de prova nos autos do procedimento. Num segundo ato, pela *valorização*, é mostrar o conteúdo de importância do elemento de prova para a formação do convencimento e o teor significativo de seus aspectos técnicos e lógico-jurídicos de inequivocidade material e formal". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 298.

humana no espaço (indiciariedade), no tempo (enunciação) e na forma (instrumentalidade), que se interligam por via dos binômios espaço-elemento, tempo-meio e forma-instrumento, cuja supressão é descaracterizadora da própria existência legal da Prova no discurso jurídico-democrático".[564]

Provar se torna um "fator de *visibilidade* da argumentação jurídica"[565], pois possibilita o pleno exercício da conjunção principiológica do processo e a construção legitimada da decisão. É por isso que a construção e aplicação dos precedentes não pode ignorar a ordinariedade, sob pena de cairmos na "ilusória resolução das demandas pelo delírio enganoso do consenso ou pela utopia do diálogo inesclarecido ou a terminação do caso pelo esquecimento do conflito".[566]

A interligação entre precedentes, cognição e devido processo exige, então, a adoção de procedimentos processualizados para instituir uma hermenêutica cognitiva de igual direito de interpretação a todos no aferimento de legitimidade democrática e eficiência sistêmica.

Vale dizer, não é a aplicação do precedente que irá trazer previsibilidade e segurança jurídica ao resultado do processo, mas, sim, uma estrutura procedimental processualizada que antevê e utiliza de todos os meios pelos quais as partes possam fruir de suas garantias e faculdades processuais.[567]

Leciona Vinicius Lott Thibau:

> Partindo-se dos conteúdos lógico-jurídicos da Teoria Neo-Institucionalista, portanto, quer parecer despontar o Processo como uma instituição jurídica integrante do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, ao possibilitar, pelos seus princípios institutivos (Contraditório, Isonomia e Ampla Defesa), a previsibilidade decisória que advirá dos critérios constitucionalmente estabelecidos à demarcação dos discursos da produção e da aplicação do Direito.[568]

Por isso é que Roberta Maia Gresta suplica que os precedentes devam ser aplicados em um procedimento que "se desenvolva nos mesmos moldes daquele em que a lei é utilizada como razão de decidir"[569], a fim de que possam ser testificados, criticados, desconstruídos, distinguidos e superados, além de construir uma decisão jurídica de forma compartilhada.

Assim, concordamos com Rosemiro Pereira Leal, no sentido de que no Estado Democrático de Direito a almejada *unidade* do direito não é advinda de uma atividade jurisdicional segundo a livre convicção e consciência dos julgadores, mas de "uma

---

[564] THIBAU, Vinicius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**, cit., p. 95.
[565] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 298.
[566] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 298.
[567] CRUZ, Clenderson Rodrigues da. **A ampla defesa na processualidade democrática**, cit., p. 170.
[568] THIBAU, Vinicius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**, cit., p. 93.
[569] GRESTA, Roberta Maia. Segurança jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, cit., p. 12.645.

fundamentação egressa da *cognitividade objetiva* das estruturas lógico-discursivas da procedimentalidade processualizada que legitima a construtivadade dos *precedentes* no âmbito de uma *decisão jurídica*, não mais de uma instrumental *de-cisão judicial* a partir de uma razão performativa do saber jurisdicional". [570]

Desta feita, o aferimento da igualdade de causa de pedir e pedidos pela via procedimental nunca se dará pela *ritualidade* e *sumarização* da *cognição*, mas por uma *cognitividade* que teoriza a hermenêutica isomênica:

> [...] 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 das teses blackstonistas, dworkianas, poundianas e gadamerianas [...]. Ora, o *common law* jamais teoriza um igual direito de interpretação para todos por ajustes *precógnitos* na base instituinte do direito a dispensar uma *jurisdictio* pleonástica, supletiva ou criativa de normas pela *auctoritas* alucinada e delirante, cravada no realismo jurídico (positivismo sociológico) de estruturas sociais perversamente implantadas pelo que sabemos da violência secular do vandalismo legífono e jurisdicional do Estado Dogmático. [571]

Portanto, a construção e aplicação dos precedentes na processualidade democrática somente será constitucionalmente legitimável se balizadas pelo *devido processo legal* como regente de um *processo de conhecimento* articulado por direitos fundamentais processualmente pré-decididos no plano instituinte do direito, razão pela qual somente assim torna-se possível "acatar uma *celeridade* argumentada"[572] a se gerar legitimidade democrática e eficiência sistêmica.

