

PUCRS

FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO

CARLOS FERNANDO DE BARROS AUTRAN GONÇALVES

O DIREITO AO PROCESSO JUSTO E SUA REALIZAÇÃO POR MEIO DO EMPREGO DO CRITÉRIO DIACRÔNICO DE INTERPRETAÇÃO DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Por uma Compreensão da Historicidade em Reinhart Koselleck para Demarcar a Vinculação aos Padrões Decisórios do Superior Tribunal de Justiça

Porto Alegre
2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO

**O DIREITO AO PROCESSO JUSTO E SUA
REALIZAÇÃO POR MEIO DO EMPREGO DO
CRITÉRIO DIACRÔNICO DE INTERPRETAÇÃO
DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS:** Por uma
Compreensão da Historicidade em Reinhart Koselleck
para Demarcar a Vinculação aos Padrões Decisórios do
Superior Tribunal de Justiça

CARLOS FERNANDO DE BARROS AUTRAN GONÇALVES

Tese de Doutorado em Direito, na linha de
Jurisdição, Processo e Efetividade da Justiça,
sob a orientação do Prof. Dr. Luís Alberto
Reichelt, apresentada para a Defesa Final
junto ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul - PUCRS, como requisito à
obtenção do grau de doutor em direito.

Porto Alegre

2019

Ficha Catalográfica

G643d Gonçalves, Carlos Fernando de Barros Autran

O direito ao processo justo e sua realização por meio do emprego do critério diacrônico de interpretação dos fundamentos jurídicos : por uma compreensão da historicidade em Reinhart Koselleck para demarcar a vinculação aos padrões decisórios do Superior Tribunal de Justiça / Carlos Fernando de Barros Autran Gonçalves . – 2019.

181 f.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt.

1. processo justo. 2. padrões decisórios. 3. critério diacrônico. 4. ratio decidendi. 5. Reinhart Koselleck. I. Reichelt, Luis Alberto. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Bibliotecária responsável: Salete Maria Sartori CRB-10/1363

CARLOS FERNANDO DE BARROS AUTRAN GONÇALVES

**O DIREITO AO PROCESSO JUSTO E SUA REALIZAÇÃO POR MEIO
DO EMPREGO DO CRITÉRIO DIACRÔNICO DE INTERPRETAÇÃO
DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Por uma Compreensão da
Historicidade em Reinhart Koselleck para Demarcar a Vinculação aos Padrões
Decisórios do Superior Tribunal de Justiça**

Tese de Doutorado em Direito apresentada como requisito para a obtenção do grau de doutor, na linha de Jurisdição, Processo e Efetividade da Justiça, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Luís Alberto Reichelt

Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Prof. Dr. João Paulo Kulcynsk Foster

Prof. Dra. Jaqueline Mielke Silva

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva

Prof. Dr. Handel Martins Dias

DEDICATÓRIA

Ao meu amado pai Fernando Autran Gonçalves (*in memoriam*), por tudo, com a minha eterna gratidão;

À Ana Helena, minha querida mãe;

À Flávia, companheira de vida;

À Stella, pequenina filha, por iluminar o meu caminho com compaixão e sabedoria.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao conjunto de causas e condições que me fizeram chegar até aqui, aos Budas e bodisatvas, ao Darma e a todos os mestres do meu caminho espiritual, professores da minha vida, a minha companheira Flávia e a minha filha Stella, aos meus pais Ana Helena e Fernando (*in memoriam*), a minha sogra Marileide, aos meus irmãos Leonardo, Fernanda e Cláudia, cunhados Jean Dominique e Alexandre, cunhada Juliana e seus pais Xavier e Mércia, meus sobrinhos Lucas, Michel, Sophie, Rafael e Laura.

Ao Núcleo de Expansão da Consciência de Maceió e a toda família do Instituto Lumen, em especial ao Dr. Gerardo Campana, à Lúcia Campana e ao psicólogo Wellington Almeida.

