



UNIVERSIDADE
FUMEC

Meritum

PRECEDENTES: ENTRE NUVENS E RELÓGIOS *PRECEDENTS: BETWEEN CLOUDS AND CLOCKS*

Luís Gustavo Reis Mundim¹

RESUMO: O presente artigo objetiva testar a hipótese de que os precedentes, na perspectiva da teoria da processualidade democrática e do racionalismo crítico, devem ser compreendidos como instituto-jurídico processual. Nesse sentido, verificou-se que os precedentes não podem se equiparar ao manicômio jurisprudencial e aos precedentes obrigatórios, os quais foram comparados ao esquema de nuvens e relógios estudado por Karl Popper, já que ambos sistemas possuem fragilidades e aporias. O procedimento metodológico utilizado foi o jurídico-teórico, já que se analisou criticamente as noções do racionalismo crítico, dos precedentes e da processualidade democrática. Foi possível demonstrar que, no Estado Democrático de Direito, a construção e aplicação dos precedentes deve se dar em espaço processual dialógico-argumentativo a partir dos princípios constitucionais do processo, a fim de concluir que os precedentes devem ser passíveis de revisão, interpretação, discussão e fiscalização por qualquer do povo.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes; Processualidade democrática; Nuvens; Relógios; Racionalismo crítico.

ABSTRACT: The present article aims to test the hypothesis that the precedents, from the perspective of the theory of democratic proceduralism and critical rationalism, must be understood as a procedural legal institute. In this sense, it was found that the precedents cannot match the jurisprudential asylum and the obligatory precedents, which were compared to the cloud and clock scheme studied by Karl Popper, since both systems have weaknesses and aporias. The methodological procedure used was the legal-theoretical, since the notions of critical rationalism, precedents and democratic proceduralism were critically analyzed. It was possible to demonstrate that, in the Democratic Rule of Law, the construction and application of the precedents must take place in a dialogic-argumentative procedural space based on the constitutional principles of the process, in order to conclude that the precedents should be subject to revision, interpretation, discussion, and supervision by any of the people.

KEYWORDS: Precedents; Democratic proceduralism; Clouds; Clocks; Critical rationalism.

Como citar esse artigo/*How to cite this article:* MUNDIM, Luís Gustavo Reis. Precedentes: entre nuvens e relógios. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 118-146, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7759>.

¹ Mestre e especialista em Direito Processual pela PUC/MG. Pós-graduando em Gestão com ênfase em negócios pela Fundação Dom Cabral. Professor e advogado. luis.mundim@reismundim.adv.br.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como temática a análise do esquema estudado por Karl Popper acerca das nuvens e dos relógios em comparação à teoria dos precedentes, a qual deve ser balizada e construída na perspectiva da teoria da processualidade democrática.

Nesta perspectiva, examinou-se na primeira parte do trabalho o esquema das nuvens de Karl Popper, as quais representam um sistema imprevisível e caótico. Realizou-se, então, um comparativo com o denominado manicômio jurisprudencial, o qual representa a mesma instabilidade das nuvens, já que possui decisões conflitantes, antagônicas, imprevisíveis e violadoras do devido processo.

Na segunda parte, analisou-se uma comparação entre o esquema dos relógios traçados por Popper, que representam um sistema totalmente previsível, estável e seguro, com o modelo dos precedentes obrigatórios – encampado pelo CPC/2015 e principalmente por Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni -, os quais buscam na interpretação dos tribunais superiores a previsibilidade por meio da aplicação de precedentes (prospectivos) aptos à prever as condutas a serem tomadas pelo judiciário e pela sociedade.

A terceira parte realizou críticas à perspectiva do manicômio jurisprudencial (nuvens) e dos precedentes obrigatórios (relógios) já que ambos sistemas violam direitos e garantias fundamentais, pois impedem que a construção das decisões se dê em observância aos princípios constitucionais do processo e geram um fechamento argumentativo a todos sujeitos processuais. Nesse sentido, demonstrou-se que os precedentes obrigatórios, além de extremamente paradoxais, impedem que o povo fiscalize a construção e aplicação de tais pronunciamentos, os quais são elevados a *status* de dogmas.

Ao final, na quarta parte, apresentou-se o racionalismo crítico de Karl Popper e a teoria da processualidade democrática (neoinstitucionalista) de Rosemiro Pereira Leal, como marcos teóricos para a conjectura de uma teoria *processual e democrática* dos precedentes. Assim, conclui-se que os precedentes não podem ser nuvens nem relógios, mas, sim, instituto jurídico-processual, a fim de que todos sujeitos processuais possam participar e fiscalizar a sua formação e aplicação.

A metodologia adotada no trabalho é a jurídico-teórica, uma vez que se pretende demonstrar e criticar o aspecto dogmático dado pela doutrina tradicional aos precedentes no Código de Processo Civil de 2015. A investigação será jurídico-interpretativa, por meio do procedimento analítico para decomposição do objeto de pesquisa em seus vários aspectos.

1 DAS NUUVENS: O MANICÔMIO JURISPRUDENCIAL

Karl Raimund Popper, em sua obra “Conhecimento Objetivo”, ao apresentar suas conjecturas acerca do racionalismo crítico, realiza uma análise acerca das nuvens e dos relógios, a fim de ilustrar os problemas das correntes do indeterminismo² e do determinismo³.

Em relação às nuvens, Popper discorre que “minhas nuvens pretendem representar sistemas físicos que, como gases, são altamente irregulares, desordenados e mais ou menos imprevisíveis”. (POPPER, 1999, p. 194). Ou seja, as nuvens seriam de “difícil precisão” (POPPER, 1999, p. 194) já que representariam uma enorme instabilidade e imprevisibilidade.

Karl Popper irá relacionar as nuvens, então, ao indeterminismo físico que consiste em ser “a doutrina de que *nem todos os* eventos do mundo físico são predeterminados com precisão absoluta, em todos os seus infinitesimais detalhes”. (POPPER, 1999, p. 203).

Nesse sentido, leciona Tereza Calvet:

Esta metáfora de nuvens e relógios permite a Popper caracterizar sistemas deterministas e indeterministas: uma nuvem é comumente considerada como altamente imprevisível e certamente indeterminada – as nuvens representariam então sistemas físicos altamente irregulares, desordenados e mais ou menos imprevisíveis. (CALVET, 1997, p. 02).

² Segundo Nicola Abbagnano, o indeterminismo “nega o determinismo dos motivos, ou seja, a determinação da vontade humana por parte dos motivos”. (ABBAGNANO, 2012, p. 636).

³ Nicola Abbagnano esclarece que o determinismo é uma “doutrina que reconhece a *universalidade* do princípio casual e portanto admite também a determinação necessária das ações humanas a partir de seus motivos”, assim, o determinismo designa “o reconhecimento e o alcance universal da necessidade causal, que constitui uma ordem racional, mas não finalista, e portanto não se presta a ser designada pelo velho nome de *destino*”. (ABBAGNANO, 2012, p. 287).

Se transpassarmos a análise que Popper faz acerca das nuvens para a ciência do direito processual, especificamente à questão dos precedentes⁴, pode se perceber que as nuvens podem ser equiparadas ao denominado *manicômio jurisprudencial*.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias leciona que o manicômio jurisprudencial deriva da violação ao devido processo constitucional, no momento em que os julgadores passam a decidir com base em critérios subjetivos, por meio da escolha daqueles “pontos que seus entendidos dotes intelectualmente superiores ou sua mente prodigiosa entendam sejam apreciáveis como se os órgãos estatais julgadores possuíssem uma espécie de privilégio seletivo da cognição”. (BRÊTAS, 2018, p. 192).