6.5 Uma proposta final: procedimento constitucional de revisão de precedentes vinculantes

A luta travada contra um sistema hermético de precedentes nos cria a necessidade de se tentar minimizar quaisquer índices de violência normativa impostas pela autoridade judiciária e, para tanto, torna-se crucial buscar mecanismos democráticos que contribuam para a melhoria de tal sistemática, direcionados à construção de uma teoria da democracia.

---

[570] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p. 305.
[571] LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo, cit., p. 305.
[572] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, cit., p. 135.

Nesse aspecto, nos é interessante, e de grandes ganhos democráticos, a proposta de Gustavo Faria de criação de Câmaras Mistas de Revisão de Jurisprudência no âmbito dos tribunais, cujo objetivo é a possibilidade de "desconstrução de enunciados jurisprudenciais por processos autônomos de (re)discussão dos entendimentos matriciais forjados nos tribunais pátrios".[573]

Diante da inacabada construção e desenvolvimento da noção das Câmaras Mistas de Revisão de Jurisprudência[574] e da insuficiência de procedimentos processualizados de fiscalização, superação e revisitação dos precedentes, pretendemos com a presente pesquisa fazer uma nova propositura, visando a ampliação e melhoria da primeira, qual seja, a criação de *Procedimento Constitucional de Revisão de Precedentes Vinculantes.*

Conforme visto na presente pesquisa, os tribunais superiores são praticamente inacessíveis pela estrutura criada no CPC/2015, principalmente após a reforma proporcionada pela Lei 13.256/2015. É por isso que a oferta da Teoria Neoinstitucionalista pela construção de um Código Processual de Fiscalidade Institucional é que dá embasamento e sustento teórico-jurídico-discursivo à conjectura de um Procedimento Constitucional de Revisão de Precedentes Vinculantes, principalmente por possibilitar a *qualquer do povo* a testificação e arguição dos provimentos estatais.

Nesse aspecto, o *Procedimento Constitucional de Revisão de Precedentes Vinculantes* se difere do *Procedimento Constitucional de Súmula Vinculante*[575], principalmente no tocante à inexistência de um rol de legitimados para a sua instauração, pois a criação de tal rol restringe ao povo o direito de interpretar, criticar, testificar, desconstruir, argumentar, enfim, de exercer ampla fiscalidade e legitimar os atos estatais.

O Procedimento Constitucional de Revisão de Precedentes Vinculantes tampouco deve ser regulado por regimentos internos dos tribunais (*interna corporis*) como ocorre em grande parte com a revisão da súmula vinculante. Isso porque, no Estado Democrático de Direito, há que se ter "um amplo e irrestrito diálogo, no qual todos os participantes têm igual

---

[573] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p.134.

[574] Segundo o Gustavo Faria: "Estamos certos de que esse é apenas o rascunho de um projeto merecedor de inúmeros enriquecimentos e reparos, o que só será possível mediante a oferta à crítica científica. Mas o primeiro passo, entendemos, é de suma importância, e esse é o nosso objetivo, ficando a ideia aberta à refutação por uma 'segunda visão'. FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática, cit., p.136.

[575] O procedimento de revisão de súmula vinculante está previsto na Lei nº 11.417/06 e nas Resoluções 381 e 388 do Regimento Interno do STF. Sobre um estudo aprofundado e crítico, voltado ao processo constitucional, sugerimos: 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.

acesso”[576], assegurando que o povo crie, transforme, extinga e desconstrua direitos. Os regimentos internos são apenas acessíveis aos juízos ordálicos dos tribunais, insuficientes à construção de uma teoria processual da democracia por excluir a fiscalidade normativa de qualquer do povo.