Ao Centro de Estudos Budistas Bodisatva (CEBB), ao Lama Padma Santem e à Sanga de Maceió, em especial aos facilitadores do darma, a Cátia, a Marta, a Leninha, a Edelina, a Valéria, ao Alexandre e ao Bruno.

À Escola Budokan de Karatê-Do de Maceió e ao Francisco Araújo (Chicão) Sensei.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Luís Alberto Reichelt, por todo o auxílio e confiança.

Aos avaliadores da pré-defesa, Prof. Dr. Darci Guimarães, Profa. Dra. Jaqueline Milke Silva e Prof. Dr. João Paulo Foster, por todas as contribuições.

À Profa. Dra. Elaine Harzheim Macedo, minha orientadora nos momentos mais difíceis de construção do texto; e ao Prof. Dr. José Tesheiner, meu orientador nos dois primeiros anos do trabalho.

Ao processualista Daniel Mitidiero, por ter me recebido em seu escritório para conversarmos sobre o estudo dos precedentes judiciais brasileiros.

Aos docentes do programa de doutorado interinstitucional da PUCRS com o CESMAC, em especial, à Profa. Dra. Denise Fincato, ao Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto, ao Prof. Dr. Ingo Sarlet, ao Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro e à Profa. Dra. Regina Linden Ruaro.

Ao Prof. Dr. Fernando Tenório Amorim, por sua iniciativa em trazer o doutorado da PUCRS para Maceió; e ao Prof. Dr. Douglas Apratto Tenório, por seu empenho em realizar o projeto de formar novos doutores do CESMAC.

À Caren, secretária do programa de doutorado da PUCRS, por toda a atenção.

Aos meus queridos colegas discentes do curso de doutorado interinstitucional em Direito.

Aos processualistas alagoanos, em especial, a Beclaute Oliveira da Silva, a Pedro Henrique Nogueira e a José Roberto Teixeira, membros da ANNEP.

Aos amigos Sérgio Coutinho, por nossas conversas sobre metodologia; e Hugo Leonardo, por sua atenção para que eu pudesse compreender o método da história conceitual alemã.

E aos meus alunos, por todo o aprendizado que tenho com eles.

"No presente a mente, o corpo é diferente
E o passado é uma roupa que não nos serve mais."

Belchior

O DIREITO AO PROCESSO JUSTO E SUA REALIZAÇÃO POR MEIO DO EMPREGO DO CRITÉRIO DIACRÔNICO DE INTERPRETAÇÃO DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

RESUMO

O trabalho doutoral versa sobre uma proposta de compreensão a respeito da funcionalidade da vinculação dos órgãos jurisdicionais aos padrões decisórios estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça. O problema de pesquisa está centrado na necessidade de identificar a dinâmica de padronização das decisões judiciais, para além da fundamentação dos critérios legais estáticos previstos no artigo 927, do Código de Processo Civil, em função da coerência jurídica entre os processos judiciais vinculados aos padrões decisórios do Superior Tribunal de Justiça. A hipótese traçada nesse estudo é a de que o direito fundamental ao processo justo envolve o dever de coerência jurídica a impor no processo judicial o "espaço de experiência" e o "horizonte de expectativa" de interpretação da *ratio decidendi*, podendo este ser o critério histórico (diacrônico) de compreensão do processo, que justifica a vinculação aos padrões decisórios estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça. Defende-se que a sistemática de vinculação aos padrões decisórios pressupõe a consideração deste critério diacrônico, que tem por base o "espaço de experiência" e o "horizonte de expectativa" dos fundamentos decisórios do processo, na trilha do método da história conceitual, de Reinhart Koselleck. Objetiva-se nesta pesquisa oferecer critérios racionais que permitam nortear a dinâmica de padronização das decisões judiciais firmadas nas Cortes Supremas, em razão da coerência argumentativa que respalda o direito fundamental ao processo justo. Propõe-se como tese que a interpretação jurídica diacrônica, baseada na experiência e na expectativa formadas em torno da *ratio decidendi* aplicada ao processo, seja entendida como uma expressão do direito fundamental ao processo justo. A abordagem metodológica é a hipotético-dedutiva.