Do mesmo modo, o autor pontua, ainda, o desconhecimento dos tribunais acerca dos entendimentos dos tribunais superiores, bem como a ausência de debate entre os julgadores acerca de seus votos, em colegiado. Além disso, expõe a existência de decisões com apresentação de fundamentação alheia ao princípio da legalidade, o que gera consequências desastrosas à estabilidade e ao Estado Democrático de Direito. (BRÊTAS, 2018).

Assim, Brêtas menciona que o manicômio jurisprudencial acaba por revelar “pronunciamentos jurisdicionais mais estapafúrdios, porque seus conteúdos decisórios hostilizam por completo a configuração principiológica do Estado Democrático de Direito e a garantia fundamental do devido processo constitucional”. (BRÊTAS, 2018, p. 194).

Alexandre Bahia e Dierle Nunes lecionam que referido manicômio jurisprudencial é decorrente de uma anarquia interpretativa e do denominado marco zero interpretativo:

No entanto, 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; NUNES, 2010, p. 91)

⁴ No presente trabalho não será realizado um estudo acerca de uma eventual correlação entre as correntes do determinismo e indeterminismo com o estudo dos precedentes, o que demandaria uma outra pesquisa acerca de tal temática. No entanto, a menção a tais correntes é importante, a fim de se compreender a alusão entre as nuvens e relógios realizada por Karl Popper.

O manicômio jurisprudencial 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.

Desta feita, torna-se possível afirmar que o manicômio jurisprudencial se assemelha ao esquema traçado por Popper em relação às nuvens, já que apresenta imprevisibilidade, instabilidade e incoerência decisórias.

A existência do manicômio jurisprudencial – que inclusive ainda se faz presente na atual conjuntura do judiciário brasileiro –, fez com que houvesse uma tendência de *padronização decisória* desde inúmeras reformas realizadas no CPC/73, o que influenciou diretamente na elaboração do CPC/2015 com base no combate à tal loteria jurisprudencial⁵, a partir da incorporação de *precedentes* advindos do *common law*.

Nessa esteira, ao analisar a elaboração do CPC/15, Alexandre Rocha (2018) aponta que os juristas que compunham a Comissão do Anteprojeto detectaram violação à duração razoável do procedimento e à celeridade, à segurança jurídica e à isonomia, em razão da imprevisibilidade gerada pelas decisões conflitantes e alheias ao ordenamento jurídico.

Assim, com a assunção do CPC/2015 com objetivo de combater a *nuvem jurisprudencial*, diversas técnicas e posicionamentos foram incorporados, a fim de que aos precedentes fosse conferida *força vinculante* e, via de consequência, passassem de nuvens para relógios, conforme se verá a seguir.

2 DOS RELÓGIOS: OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Além da análise das nuvens, Popper também preconiza em seu esquema os relógios. Segundo Karl Popper, enquanto as nuvens representam a imprevisibilidade e instabilidade, o

⁵ “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; NUNES, 2018, p. 201).

relógio, o qual o autor representa por um relógio de pêndulo, é “muito digno de confiança, um relógio de precisão, com o intento de representar sistemas físicos que são regulares, ordeiros e de comportamento altamente previsível”. (POPPER, 1999, p. 194).

Nessa esteira, “falamos de ‘exatidão de relógio’ quando queremos descrever um fenômeno altamente regular e previsível”. (POPPER, 1999, p. 194). Assim, Tereza Calvet leciona que, ao contrário das nuvens, “um relógio é altamente previsível e um bom relógio, por exemplo, um relógio de pêndulo, pode ser considerado como um paradigma de um sistema físico mecânico e determinista”. (CALVET, 1997, p. 02).

A figura dos relógios estaria ligada ao determinismo físico, conforme leciona Karl Popper:

Um mecanismo de relógio determinista físico é, acima de tudo, completamente auto-suficiente: no perfeito mundo físico determinista simplesmente não há lugar para qualquer intervenção de fora. Tudo que acontece em tal mundo é fisicamente predeterminado, incluindo todos os nossos movimentos e, portanto, todas as nossas ações. Assim, todos os nossos pensamentos, sentimentos e esforços podem não ter influência prática sobre o que acontece no mundo físico: são, se não meras ilusões, no máximo subprodutos (‘epifenômenos’) de eventos físicos. (POPPER, 1999, p. 201).

A comparação que se pode fazer com o direito processual acerca da análise de Popper sobre os relógios, está diretamente ligada aos precedentes obrigatórios e à noção de previsibilidade suplicada pelos autores que defendem a padronização decisória por meio dos entendimentos dos tribunais pátrios, o que se faz presente no CPC/2015.

Dentro dessa perspectiva, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni são protagonistas na defesa de que os Tribunais Superiores devam atuar como Cortes Supremas para a formação de precedentes obrigatórios, que irão moldar, ordenar e trazer previsibilidade ao ordenamento jurídico e à conduta dos cidadãos-jurisdicionados.

Para apresentar tal modelo, Daniel Mitidiero defende a perspectiva das Cortes Supremas, cujo objetivo seria o de orientar a aplicação do Direito a partir da “*justa interpretação da ordem jurídica*, sendo o caso concreto apenas um pretexto para que essa possa formar *precedentes*”. (MITIDIERO, 2014, p. 55). O caso concreto seria, então, apenas um mecanismo para a Corte Suprema criar um precedente para vincular a sociedade e o judiciário, e se tornar fonte do direito. (MITIDIERO, 2014).

Em sua obra “Precedentes: da persuasão à vinculação”, Daniel Mitidiero argumenta que a interpretação não é pura declaração, tampouco pura criação, mas, sim, “uma *reconstrução do sentido normativo*, com o que não se trata nem de uma declaração de uma norma preexistente e nem de uma criação *ex nihilo*”. As normas teriam características dúbias, ambíguas, lacunosas, motivo pelo qual deve-se reconhecer “o caráter mitológico do cognitivismo interpretativo e no reconhecimento da dupla indeterminação do direito”. (MITIDIERO, 2016, p. 77).

Para enfrentar a mera declaração de norma jurídica preexistente, as Cortes Supremas se tornam fator de viabilidade da outorga de interpretação prospectiva e de unidade ao direito, motivo pelo qual a figura do precedente vinculante surge como solução a essa problemática da indeterminação do direito. Mitidiero irá argumentar, então, que tal função de Cortes Supremas, únicas capazes de criar precedentes obrigatórios, seria exercida pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, com a responsabilidade de evitar a dispersão do sistema jurídico e guiar a interpretação de juízes. (MITIDIERO, 2016).

Para Mitidiero, a autoridade do precedente passaria a estar no sentido dado ao direito pelo STF e STJ, ou seja, “a *autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta*”. (MITIDIERO, 2016, p. 77).

Nas palavras do autor:

A compreensão da teoria da interpretação em uma perspectiva lógico-argumentativa retira o foco exclusivamente da lei e coloca-o também no precedente, de modo que a *liberdade* e a *igualdade* a partir daí devem ser pensadas também diante do *produto da interpretação* e a *segurança jurídica* diante de um quadro que englobe tanto a *atividade interpretativa* como o seu *resultado*. Dessa forma, o *precedente, sendo fruto da reconstrução do sentido da legislação, passa a ser o derradeiro garante da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado Constitucional*. Nessa linha, o precedente judicial constitui fonte primária do Direito, cuja eficácia vinculante não decorre nem *costume judicial* e da *doutrina*, nem da *bondade* e da *congruência social* das razões invocadas e nem de uma *norma constitucional ou legal* que assim o determine, mas da *força institucionalizante* da interpretação jurisdicional, isto é, da *força institucional da jurisdição* como função básica do Estado. (MITIDIERO, 2016, p. 99).