Em relação à proposta da Câmara Mista de Revisão de Jurisprudência, entendemos não ser suficiente a edição pelo Conselho Nacional de Justiça de ato administrativo que determina a criação de tais câmaras pelos tribunais, pois são por normas processuais (e não administrativas) que se “estabelecem *critérios de proceder* para todos e especialmente para os que exerçam a jurisdição em nome do Estado”.[577]

Há que ser criada uma previsão constitucional, regulada por legislação ordinária, que possibilite a revisão dos precedentes vinculantes (e também das súmulas vinculantes), a fim de se evitar que um regimento interno, ato administrativo ou simples resoluções e portarias criem ritos (e não procedimentos!) que excluam os legitimados do processo de debaterem e testificarem o precedente.

Ora, o procedimento é uma estrutura técnica de atos sequenciais em que o ato antecedente determina o consequente numa relação espácio-temporal até se alcançar o provimento final. Daí a necessidade de o *Procedimento de Revisão de Precedentes Vinculantes* ter o processo de conhecimento como referente lógico, visto que este é o “*protótipo* e eixo teórico do sistema processual democrático”.[578]

Assim, a ordinariedade também é fundamental para o balizamento de um procedimento de revisão de precedente, pois ter-se-ão uma fase postulatória, instrutória e decisória bem delineadas, visando à participação processualizada de todos na superação do precedente a ser revisado ou desconstruído.

Nesse sentido, qualquer do povo poderia instaurar o procedimento com requerimento de revisão de precedente direcionado ao tribunal responsável pela sua construção, o que possibilitaria o exercício de fiscalidade e controle de constitucionalidade (democraticidade) em relação ao precedente, podendo revê-lo, desconstruí-lo e superá-lo a partir de novos argumentos técnico-jurídicos e não mais por escopos extrassistêmicos criados pelo decididor.

Desta feita, a presente proposta ainda pode (e deve) ser desenvolvida com mais profundidade, sendo aprimorada e aberta à crítica e testificação científicas, até mesmo para delinear melhor os aspectos procedimentais.

---

[576] DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**, cit., p. 77.
[577] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 203.
[578] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, cit., p. 262.

Portanto, a "exigência de *legitimidade* para afastar a brutalidade do *poder*"[579] é que possibilita a abertura ao povo de fiscalidade irrestrita do ordenamento jurídico e dos precedentes, ressemantizando a segurança jurídica pelo processo que é "direito fundamental do povo e pilar da democracia".[580]

[579] DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**, cit., p. 51.
[580] MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O "Paradoxo de Bülow" no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial, cit., p. 67.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações expendidas na presente pesquisa estão longe de esgotar a temática da segurança jurídica e dos precedentes, até mesmo porque o que se pretendeu demonstrar foi que a relação entre ambos constitui uma dissimulação que acaba por reforçar o protagonismo judicial, ainda demasiadamente presente no CPC/2015. Por isso, buscou-se a análise da segurança jurídica e dos precedentes a partir do marco teórico da *processualidade democrática* pela *Teoria Neoinstitucionalista do Processo*, que possibilita a (re)fundação de instituições e institutos jurídicos a partir de direitos fundamentais já garantidos desde o plano instituinte do direito.

Assim, a perspectiva de um direito construído pela matriz do *Estado Dogmático*, irrefutável, infiscalizável e inacessível ao *Cidadão* como construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico, cria desdobramentos permissivos do nascimento de um *Estado-Segurança* que, ancorado nas teses de Thomas Hobbes, se desenvolve autocraticamente nos paradigmas de Estado Liberal, Social e Procedural. A segurança jurídica e suas *origens despóticas* se desenvolvem primariamente pelo mero legalismo e perpassa por uma visão cada vez mais estatalista que deságua no solipsismo judicial e no monopólio interpretativo de uma jurisdição apenas acessível a uma *sociedade civil pressuposta* que acentua a ausência de uma *teoria da democracia*.