Palavras-chave: processo justo; padrões decisórios; critério diacrônico; *ratio decidendi*; Reinhart Koselleck.

THE FAIR LAWSUIT AND YOUR EMPLOYED BY THE DIACHRONIC CRITERION OF REASONING INTERPRETATION

ABSTRACT

The doctoral work deals with a proposal of understanding about the functionality of the binding of the courts to the decision-making standards established by the Superior Court of Justice. The research issue is centered on the need to identify the dynamics of standardization of judicial decisions, beyond the basis of the static legal criteria provided for in article 927 of the Code of Civil Procedure, due to the legal consistency between lawsuit linked to decision-making standards of the Superior Court of Justice. The hypothesis draw in this study is that the fundamental right to a fair trial involves the duty of legal coherence to impose upon the judicial lawsuit the "space of experience" and the "expectation horizon" of the interpretation of the ratio decidendi, which may be the historical criterion (diachronic) of understanding of the lawsuit, which justfies the linkage with the decision-making standards established by the Superior Court of Justice. It is argued that yhe systematics of binding to decision-making standards presupposes consideration of this diachonic criterion, which is based on the "space of experience" and the "horizon of expectation" of the decisional foundations of the lawsuit, on the trail of the method of conceptual history, of Reinhart Koselleck. The objective of this research is to offer rational criteria that allow us to guide the dynamics of standardization of judicial decisions signed in the Supreme Court, due to the argumentative coherence that supports the fundamental right to a fair trial. It is proposed as a thesis that the diachronic legal interpretation, based on the experience and expectation formed around the ration decidendi applied to the lawsuit, is understood as an expression of the fundamental right to the fair lawsuit. The methodological approach is hypothetic-deductive.

Keywords: fair lawsuit, decision-making standards; diachronic criterion; ratio decidendi; Reinhart Koselleck.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF– Constituição Federal

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015

IAC - Incidente de Assunção de Competência

IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

REsp. – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 PREMISSAS DOGMÁTICO-TEÓRICAS DO PROCESSO JUSTO A PARTIR DA HISTORICIDADE DOS PADRÕES DECISÓRIOS.....	17
1.1 Sobre o Direito Fundamental ao Processo Justo.....	19
1.1.1 Direitos Fundamentais e Historicidade do Direito: o processo justo na história.....	25
1.1.2 Por uma Análise Histórico-Política dos Fenômenos Jurídicos.....	30
1.2 A Abordagem Racionalista de Karl Popper na Teoria do Direito.....	38
1.3 A História Conceitual à Luz do Pensamento de Reinhart Koselleck.....	43
1.4 Conclusões Parciais: Popper e Koselleck no critério diacrônico.....	48
2 A EXPECTATIVA DE PROCESSO JUSTO A PARTIR DO VALOR AO MODELO DE PRECEDENTES.....	50
2.1 A Valoração de "Casos-Precedentes": a expectativa sobre os padrões decisórios.....	55
2.2 Processo Justo e Precedentes: a dupla dimensão da tutela dos direitos.....	60
2.2.1 Efetividade, Eficiência e Eficácia dos Precedentes.....	64
2.2.2 O Conceito Negativo (Por Exclusão) de Precedente.....	67
2.2.3 Crítica à Exegese do Art. 927, do CPC/2015.....	71
2.2.4 A Função do STJ de Padronizar a Interpretação.....	76
2.3 O Fundamento Jurídico-Processual da Padronização.....	79
2.4 Racionalizando o Processo Justo dos "Casos-Precedentes".....	85
2.5 A Individuação dos Fundamentos Decisórios no Processo Justo.....	89
2.6 A Expectativa de Igualdade na Coerência do Processo Justo.....	93
2.7 Conclusões Parciais: da expectativa à experiência.....	95
3 A EXPERIÊNCIA DE PROCESSO JUSTO NA INTERPRETAÇÃO DIACRÔNICA DA HISTORICIDADE DO DIREITO.....	96
3.1 O Processo Justo no Tempo dos "Casos-Precedentes".....	97
3.2 Uma Historicidade da Coletivização do Direito.....	101