Em harmonia às propostas de Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni defende os precedentes obrigatórios:

A decisão da Corte Suprema, ao expressar o sentido do direito, passa a orientar a vida social e a guiar as decisões dos juízes e tribunais de apelação. Se as Cortes Supremas têm a função de desenvolver o direito ao lado do legislativo, as suas decisões devem ganhar a autoridade que lhes permita corresponder ao significado que possuem na ordem jurídica. É precisamente aí que as decisões das Cortes Supremas assumem a qualidade de precedentes. (MARINONI, 2016, p. 65).

Nessa esteira, para o autor, quando a Corte Suprema passa a atribuir sentido à lei e ao direito, já que possui a crença na dissociação entre texto e norma, permite-se a outorga de unidade ao direito pela via do precedente. Assim, a interpretação e o sentido dado à lei pelo precedente seriam a função da Corte Suprema, a fim de que seja possível conferir unidade ao direito. Logo, para Marinoni, o precedente passa a ser instrumento para a elaboração do significado da norma. (MARINONI, 2016).

Assim, Marinoni defende que as Cortes Supremas devam dar completude à atividade legislativa:

Como não resta mais qualquer dúvida de que o intérprete pode, a partir de atividades-interpretação legítimas e razoáveis, retirar mais de uma norma de um só texto legal, surge por mera consequência lógica a necessidade de conferir às Cortes de vértice a função de definir o significado atribuível à lei, sem a qual, aliás, a atividade do legislador jamais ganharia completude. Essa função, como é fácil perceber, guarda relação com a necessidade de se ter uma ordem jurídica coerente e com o respeito aos espaços de liberdade, à distribuição igualitária do direito e à segurança jurídica. É que o direito mudou de lugar; abandonou o texto legal – em que, na verdade, nunca se acomodou plenamente – e passou a ocupar o lugar das decisões das Cortes Supremas. Assim, essas, por mera consequência lógica, passaram a representar os critérios de orientação da sociedade e de solução dos casos conflitivos, dando origem ao que se chama precedente. (MARINONI, 2016, p. 94).

A perspectiva de Mitidiero e Marinoni se assemelha bastante à figura dos relógios, pois referidos autores defendem que os entendimentos do STJ e STF, por meio dos precedentes obrigatórios, são de uma previsibilidade tamanha que irão moldar e prever todas as condutas possíveis, o que traria completude e estabilidade *ad aeternum* ao ordenamento jurídico.⁶

⁶ Essa leitura pode ser extraída, por exemplo, quando Mitidiero defende que STF e STJ “devem *dar unidade ao direito* a partir da solução de casos que sirvam como precedentes para guiar a interpretação futura do direito pelos demais juízes que compõem o sistema encarregado de distribuir justiça *a fim de evitar a dispersão do sistema jurídico*.” (MITIDIERO, 2016, p.93). Do mesmo modo, apesar de Mitidiero não ser expresso quanto à estabilidade *ad aeternum*, essa conclusão pode ser inferida no momento em que defende a ampliação do rol dos artigos 311, 332, 927, 932 e 1.030 para abarcar qualquer espécie de precedente advindo dos Tribunais

Nesse sentido, Gabriela Oliveira Freitas sintetiza bem a perspectiva dogmática dos precedentes obrigatórios:

Pode-se notar a intenção de estender o âmbito de aplicabilidade das decisões judiciais, fazendo com que o Judiciário, no menor número de vezes possível, tenha que se aprofundar na análise de questões similares, tornando-se mais eficiente quantitativamente por meio do estabelecimento de padrões a serem seguidos nos casos idênticos subsequentes, sob o argumento de preservação da isonomia, da celeridade procedimental, da estabilidade e da previsibilidade dos provimentos jurisdicionais. (FREITAS, G., 2019b, p. 156-157).

A partir dessa tendência de padronização decisória por meio de precedentes, o CPC/2015 traz em seu texto diversos mecanismos de formação de julgamentos vinculantes, a exemplo de súmulas, recursos repetitivos, incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência.⁷

Além disso, o artigo 926 do CPC/2015 foi introduzido por influência de Lenio Streck que, adepto à teoria da integridade de Dworkin, delineou tal proposição. Dispõe o artigo 926 que os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência, além de mantê-la estável, coerente e íntegra.⁸

Outro dispositivo importante 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

Superiores, o que ocasiona o engessamento do Direito por inadmissão de recursos. (MITIDIERO, 2016, p.104-115).

⁷ A análise da formação dos precedentes pelas referidas técnicas foge ao escopo do presente artigo, motivo pelo qual sugerimos conferir as obras dos autores Alexandre Rocha (2018), Ana Paula Pereira da Silva Diniz (2016) Victor Barbosa Dutra (2018) e Gabriela Oliveira Freitas (2019a, p.39-59), os quais fazem uma análise mais detalhada.

⁸ Luís Gustavo Reis Mundim realiza uma análise dos elementos presentes no referido artigo, o que fugiria do objetivo do presente trabalho. Para tanto, conferir MUNDIM, 2018, p. 156-166.

constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.⁹

O CPC/2015 traz, também, diversas técnicas (ideológicas) de aplicação de precedentes e padrões decisórios na tentativa de imprimir maior celeridade, eficiência e previsibilidade, quais sejam, a tutela de evidência (art. 311), a improcedência liminar dos pedidos (art. 332), o julgamento monocrático dos recursos (art. 932, incisos IV e VI), a possibilidade de cumprimento provisório de sentença baseada em precedentes (art 521, inciso IV), bem como a previsão de inadmissão de recursos especial e extraordinário com base em julgamentos repetitivos (art. 1030, inciso I) e a impossibilidade de cabimento de agravo aos tribunais superiores para “destrancamento” dos recursos especial e extraordinários (art. 1042).¹⁰

Percebe-se, então, que assim como os relógios, os precedentes obrigatórios permitiriam uma autossuficiência em razão de predeterminar as decisões e prever o que será aplicado no futuro, sob os fundamentos de segurança jurídica e isonomia. Vê-se, nesse sentido, que a defesa dos precedentes obrigatórios acaba por preconizar precedentes prospectivos, sempre voltados à aplicação futura dos entendimentos jurisprudenciais.

Nesse sentido, explicita Gustavo de Castro Faria:

Todo o fascínio desmensurado pela aplicação de um sistema de precedentes em nosso direito, ao que parece, encontra grande respaldo nas teorias que atribuem aos métodos padronizados de julgamento um maior respeito à garantia da isonomia e à segurança jurídica, uma vez que a garantia de respeito à palavra dos tribunais (*stare decisis*) permitiria ao cidadão antever a carga de (i)licitude de que será dotado seu comportamento, tornando previsível a solução de futuros litígios e evitando ‘surpresas’ no momento dos julgamentos. (FÁRIA, 2012, p. 88).

Entretanto, conforme se verá no próximo tópico, tanto a perspectiva do manicômio jurisprudencial (nuvens) quanto a dos precedentes obrigatórios (relógios) são prejudiciais ao

⁹ O artigo 927 tem levantado diversas discussões em torno de sua constitucionalidade e acerca do modo de como se dará a vinculação, motivo pelo qual diversos posicionamentos tem sido adotados pela doutrina. (MUNDIM, 2018, p. 156-166).

¹⁰ Para uma análise pormenorizada das referidas técnicas rituais de aplicação de precedentes, conferir os trabalhos de Aurélio Viana e Dierle Nunes (2018, p. 261-277), Carlos Henrique Soares (2017), Francisco Rabelo Dourado de Andrade (2017), Luís Gustavo Reis Mundim (2018, p. 202-214) e Vinicius Lott Thibau (2019).