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. Desta feita, a *ressemantização* da noção de segurança jurídica como *legitimidade democrática* ocorre com a adoção do *processo* como eixo teórico-linguístico-discursivo da construção de provimentos pelo *direito igual de argumentação e interpretação* entre Cidadão e Estado.

Entretanto, discursos ideológicos e manipuladores são utilizados de modo estratégico-performativo para criar um *simulacro de democracia e segurança*, mas que na verdade instituem e abrem margens à fusão entre direito e violência na preservação do próprio poder estatal. A segurança jurídica acaba por dar embasamento e legitimar práticas excepcionais e geradoras de vácuo normativo que interdita o *devido processo* na fiscalização da estatalidade. Nessa perspectiva, levando-se em conta tal premissa, a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin acaba reforçar a jurisdição na centralidade do sistema jurídico, visto que o juiz hercúleo é que continuará a decidir solitariamente o direito conforme sua própria

consciência, o que não afasta da concepção de *Estado-Segurança* controlável pela *auctoritas*.

A necessidade de se afastar de uma concepção violenta, solipsista e agressiva da autoridade, ainda embasada pelas crenças da Modernidade, faz com que o *Processo*, em uma concepção Pós-Moderna que enfrenta os obscurantismos e discursos totalitários, rompa com o Estado-Segurança e reduza os níveis de violência em todos os planos do direito. Logo, o desafio de se criar uma democracia construída processualmente por todos do povo é que permite que a segurança jurídica se entrelace não mais com a violência, mas, sim, com direitos fundamentais que gerem pronunciamentos decisórios legitimados e fiscalizáveis.

Em vista dos argumentos apresentados, os precedentes, em uma concepção dogmática de direito e de segurança jurídica, surgem como decisões passadas que possam ser replicadas em casos futuros, a fim de se garantir a *previsibilidade* dos julgados. No entanto, essa concepção acaba por basear-se em uma *razão jurisprudencial* (*ratio decidendi*) que orbita a autoridade (*obiter dictum*) pela via de escopos metajurídicos *poundianos* e *instrumentais*. Por isso, a conjectura de uma *teoria processual dos precedentes* exige a sua leitura como *instituto-jurídico processual* e não como mecanismo de cisão das decisões (de-cisão) que exclui o *devido processo* de sua construção e aplicação. A necessidade de que as *técnicas* da distinção e superação estejam em conjunto com o *devido processo* é que podem afastar de uma segurança jurídica pelos precedentes ainda baseada no aumento dos poderes dos tribunais superiores e na busca por eficiência meramente quantitativa de replicação do *padrão decisório* objetivado pela Exposição de Motivos do CPC/2015. Ademais, a jurisdicização de práticas autocráticas e repetidas por uma realidade não construída impedem que os Cidadãos acessem procedimentalmente os tribunais superiores, a fim de que se tenha falsas noções de uniformidade, estabilidade, coerência, integridade e vinculação, vindo a impedir qualquer fiscalidade do precedente pelo *devido processo*.

Logo, a *justiça judiciária* banhada por ideais de uma *jurisdição relâmpago* (celeridade e efetividade das decisões) torna-se o pesadelo social do processo na tentativa de extirpá-lo em nome de uma *duração razoável* pela aplicação dos precedentes em casos iguais a qualquer custo. Desta feita, mitificam-se os Tribunais Superiores como Cortes Supremas que monopolizam o saber e criam precedentes a partir de qualquer decisão, transformando-os em teses gerais e abstratas, sob o pretexto de se alcançar uma *segurança-celeridade*. A preservação do *non liquet* incorre nesse aumento de poderes dos tribunais, visto que a jurisdição continua a criar e preencher os vazios normativos só estabilizáveis por uma assembleia de especialistas criadores de precedentes vinculantes. Portanto, diante dessas premissas, o CPC/2015 traz em si uma *ritualidade* que consagra técnicas de aceleração de

procedimentos para reduzir o número de processos e acabam por impedir o exercício pleno de Cidadania por todos do povo.