Estado de Direito Democrático, posto que ainda permitem o protagonismo dos julgadores na dicção do sentido normativo e são incompatíveis com a processualidade democrática.

3 DAS CRÍTICAS ÀS NUVENS E AOS RELÓGIOS: DOS PERIGOS DO MANICÔMIO JURISPRUDENCIAL E DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

O manicômio jurisprudencial (nuvens jurisprudenciais) traz diversos embaraços à construção do Estado de Direito Democrático, em perspectiva não dogmática¹¹. Isso porque, as *nuvens jurisprudenciais* fomentam o livre convencimento motivado dos julgadores que irão decidir o direito conforme sua consciência, interesses e senso de justiça.

Além disso, esse posicionamento reforça o solipsismo dos julgadores e gera diversas interpretações acerca das mesmas normas. Efetivamente, o caos jurisprudencial com decisões conflitantes, sem fundamentação e sem observância ao contraditório, à ampla defesa e isonomia geram uma imprevisibilidade que perpetua em enorme divergência de entendimentos.

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’”. (RAMIRES, 2010, p. 45).

Há que se pontuar, aqui, que não se defende uma padronização decisória irrefletida a partir dos precedentes obrigatórios, conforme se verá a seguir, pois o dissenso jurisprudencial é importante para a formação de decisões que abarquem diversos argumentos e teorias para uma rivalização adequada à formação da decisão final.¹² O que criticamos é que essa

¹¹ Rosemiro Pereira Leal (2017b) cunhou a expressão Estado Dogmático para designar uma perspectiva estatal autocrática que, baseada na ciência dogmática do direito, ignora por completo a implementação de democracia por meio da processualidade. Assim, o Estado Dogmático seria antagônico ao Estado de Direito Democrático. Sobre tal perspectiva, conferir, também, as obras de André Del Negri (2018) e de Luís Gustavo Reis Mundim (2018, p. 29-40).

¹² Em sentido semelhante, Gustavo de Castro Faria leciona que “conceitos como a segurança jurídica e a isonomia – base do processo de *standardização* da interpretação do direito – são explicados no contexto de uma prestação jurisdicional pautada no ideal de previsibilidade e estabilidade, rotulando-se como indesejável e contraproducente a discordância entre os tribunais sobre como decidir uma mesma questão”. (FARIA, 2012, p. 50).

divergência não pode se alinhar à uma anarquia interpretativa que fomente a arbitrariedade dos julgadores e a violação de direitos e garantias fundamentais assegurados desde o plano instituinte da normatividade.

Por sua vez, no que toca aos precedentes obrigatórios (precedentes-relógios), diversas são as críticas a serem realizadas.

A primeira delas diz respeito ao fato de que a defesa de que os Tribunais Superiores devam atuar como Cortes Supremas e criar precedentes a partir de qualquer decisão apenas amplia a discricionariedade judicial e a violação ao princípio da legalidade, já que os precedentes tornar-se-iam mais importantes, inclusive, do que a própria lei.

Nesse sentido, é o que crítica Lenio Luiz Streck:

A tentativa de outorgar eficácia vinculante às decisões dos Tribunais Superiores, a quem caberia a *função de interpretar* e estabelecer o sentido dos textos normativos, ficando os demais juízes e tribunais obrigados a seguir (independentemente do seu conteúdo) os supostos ‘precedentes’, na medida em que sua função se resumiria à de ‘aplicá-los’, mesmo que desconformes à própria lei e à Constituição, *padece de uma indiscutível inconstitucionalidade*. Estaria o novo Código de Processo Civil e, quiçá, a própria doutrina processual modificando competências jurisdicionais dos Tribunais, o que somente pode ser feito por emenda à Constituição? Ademais, dá-se mais relevância à ‘violação’ do precedente – que eventualmente poderia estar errado, sem que, com isso, viesse a perder sua força vinculante – do que à lei. Dito de outro modo, mais vale um precedente ‘obrigatório’ que a própria lei! (STRECK, 2018, p. 44-45).

O que se percebe é a geração de um “fechamento argumentativo tamanho que proporciona uma *violência normativa* desmanteladora das garantias processuais e que acabam por gerar uma *jurisprudencialização do direito*” (MUNDIM; VARELA, 2019, p. 310), já que aos demais sujeitos processuais é defeso realizar a interpretação do direito em razão da palavra final pertencer aos tribunais superiores, bem como impossibilitar eventual distinção ou superação¹³ do padrão decisório.

¹³ O sistema de precedentes previsto no CPC/2015, principalmente após a reforma realizada pela Lei nº 13.256/2016, que retornou com o juízo de admissibilidade duplo dos recursos especial e extraordinário, acabou por praticamente impedir a distinção e superação de precedentes. (MUNDIM, 2018, p.147-156). Nesse sentido, importante o questionamento de Lenio Luiz Streck: “Uma pergunta simples: Será que depois de assentada a ‘autoridade’ do precedente será possível fazer chegar até à Corte de Precedentes? Não podemos esquecer que, ao lado da doutrina de teses e precedentes, vem junto um rígido sistema de filtros recursais, a impedir que as Cortes de Precedentes sejam sujeitas ao constrangimento epistemológico de corrigirem os seus próprios erros”. (STRECK, 2018, p. 75).

Esse fechamento argumentativo também é criticado por Luís Gustavo Reis Mundim:

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*.

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. (MUNDIM, 2018, p. 187).

A perspectiva dos precedentes obrigatórios, encampada pela defesa das Cortes Supremas, além de extremamente paradoxal¹⁴, também se alinha à perspectiva bülowiana de processo, eis que “confia-se no sentimento e na consciência dos tribunais superiores, como se os seus julgadores fossem receptores e captadores dos valores e anseios sociais, com qualificação para saber o que é melhor ou pior para o povo”. (MUNDIM; VARELA, 2019, p. 309).

Nesse sentido, Guilherme César Pinheiro traça importante crítica à perspectiva de que os precedentes obrigatórios seriam infalíveis e a interpretação dada pelos tribunais (inferiores e superiores) seria a mais perfeita e correta possível:

Acrescenta-se a isso tudo, o fato de que uma decisão (do Supremo ou de qualquer outro tribunal) não é capaz de resolver ‘os problemas ínsitos’ à interpretação jurídica, mesmo que seja correta do ponto de vista constitucional.

[...]

Em outras palavras, haverá sempre a necessidade de interpretação, quer de decisões, quer de textos legislativos. Aliás, muitas das vezes, é indispensável o dispêndio de árduo esforço argumentativo por parte dos sujeitos processuais, com o fito de se

¹⁴ Aqui, pode-se mencionar que o modelo das Cortes Supremas de Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni é permeada por aporias que não são respondidas pelos autores e refletem o paradoxo de Bülow alçado ao plano dos precedentes (MUNDIM, 2018, p.177-192; MUNDIM;VARELA, 2019), o paradoxo dos precedentes obrigatórios (VIANA; NUNES, 2018, p.251-261) e uma relação paradoxal com a eficiência na prestação jurisdicional, com a razoável duração dos procedimentos, com a segurança jurídica e com o devido processo (SOARES, 2017).

chegar a uma resposta constitucionalmente adequada ao problema posto pela demanda judicial. (PINHEIRO, 2016, p. 176).

O que se percebe é que a perfeição almejada pelos autores *precedentalistas* impede que ocorra a interpretação do próprio precedente¹⁵, o que permite a atuação dos tribunais “em um espaço nu (desprocessualizado) típico do Estado de Exceção”, já que o “estabelecimento de um sentido para uma lei ou norma de modo solipsista faz com que as Cortes Supremas estejam ao mesmo tempo dentro e fora da normatividade, com contínua interdição e suspensão da legalidade”. (MUNDIM, 2019, p. 328).

Vale dizer, conforme explicitam Francisco José Borges Motta e Maurício Ramires, “o sentido de um precedente *não se esgota com o sentido que lhe imprimiu o julgador que o decidiu*”, já que ainda é possível a realização de distinções e superações daquele julgado. (MOTTA; RAMIRES, 2016, p.106).

Outra crítica relevante é a de que a própria função constitucional dos tribunais superiores é desvirtuada pela formação de precedentes obrigatórios. Isso porque, no Brasil, inexistem Cortes Supremas, mas, sim, tribunais recursais, conforme expõe Rosemiro Pereira Leal:

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, o instituto processual do precedente adotado pelo §2º do art. 926 do CPC/2015 há de ser dimensionado (semanticamente demarcado) a partir da intrassinificatividade normativa posta pelo *caput* do art. 926 e seu §1º a estabelecer o seguinte e novo roteiro configurativo da formação e uniformização da *jurisprudência* no Brasil a fim de, reduzindo seus erros e fracassos históricos, torná-la ‘estável, íntegra e coerente’ [...] (LEAL, 2017a, p. 306-307).

¹⁵ Importante a crítica realizada por Gabriela Oliveira Freitas: “Ademais, ao se transferir para os Tribunais a possibilidade de uma interpretação legítima do direito, faz-se com que se estabeleça a dominação por meio da manipulação dos sentidos. Isso porque, adotado determinado entendimento pelos Tribunais, mediante a utilização de mecanismos de criação de precedentes judiciais, este deve ser obrigatoriamente aplicado nos casos futuros, sem possibilidade de se interrogar sua validade ou legitimidade democrática. Reforça-se, portanto, a possibilidade de manipulação dos sentidos pelo julgador, o qual, tem a autorização (legal, tradicional e/ou carismática) para instituir dogmas inquestionáveis. E tal prática não pode ser admitida no Estado Democrático de Direito, uma vez que este se pretende “não dogmático”. (FREITAS, G. 2019b, p. 159).

Além disso, percebe-se que há a continuidade de uma *lógica dogmática* na formação e aplicação dos precedentes obrigatórios, pois seu fundamento argumentativo “é oferecido à comunidade jurídica como dogma, ou seja, de maneira inquestionável, sendo possível ao julgador e às partes interessadas somente acolher sua aplicação”. (FREITAS, G., 2019b, p. 155).

Ou seja, trata-se de “metodologia de construção de dogmas, em que se estabelece um único enunciado (dogmático e universal) para ser aplicado em situações futuras” (FREITAS, G., 2019b, p. 158).

Por sua vez, os dispositivos do CPC/2015 que tratam dos precedentes também apresentam diversos perigos. Isso porque, pode-se afirmar que a mencionada legislação se encontra imbuída de um cerne eficientista de viés quantitativo pela busca de celeridade, máxima produtividade, simplificação procedimental, busca de resultados e alcance de metas.¹⁶

Nesse espeque, a busca irrefreada por celeridade permite que a padronização decisória macule a qualidade da formação das decisões, eis que esvazia o espaço dialógico-discursivo com comprometimento do princípio do contraditório e da própria processualidade democrática. (FREITAS, H., 2019, p. 170).

Essa perspectiva abre margem para que tribunais possam utilizar-se de uma inconstitucional *padronização decisória preventiva*¹⁷ por meio de precedentes prospectivos que impedem que haja divergência de entendimentos entre tribunais ou dentro do mesmo tribunal, mas que olvidam do devido processo na construção compartilhada das decisões.

Conforme leciona Lorena Ribeiro de Carvalho Sousa, a assunção neoliberal de busca pela eficiência quantitativa e célere da jurisdição faz com que os tribunais – e aqui tal

¹⁶ Helena Patrícia Freitas leciona que “dar vazão aos julgamentos das demandas tornou-se imperativo para o atingimento dos índices de eficiência fixados pelo CNJ”, eis que, embasada por uma perspectiva neoliberal, “a padronização decisória tem se prestado a um efeito propagandístico, como se pudesse, de fato, alavancar os melhores resultados em termos produtivos, por meio do proferimento de decisões em atacado”. (FREITAS, H., 2019, p. 170).

¹⁷ Sobre a padronização decisória preventiva no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Alexandre Varela de Oliveira e Luís Gustavo Reis Mundim lecionam que “estaria a privilegiar o protagonismo dos tribunais, na medida em que suas decisões seriam calcadas em suas sensibilidades, vontades, interesses e conveniência, o que impossibilitaria a implementação de direitos fundamentais ante a uma padronização decisória preventiva meramente quantitativa. Haveria, então, clara blindagem ao acesso à jurisdição e à efetividade processual, com a consequente ausência de legitimidade democrática e sistêmica”. (OLIVEIRA; MUNDIM, 2019, p. 41).

raciocínio é totalmente aplicável ao modelo de Mitidiero e Marinoni -, decidam teses e não lides, “abstraindo as suas especificidades”, além de aplicar a tese “mecanicamente a inúmeros casos futuros, também desconsiderando as suas particularidades”, o que desencontra “com toda a perspectiva constitucional atribuída ao processo e ao dever de fundamentação”. (SOUSA, 2019, p. 67-68).

Assim, o que se percebe é que os dispositivos que visam a aplicação célere de padrões decisórios, precedentes e súmulas, presentes no CPC/2015, além de permanecerem em uma *estrutura dogmática fundamental*¹⁸, desconsideram as reais causas da morosidade jurisdicional, como as etapas mortas do procedimento e a falta de estrutura do judiciário.¹⁹

Torna-se, então, relevante o questionamento de Alexandre Rocha:

[...] é bastante questionável (para dizer o mínimo) a ideia de que a mera criação de técnicas para a uniformização de jurisprudência (especialmente por meio da atribuição de efeitos vinculantes a determinados pronunciamentos jurisdicionais, como se verá mais adiante), sem preocupação com as causas do crescimento do número de processos no país ou com a qualidade da prestação jurisdicional, seria capaz de gerar redução do número e da duração de processos. (ROCHA, 2018, p. 55).

Do mesmo modo, o falacioso discurso de conferência de segurança jurídica²⁰, à semelhança de um precedente-relógio que prevê todas as situações a serem aplicáveis, “se opera à margem do discurso democrático, pois se os direitos fundamentais do processo apenas conformam o instrumento de dizer o direito pelo juiz, a ‘segurança jurídica’ reduz-se à

¹⁸ André Cordeiro Leal e Vinicius Lott Thibau lecionam que a estrutura fundamental do direito processual dogmático possui “a jurisdição ao centro do sistema e processo e ação a orbitar esse núcleo determinante de sua direção”, o que não foi rompido pelo CPC/2015. (LEAL; THIBAU, 2018, p. 33).

¹⁹ Sobre tais causas, conferir a obra de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2018). Importante, também, a crítica de João Carlos Salles de Carvalho: “Esses discursos de efetividade, uma vez desmascarados, mostram-se repletos de opacas promessas, já que pouco ou nada falam sobre as ‘etapas mortas’ do processo, sobre os paradoxais prazos impróprios, sobre o excesso de férias e a obsoleta rotina de expediente forense, sobre as decisões sendo confeccionadas por estagiários dentro dos gabinetes, sobre metas simbólicas ou inalcançáveis, sobre o notável desestímulo de alguns servidores, sobre o corporativismo protecionista da magistratura, sem aqui citar tantos outros embaraços administrativos que sabidamente permeiam a prática jurídica, mas que – por receio ou por tabu – tornaram-se assunto praticamente intocável nos meios acadêmico e forense”. (CARVALHO, 2018, p. 165).