Desta feita, a necessidade de se buscar a ressignificação da segurança jurídica como *segurança-legitimidade* é que fez com que fossem perquiridos os *núcleos democráticos* da processualidade democrática. A fiscalidade incessante de todo ordenamento jurídico e o processo como interpretante é que permitem a geração de provimentos e precedentes legitimados pelo devido processo constitucional regido pelos princípios biunívocos do *contraditório-vida*, *ampla defesa-liberdade* e *isonomia-dignidade/igualdade*. O entrelaçamento entre *Cidadania* e *efetividade* permitem ganhos de democraticidade e eficiência sistêmica na implementação de direitos fundamentais pelo devido processo, conjecturando-se a segurança jurídica como *legitimidade democrática*.

Isso posto, a propositura de elementos democráticos para dar sustento a uma *teoria processual dos precedentes* voltada à construção do Estado Democrático de Direito perpassa pela vinculação dos precedentes pela causa de pedir e pedido, eis que permitem a construção processualizada do padrão decisório. Assim, somente com a *cognição* e o *devido processo* é que se afasta de uma construção e aplicação ritual do precedente que deverá ser balizada sem supressão de fases lógicas da ordinariedade, tendo-se celeridade compatibilizada com a principiologia institutiva do processo, sem quaisquer embustes ou falsos dilemas. Logo, a fiscalidade incessante inerente à teoria da democracia nos permitiu buscar a construção de um *Procedimento Constitucional de Revisão de Precedentes* para legitimá-los ao Estado Democrático de Direito.

Conclui-se que o processo é o *locus* de construtividade de uma teoria processual dos precedentes a se gerar legitimidade democrática pela implementação de direitos fundamentais ao conjunto de legitimados ao processo: o povo.

Certamente a presente pesquisa e suas proposituras encontram-se abertas a contínuas críticas e testificações, além de proporcionar a abertura a novos problemas na ousadia popperiana de se contribuir para o crescimento do conhecimento científico.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer:** o poder soberano e a vida nua I. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ALBERT, Hans. **O direito à luz do racionalismo crítico**. Trad. Günther Maluschke. Brasília, DF: Universa: Fundação Universidade de Brasília, 2013.

ALMEIDA, Andréa Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012.

ALMEIDA, Andréa Alves. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1980.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1990.

ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A lealdade na processualidade democrática**: escopos fundamentais do processo. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. v. 2

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BADIOU, Alain. El emblema democrático. *In*: AGAMBEN, Giorgio *et all*. **Democracia en suspenso**. Madrid: Ediciones Casus Belli, 2010, p.17-58.

BAHIA, Alexandre. NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do "marco zero interpretativo". *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (Coord.). **Reforma do processo civil**: perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 75-95.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

BATISTA, Silvio de Sá. Teoria processual da relação jurídica como técnica ideológica de julgamento: uma estagnação científica. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. (Coords.). **Técnica Processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 93-121.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Morais. **Decisões inconstitucionais no controle de constitucionalidade**: os efeitos pro futuro. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. QO no Ag 1154599/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial. **Diário de Justiça**, Brasília, 12 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 655265/DF, Rel. Ministro Edson Fachin, Plenário. **Diário de Justiça**, Brasília, 05 ago. 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do Código de Processo Civil e o Modelo Constitucional de Processo. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et alii*. **Estudo sistemático do NCPC**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BROWN, Wendy. Ahora todos somos demócratas. *In*: AGAMBEN, Giorgio *et all*. **Democracia en suspenso**. Madrid: Ediciones Casus-Belli, 2010, p. 59-78.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Cidadania e efetividade do processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Síntese, p. 30-35, set./out. 1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, ano III, v.3, n. 15, jan./fev. 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes judiciais ou "direito jurisprudencial mecânico"? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 79-94, jan./mar. 2016.

CARVALHO, João Carlos Salles de. **Pedagogia judicial e processo democrático**: uma crítica processual à adoção de medidas punitivo-pedagógicas em ações individuais. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2017.