²⁰ A segurança jurídica, em realidade, é um simulacro utilizado pela *auctoritas* para que seja implementada uma violência no e pelo direito. Assim, pode-se mencionar que o simulacro de segurança jurídica permite a implantação de uma *violência normativa* pelos julgadores. (MUNDIM, 2018. p.71-94).

eficiência numérica alcançada pela diminuição de recursos julgados pelo STJ”. (DINIZ, 2016, p.73).

Portanto, o manicômio jurisprudencial e os precedentes obrigatórios são prejudiciais ao Estado Democrático de Direito, pois impossibilitam a construção *processualizada* das decisões de modo compartilhado pelos sujeitos processuais, em observância aos princípios constitucionais-processuais e ao igual direito de interpretação (hermenêutica isomênica), já que mantém uma lógica dogmática truculenta.

Nesse sentido, nuvens e relógios são insuficientes para a construção de uma teoria processual dos precedentes, fora do dogmatismo e da subjetividade, o que somente será possível a partir da teoria da processualidade democrática (neoinstitucionalista), a qual é demarcada epistemologicamente pelo racionalismo crítico de Karl Popper, conforme se verá no próximo tópico.

4 ENTRE NUVENS E RELÓGIOS: O PRECEDENTE COMO INSTITUTO-JURÍDICO PROCESSUAL

Na obra “Conhecimento Objetivo”, após Karl Popper efetuar uma análise acerca das nuvens e relógios, serão realizadas conjecturas sobre o racionalismo crítico, ocasião em que tece críticas tanto ao determinismo quanto ao indeterminismo.

João Carlos Salles de Carvalho leciona que, em Popper, “o rompimento com o *determinismo* moderno, isto é, a negação de que todas as nuvens são relógios, não implica necessariamente na aceitação de um *indeterminismo* radical, em que todos os relógios são nuvens”. (CARVALHO, 2018, p. 46).

Nesse sentido, Popper irá propor sua teoria como “algo de caráter *intermediário* entre o perfeito acaso e o perfeito determinismo – algo intermediário entre nuvens perfeitas e relógios perfeitos”. (POPPER, 1999, p. 210). O filósofo austríaco, a partir da análise de nuvens e relógios, passa a discorrer acerca das quatro funções da linguagem, quais sejam, a expressiva, a sinalizadora, a descritiva e a argumentativa, sendo as duas primeiras comuns às

linguagens dos animais e dos homens²¹, e as duas últimas exclusivas dos homens²². (POPPER, 1999, p. 215-216).

Dentre as quatro funções, Karl Popper leciona que a mais elevada é a *função argumentativa*, pois, em funcionamento, é disciplinada por uma discussão crítica. A função argumentativa é ligada “à uma atitude argumentativa, crítica e racional” que tem “levado à evolução da ciência”. (POPPER, 1999, p. 217).

Assim, Popper irá relacionar a função argumentativa ao uso de *argumentos críticos*:

[...] os argumentos críticos são *um meio de controle*: são um meio de eliminar erros, um meio de seleção. *Resolvemos nossos problemas* propondo experimentalmente várias teorias e hipóteses concorrentes, como balões de ensaio, por assim dizer; é submentendo-as a discussões críticas e a teses empíricas, para o fim de eliminação de erros.

Assim, a evolução das funções superiores da linguagem, que venho tentando descrever, pode ser caracterizada como a evolução de novos meios de solucionar problemas, por novas espécies de experiências e por novos métodos de eliminação de erros; isto é, novos métodos para *controlar* as experiências. (POPPER, 1999, p. 219-220).

Nesse sentido, as funções superiores da linguagem, em especial a argumentativa, possibilitam o crescimento do homem, pois pode “desenvolver *teorias científicas* autônomas e refutáveis (comprometidas com a democracia), aptas a melhor controlar suas condutas e melhor regulamentar o convívio social”. (CARVALHO, 2018, p. 47).

Karl Popper, então, cunha o método crítico-eliminacionista que “contenta com o fato de que a racionalidade de uma teoria reside em a escolhermos porque é melhor do que as predecessoras”, eis que foi submetida a testes mais severos, “podendo, portanto, aproximar-se mais da verdade”. (ALMEIDA, 2005, p. 25).

O método crítico-eliminacionista de Popper “parte de problemas, a saber, tanto de problemas práticos quanto teóricos” (POPPER, 2006, p. 14), razão pela qual “a ciência começa com problemas e termina com problemas”. (POPPER, 1977, p. 141).

Assim, o método crítico de Popper pode ser resumido na seguinte fórmula: P1 -> TT -> EE -> P2, em que P1 é o problema a ser resolvido, TT é a testificação teorizada do

²¹ Popper (1999) as denomina de funções inferiores da linguagem.

²² Popper (1999) as denomina de funções superiores da linguagem.

problema, EE a eliminação de erros, e P2 o problema gerado pela eliminação do erro, que é sempre menor que o primeiro problema.

Assim, o método do conhecimento científico “*é o método crítico: o método da busca por erros e da eliminação de erros a serviço da busca da verdade, a serviço da verdade*” (POPPER, 2006, p. 15). Portanto, em Popper, o conhecimento ou o saber científico é um saber conjectural, hipotético, eis que sempre poderá aparecer uma teoria mais resistente e substituir a teoria anterior, com objetivo de “evitar o dogmático; é a postura sempre crítica, até mesmo perante ela própria”. (POPPER, 1994, p. 53).

É com esse eixo epistemológico popperiano que Rosemiro Pereira Leal (2013) conjectura a teoria neoinstitucionalista do processo – teoria da processualidade democrática -, para a construção de um direito não-dogmático e, por isso, efetivamente democrático.

Nesse sentido, João Carlos Salles de Carvalho aponta que o direito democrático deve “abandonar o mito do saber pelo sujeito-autoridade”, a fim de que seja inaugurada “uma racionalidade que se sabe falível, fundamentada na evolução do conhecimento pelo racionalismo crítico”. (CARVALHO, 2018, p. 49-50).

Rosemiro Pereira Leal leciona que, na processualidade democrática, o processo é uma instituição jurídico-linguística constitucionalizada que irá reger os procedimentos, a fim de que as decisões estatais (legiferantes, judiciais ou administrativas) sejam resultantes do compartilhamento do diálogo processual na Comunidade Jurídica Constitucionalizada, que, por meio do contraditório, ampla defesa e isonomia, servirá como pressuposto da criação, transformação, postulação, reconhecimento e extinção de direitos:

O devido processo, como instituição constitucionalizada, define-se, por conseguinte, como uma *conjunção* de princípios-institutos (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade procedimental), o qual é referente jurídico-discursivo da procedimentalidade ainda que esta, em seus modelos legais específicos, não se realize expressa e necessariamente em contraditório. O *processo*, por concretização constitucional, é aqui concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos. (LEAL, 2016, p. 157).

Uma vez, então, que um dos eixos da processualidade democrática se encontra na soberania popular e na fruição de direitos fundamentais (VARELA, 2019), o processo na

teoria neoinstitucionalista gera um “espaço jurídico-discursivo de fiscalidade ampla” (DEL NEGRI, 2019, p. 14) pelos cidadãos (sujeitos constitucionais), que irão participar e se reconhecer como autores e coautores dos pronunciamentos decisórios.²³

É por isso que André Del Negri leciona que, no Estado de Direito Democrático, o processo é visto como referente lógico-jurídico que “por meio do contraditório amplo e direito igual de interpretação para todos, tem o objetivo de ofertar um conjunto de teorias para esclarecer os conteúdos” obscuros, os quais “nos distanciam da fruição dos direitos fundamentais”, além de possibilitar a testificação de “decisões e critérios que não se atribuem democráticos e objetivos no exercício das funções de Estado”. (DEL NEGRI, 2019, p. 15).

Ou seja, segundo Leal, a todos do povo deve ser garantida a possibilidade de fiscalizar a construção das decisões que, por meio de uma testificação teorizada do sistema jurídico²⁴, será conferida *legitimidade democrática* pela eliminação de erros que possam impedir a fruição de direitos fundamentais. (LEAL, 2016, p. 126). É por isso que a teoria neoinstitucionalista se afasta da “atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador”. (LEAL, 2016, p. 63).

É o que leciona André Del Negri:

[...] no discurso que se pretenda democrático, a fim de não depender da clarividência das autoridades-decisoras, que os *problemas* sejam enfrentados por meio de *teorias* e apontamentos *críticos* em *devido processo*, como *metalinguagem*, para que o *conhecimento objetivo* seja o traço medular para tomada de *decisão*. Quando se fala em *teoria*, por certo, não se está, aqui, a falar sobre métodos interpretativos que buscam o sentido da lei. (DEL NEGRI, 2019, p. 109-110).

É por isso que uma teoria *processual* dos precedentes há de ser demarcada pelo racionalismo crítico de Popper e pela teoria da processualidade democrática (neoinstitucionalista) de Rosemiro Pereira Leal.

²³ Rosemary Cipriano da Silva leciona, com base nos ensinamentos de Rosemiro Leal, que “No paradigma do direito democrático, o eixo das decisões não se encontra na razão imediata e prescritiva do julgador, mas se constrói no espaço procedimental da razão discursiva. Nesse sentido, os argumentos de fundamentação do direito que legitimam as pretensões de validade encontram-se na teoria do processo que se concebe pela isonomia entre produtores e destinatários das normas jurídicas, permitindo assim que os destinatários das normas se reconheçam também como autores das mesmas. (SILVA, 2012, p. 92-93).

²⁴ Rosemiro Leal propõe, nesse sentido, que o controle de constitucionalidade deva ser realizado de modo difuso, incidental-concreto e abstrato, incessante e irrestrito, o que o autor denomina de controle de democraticidade. (LEAL, 2013, p.103).

Os precedentes não podem ser nuvens nem relógios, mas algo intermediário, já que não se pode conceber uma anarquia jurisprudencial, que assume o livre convencimento motivado como embasamento teórico, tampouco um precedente obrigatório, em razão do fechamento argumentativo, da petrificação do direito e da impossibilidade de testificação e fiscalização das decisões por qualquer do povo.

O precedente, na teoria da processualidade democrática, há de ser um instituto²⁵ jurídico processual sem que o primado da jurisdição prevaleça sobre o devido processo, conforme leciona Rosemiro Pereira Leal:

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 de 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. (LEAL, 2017a, p. 305).

Uma teoria processual dos precedentes (democrática), não permite que a fixação do sentido normativo seja dada por uma Corte Suprema, a fim de conferir segurança jurídica ao direito, mas preconiza a legitimidade democrática dos provimentos vinculantes, a partir de sua construção compartilhada pelos sujeitos processuais por meio do devido processo, como referente lógico do sistema jurídico. (MUNDIM, 2018).

Ou seja, há que se permitir, também, a participação dos interessados na construção da decisão, conforme leciona Gabriela Oliveira Freitas:

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

²⁵ Instituto, na teoria neoinstitucionalista, é o “agrupamento de *princípios* que guardam unidade ou afinidades de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal”. (LEAL, 2016, p. 393).

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. (FREITAS, G., 2014, p. 110).

Importante, nesse momento, realizar uma diferenciação entre a processualidade democrática e a teoria da integridade de Ronald Dworkin. Isso porque, o precedente como instituto processual e meio termo entre nuvens e relógios, não significa demarcar coerência, integridade, estabilidade e uniformidade das decisões a partir de Dworkin.

A teoria da integridade ainda permite o solipsismo do julgador, não obstante sua tentativa de rompê-lo, pois os elementos de coerência e integridade são mantenedores de decisões passadas autocráticas, que ferem o devido processo:

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.

[...]

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 entram o devido processo como atividade interpretativa pelo exercício do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, eis que estão eivadas de fins meramente dominatórios e impositivos de poder. (MUNDIM, 2018, p. 88-89).

Ademais, Dworkin não preconizou de que modo as *partes processuais* participariam da construção da decisão.²⁶ (DEL NEGRI, 2019, p. 397). Assim, conforme leciona Vinicius Lott Thibau, o que a processualidade democrática busca é a *integralidade* dos legitimados ao processo (povo) na construção decisória e não a *integridade* nos moldes dworkinianos:

O que se apresenta relevante para a operacionalização do direito não dogmático é que a interpretação deixe de ser compreendida como uma atividade discricionária de fixação do significado válido das leis pelo julgador e passe a ser conjecturada como uma atividade acessível à integralidade dos integrantes da comunidade jurídica dos

²⁶ Leciona Rosemiro Pereira Leal que: “As partes, como sujeitos do processo judicial, nessas circunstâncias, são para o decisor, integrantes *prima facie* de uma sociedade política ex-ante de seu ingresso em juízo, podendo o caso trazido a juízo ser julgado por princípios não jurisdicionados, sendo irrelevante, em muitas hipóteses, a legalidade estrita à solução da controvérsia. O devido processo legal dispensa prévios modelos estruturais da ordinariade plena ou sumária (fundamentos da cognição) para assegurar contraditório ou ampla defesa, uma vez que tais direitos são, no direito como integridade, assegurados pelo juiz como tutela que a autoridade confere às partes, dosando-lhes a conveniência cuja amplitude é posta por seus juízos de equidade (decisão justa)”. (LEAL, 2017b, p. 127-128).

legitimados ao processo. Para que a interpretação do direito não seja considerada uma atividade privativa da jurisdição, contudo, é indispensável que se assimile que a ‘hermenêutica, nas democracias, é dada na base popular construtiva da lei. (THIBAU, 2018, p. 228).

Nesse sentido, para se viabilizar uma teoria democrática dos precedentes, há que se possibilitar *fiscalidade e controle incessantes* no âmbito de formação e aplicação dos precedentes (MUNDIM, 2018) para permitir a ampla participação processualizada dos sujeitos processuais e a revisitação dos padrões decisórios por meio de eventuais superações e distinções.²⁷

Por tal motivo, a formação dos precedentes deve se dar a partir da vinculação da causa de pedir e pedido, “pois são *antecedentes lógicos* integrantes do *núcleo construtivo* dos precedentes” (MUNDIM, 2018, p. 237). Rosemiro Pereira Leal leciona, nesse sentido, que o precedente como instituto jurídico deve estar adstrito à causa de pedir e pedido, pois permitirá o debate processualizado pelas partes e demais sujeitos processuais:

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). (LEAL, 2017a, 309).

Ou seja, a partir da vinculação da causa de pedir e pedido, não se permite que o sentido normativo fixado pelo precedente seja dado apenas e tão somente por uma autoridade sábia, como pretendem Mitidiero e Marinoni, mas, sim, pela construção, em contraditório amplo e igual direito de interpretação, pelas partes e sujeitos processuais.

Especificamente à aplicação dos precedentes, esta deve ser realizada por meio de um procedimento de conhecimento demarcado por fases lógicas, a fim de evitar a supressão de

²⁷ Aqui são interessantes as propostas de controle difuso de jurisprudencialidade de Gabriela Oliveira Freitas (2019a), a criação de câmaras revisoras de jurisprudência de Gustavo Castro Faria (2012, p.113-136) e procedimento constitucional de revisão de precedentes vinculantes de Luís Gustavo Reis Mundim (2018, p. 252-256). As três propostas partem do marco teórico da processualidade democrática.

fases pela aplicação célere de precedentes sem o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. (MUNDIM, 2018, p. 243-352).