CASTRO JÚNIOR, Roberto Apolinário de. **Eficiência jurisdicional**: a razoável duração dos procedimentos frente às garantias fundamentais. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

CRUZ, Clenderson Rodrigues da. **A ampla defesa na processualidade democrática**. Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. 10.

DALLE, Ulisses Moura. Técnica processual e imparcialidade do juiz. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. SOARES, Carlos Henrique. (Coord.). **Técnica processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo**: teoria da legitimidade democrática. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DEL NEGRI, André. **Segredo de Estado no Brasil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

DEL NEGRI, André. Técnica legislativa e teoria do processo. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. SOARES, Carlos Henrique. (Coord.). **Técnica processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DEL NEGRI, André. **Teoria da constituição e do direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2010.

DEUSTCH, David. **The begining of infinity**: explanations that transform the world. New York: Viking, 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 JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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. 8. ed. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FREITAS, Gabriela Oliveira. **A uniformização de jurisprudência no Estado Democrático de Direito**. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. v. 4.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford Press, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GÖRING, Hermann. **Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft**, Hamburg, 1935 *apud* MAUS, Ingeborg. O judiciário como Superego da Sociedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática.** Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. v.1.

GRESTA, Roberta Maia. Segurança jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **XXI Encontro Nacional do CONPEDI** – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2012, Uberlândia, 2012, p. 12.635-12.652.

GUIMARÃES, Natália Chernicharo. **A extensão subjetiva do julgado no modelo participativo da ação temática**. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como "ideologia"**. Trad. Felipe Gonçalves da Silva. São Paulo: Unesp, 2014.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, n.3, p.107-121, jan./jun.1995.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). Col. Os Pensadores. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante)projeto do novo Código de Processo Civil. *In*: CASTRO, João Antônio Lima. (Coord.) **Direito processual**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

LEAL, André Cordeiro. A teoria do processo de conhecimento no direito processual democrático e o tríplice autoritarismo do sistema de prova nos juizados especiais cíveis. *In*: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. (Org.). **Direito Processual** - reflexões jurídicas. Belo Horizonte: PUC Minas, 2010, v., p. 83-89.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdades de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinicius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n.92, p. 13-29, out./dez.2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. A crise do dogmatismo e implicações jurídico-políticas. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n.92, p.241-245, out./dez.2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 295-313, abr./jun. 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. A judiciarização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. (Coord.). **Celeridade ou ampla defesa**: um falso dilema. Belo Horizonte: RTM, 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. Da técnica procedimental à ciência processual contemporânea. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. (Coord.). **Técnica processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. Fundamentos democráticos da imparcialidade judicial no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93 p. 271-274, jan./mar. 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição Democrática. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Coords.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. O due process e o devir processual democrático. *In*: SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias (Coord.). **Direito processual civil latino-americano**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. O estar em juízo democrático. *In*: AURELLI, Arlete Inês *et al*. (Coord.). **O direito de estar em juízo e a coisa julgada**: estudos em homenagem a Thereza Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 371-379.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Democracia – A ação jurídica como exercício da cidadania. **Revista Virtual da Faculdade Mineira de Direito PUC Minas**. ano 4, n 1, jul. 2005 p. 9. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33356-42694-1-PB.pdf.> Acesso em: 28 jun. de 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus**, ano 4, n.2, dez. 2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf.> Acesso em: 05 fev. 2017.

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, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

LEITE, Bruno Rodrigues. **A população em situação de rua e o mandado de segurança.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LOPES, Edward. **Discurso, texto e significação**: uma teoria do interpretante. São Paulo: Cultrix, 1978.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2015.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica**: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. *In*: TAVARES, Fernando Horta. (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Igualdade e isonomia processual. *In*: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. (Coords.) **Processo e constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 415-478.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Medida cautelar *ex officio* e legitimidade decisória. *In*: TAVARES, Fernando Horta. (Coord.) **Urgências de tutela**. Curitiba: Juruá. 2010.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2011.

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

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2016.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. La seguridad jurídica desde la Filosofia del Derecho. *In*: **Anuario de Derechos Humanos**, nº 06, Madrid: Universidad Complutense, 1990. p. 215-229.