Aqui, a técnica de saneamento e organização do procedimento²⁸ pode servir como marco procedimental para que o debate acerca da aplicação ou não do precedente à lide seja fixado como questão a ser resolvida na decisão final, o que permitiria o debate processual pelas partes em espaço processual, sem que técnicas de aceleração de procedimento sejam utilizadas em prol do viés efficientista.

Nesse sentido, pode-se inferir que a construção de uma teoria dos precedentes deve perpassar pelo processo em sua centralidade, pois afasta-se do equívoco cometido pelos *precedentalistas* de que a jurisdição é o centro do sistema jurídico. O que se percebe, então, é que somente a processualidade democrática impede que a construção e aplicação de precedentes se dê de modo dogmático, já que possibilita que as partes e demais sujeitos processuais construam e revisem as decisões vinculantes em contraditório, ampla defesa e isonomia, pelo igual direito de argumentar criticamente e interpretar o sentido legal.

Conclui-se que os precedentes devem estar entre nuvens e relógios, já que, como instituto jurídico processual, permitem a efetiva construção legitimada e democrática das decisões por todos do povo.

5 CONCLUSÃO

O esquema das nuvens, o qual é caracterizado por intensa imprevisibilidade e instabilidade, pode ser comparado com o denominado *manicômio jurisprudencial*, em que prevalece o livre convencimento dos julgadores como embasamento decisório. Referido manicômio é gerador de decisões imprevisíveis, conflitantes e que ignoram por completo o devido processo em sua construção.

²⁸ Leciona Alexandre Varela de Oliveira que a delimitação do objeto do procedimento de cognição “se encontrará atrelado às questões definidas na decisão de saneamento e organização, a qual deverá ser obrigatoriamente observada pelo magistrado, de forma que o pronunciamento jurisdicional decisório não deixe de apreciar questões de fato ou de direito apontadas previamente pelas partes”. (VARELA, 2019, p. 113).

Por sua vez, o esquema dos relógios representa um sistema altamente preciso, previsível e estável, o qual pode ser comparado à defesa dos precedentes obrigatórios. Os precedentes obrigatórios e o modelo das Cortes Supremas preconizam que os precedentes possam ser previsíveis, estáveis e possam surgir de qualquer decisão emanada pelo STF e STJ, os quais são os únicos aptos a fixar o sentido normativo para que o cidadão possa prever sua conduta.

Entretanto, ambas perspectivas são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito e com a processualidade democrática, eis que relegam a construção dos precedentes ao solipsismo dos julgadores e dos tribunais pátrios. O manicômio jurisprudencial por não trazer qualquer estabilidade sistêmica, enquanto os precedentes obrigatórios buscam uma estabilidade *ad aeternum* que fecha a possibilidade de construção, interpretação e fiscalização dos pronunciamentos vinculantes a serem formados nos tribunais.

Assim, a partir do racionalismo crítico de Karl Popper e da teoria da processualidade democrática (neoinstitucionalista) de Rosemiro Pereira Leal, pode-se conjecturar e concluir que os precedentes, na democracia, devem estar *entre nuvens e relógios*, pois devem ser compreendidos como instituto-jurídico processual, a fim de que todos do povo e todos sujeitos processuais participem e fiscalizem a construção dos provimentos vinculantes, bem como possam debater e interpretar a aplicação de tais pronunciamentos, pois somente assim haverá legitimidade decisória.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

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.



Meritum

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

CALVET, Tereza. Popper leitor de Kant: terceira antinomia ao postulado da liberdade. *In: Ética e Filosofia Política*. Juiz de Fora, v. 2, n. 2. (jul./dez. 1997).

CARVALHO, João Carlos Salles de. *Pedagogia judicial e processo democrático: a fala processual como exercício de cidadania*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

DINIZ, Ana Paula Pereira da Silva. *Recursos Especiais "Repetitivos" no Direito Brasileiro: uma questão de (in)constitucionalidade?*. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. 11.

DEL NEGRI, André. *O avesso do Estado*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

DEL NEGRI, André. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

DEL NEGRI, André. *Discrecionalidade e autoritarismo: o que fica oculto na decisão que impede o direito de informação?*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. *Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

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

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

FREITAS, Gabriela Oliveira. *Controle difuso de jurisprudencialidade*. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2019a.

FREITAS, Gabriela Oliveira. A perpetuação dogmática na metodologia de precedentes judiciais. *In: LÔBO, Edilene; OMMATI, José Emílio Medauar. Processo eleitoral e Estado de Direito: diálogos sobre democracia e política*. Coleção Teoria Crítica do Direito. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019b, p. 151-163. v. 8.

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.

FREITAS, Helena Patrícia. *Eficiência da jurisdição: necessidade de sua (des)construção para efetivação do modelo constitucional de processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinicius Lott. A estrutura fundamental do direito processual dogmático e suas repercussões no Código de processo Civil Brasileiro de 2015. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. (Coord.). *Teoria Crítica do Processo: contributos da Escola Mineira de Processo para o Constitucionalismo Democrático*. Coleção Teoria Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 27-48. v. 6.

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./ju.2017a.

LEAL, Rosemiro Pereira. O juiz hercúleo e a letalidade do Estado Dogmático. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 2, n. 3, p. 115, dez. 2017b. Disponível em: <<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/33>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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.

MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O novo Código de Processo Civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade? 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.85-111.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O antagonismo entre a ética dos precedentes e o Estado Democrático de Direito. *Revista eletrônica de direito processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 13, v.20, n. 01, jan./abr. 2019, p. 315-340. Disponível em: <<https://www.e->

publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/31568/29253>. Acesso em: 10 de jun. de 2019.

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

MUNDIM, Luís Gustavo Reis; VARELA, Alexandre de Oliveira. Cortes supremas e a herança bülowiana na jurisprudencialização do direito. In: *Revista eletrônica de direito processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 13, v.20, n. 03, set./dez. 2019, p. 293-322.

Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/40557/30560>>. Acesso em: 12 de out. de 2019.

OLIVEIRA, Alexandre Varela de; MUNDIM, Luís Gustavo Reis. A impossibilidade de padronização decisória preventiva no incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO*. Belo Horizonte, ano 27, n. 106, p. 31-48, abr./jun., 2019.

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. *Autobiografia intelectual*. São Paulo: Cultrix, 1977.

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. *O racionalismo crítico na política*. Trad. Maria da Conceição Côrre-Real. 2. ed. Brasília: UNB, 1994.

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

ROCHA, Alexandre. *Julgamento de casos repetitivos e processo constitucional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SILVA, Rosemary Cipriano da Silva. *Direito e processo: a legitimidade do Estado Democrático de Direito através do processo*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.



Meritum

SOARES, Carlos Henrique. Paradoxos dos precedentes judiciais. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 55-83, out./dez. 2017.

SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho. *O dever de fundamentação no Código de Processo Civil de 2015*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: JusPodivm, 2018.

THIBAU, Vinícius Lott. Apontamentos críticos sobre a improcedência liminar do pedido. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 37, p.43-59, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/06/DIR37-03.pdf>>. Acesso em: 31 de dez. de 2019.

THIBAU, Vinicius Lott. *Garantismo e processualidade democrática*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VARELA, Alexandre de Oliveira. *Técnica de saneamento e organização do procedimento no Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Recebido/Received: 22.03.2020.

Aprovado/Approved: 27.05.2020.