MATTEI, Ugo. NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

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

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O "Paradoxo de Bülow" no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial. *In*: FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; LEAL, André Cordeiro; FRATTARI, Rafhael; ENGELMANN Wilson. (Org.). **Jurisdição e Técnica Procedimental**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, v. 6, p. 45-80.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2011.

NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. **O STJ e a necessidade de meios para a superação dos precedentes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/opiniao-stj-meios-superacao-precedentes>. Acesso em: 18 dez. 2017.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Org.). **Precedentes** - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 301-334.

NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio Quinaud. HORTA, André Frederico Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *In*: **Revista de Processo**. Vol. 263/2017, p. 335 – 396, Jan. 2017.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVA, Alberto. Popper da atitude crítica à Sociedade Aberta. *In*: PEREIRA, Júlio César R. (Org.). **Popper**: as Aventuras da Racionalidade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: JusPodivm, 2015.

PENNA, Saulo Versiani. **A decisão de efeito vinculante na teoria do processo jurídico contemporâneo**: sua legitimidade sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2004.

PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação de precedentes, súmulas e decisões vinculantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Lisboa: Edições 70, 2012. v.1.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Lisboa: Edições 70, 2013. v.2.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem revolucionária. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl Raimund. **Em busca de um mundo melhor**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

POPPER, Karl Raimund. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Trad. Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POPPER, Karl Raimund. **O mito do contexto**: em defesa da ciência e da racionalidade. Trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009.

POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do Direito**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. São Paulo: IBRASA, 1965.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão. **Ética e processualidade democrática**: implicações críticas. Col. Estudos da Escola Mineira de Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 6.

ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**: tópica, discurso, racionalidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SALES, Ana Flávia. **Teorias de direito e direito processual democrático**: incursões tópico-jurídicas pela teoria neoinstitucionalista do processo. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2012.

SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos. **Processo e Poder Constituinte Originário**: a construção do direito na processualidade jurídico-democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. Lisboa: Edições 70, 1986.

STIELTJES, Claudio. **Jürgen Habermas**: A desconstrução de uma teoria. São Paulo: Germinal Editora, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. A (nova) reclamação no CPC/2015. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 129-147, jan./mar. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no Novo Código de Processo Civil? *In*: STRECK, Lenio; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. (Coords.) **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 156-177.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. **O Senado vai permitir a mutilação do novo CPC antes de entrar em vigor.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-01/senado-permitira-mutilacao-cpc-antes-entrar-vigor>. Acesso em: 20 jul. de 2017.

TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991.

TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. *In*: TAVARES, Fernando Horta. (Coord.) **Urgências de tutela**. Curitiba: Juruá. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentação e sistematização**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THIBAU, Vinicius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

TIVERON, Sérgio. A relação jurídica como técnica de suspensão da lei pelo poder do juiz e a ideologia da decisão judicial como atividade complementar da função legislativa e fonte criadora do direito ainda presentes no novo CPC – Apontamentos críticos à exposição de motivos. *In*: ROSSI, Fernando. *et. al.* (Coords.) **O Futuro do Processo Civil no Brasil**: uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TRINDADE, André Karam. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro. *In*: STRECK, Lenio; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. (Coords.) **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016, p.15-40.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. Trad. Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A *causa petendi* no processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VARELA, Alexandre de Oliveira. MUNDIM, Luís Gustavo Reis. Teorias do processo e processualidade democrática: incursões pelo racionalismo crítico. *In*: FREITAS, André Vicente Leite de; DINIZ, Fernanda Paula. (Org.). **Estudos avançados em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 1, p. 3-21.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2017.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

WALTER, Carlos. **Discurso jurídico na democracia**: processualidade constitucionalizada. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. *In*: FERNANDES, Florestan (Coord.) COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber**. Sociologia. Trad. Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 2004, p. 128-141.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Cortes Supremas e Interpretação do direito. *In*: GALLOTTI, Isabel. *Et all.* **O Papel da jurisprudência do STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.