3.3 Os Padrões Decisórios no Espaço de Experiência do STJ.....	105
3.4 Os Padrões Decisórios do STJ como Fonte de Interpretação Jurídica.....	112
3.5 O Modelo Diacrônico de Diretrizes Interpretativas do Processo Justo.....	118
3.6 As Técnicas Decisórias como Pressupostos Fundamentais do Processo Justo.....	125
3.7 A <i>Ratio Decidendi</i> como Conceito Jurídico Indeterminado.....	131
3.7.1 A História Secular da <i>Ratio Decidendi</i> : o problema simbólico da <i>autorictas</i>	137
3.7.2 As Narrativas Jurídicas da <i>Ratio Decidendi</i> : história, direito e literatura.....	141
3.8 O Critério Diacrônico de Vinculação do Processo ao Padrão Justo.....	147
3.9 A Conceitualização do Processo Justo de Padrões Decisórios.....	151
3.10 Revisitação da Caminhada: a síntese dos enunciados desta tese.....	154
3.10.1 Enunciado (1): o processo justo é o "espaço de experiência" das <i>rationes decidendi</i>	154
3.10.2 Enunciado (2): a padronização decisória é o "horizonte de expectativa" do direito ao processo justo.....	158
CONCLUSÃO.....	163
REFERÊNCIAS.....	166

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por objeto a fundamentação do processo justo a partir da unidade do direito. Neste contexto, o processo judicial que guarda coerência com a unidade do direito, por estar vinculado aos padrões jurídicos decisórios estabelecidos pelas Cortes Supremas, é tido como realizador do direito fundamental ao processo justo. Padrões decisórios são aqueles julgados das Cortes Supremas que o judiciário como um todo deve considerar no momento de fundamentar as decisões judiciais, servindo de referência aos processos judiciais que estão envolvidos pela fundamentação jurídica dos mesmos "casos-precedentes". Tal investigação, assim, vai além do princípio jurídico do devido processo legal, por contemplar tanto o quadro estrito da lei como também a esfera de juridicidade.

O problema de pesquisa está na identificação de critérios demarcadores, referentes à dinâmica dos fundamentos determinantes do processo, associados ao caráter vinculante dos padrões decisórios estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça. Os critérios estáticos dos padrões decisórios podem ser enunciados no art. 927, do Código de Processo Civil. Contudo, a dinamicidade dos padrões jurídicos decisórios segue como problema teórico dogmático para a realização do direito fundamental ao processo justo, pois é necessário considerar a hipótese legal aberta do art. 926, do mesmo diploma legal, em razão das expressões do "direito estável, íntegro e coerente" que aparecem na citada norma. Vale questionar: como identificar o padrão jurídico decisório no microssistema processual de formação de "casos-precedentes" quando não há necessariamente processos repetitivos ou súmulas?

A delimitação do tema ao caráter vinculante dos padrões decisórios do STJ está na competência jurisdicional desta Corte Suprema para uniformizar a interpretação divergente dos Tribunais Superiores, como prevê o art. 105, III, "c", da CF/88. Assim, os juízes e órgãos jurisdicionais estão conformados à interpretação do STJ na hipótese dos padrões decisórios estabelecidos a partir desta alçada de competência, o que conduz à uniformidade interpretativa das questões de direito nos processos judiciais vinculados à referida interpretação uniforme. Portanto, o STJ tem o papel preponderante de julgar "casos-precedentes", em vista da função de nomofilaquia da interpretação jurídica em matéria infra-constitucional.

A hipótese de pesquisa é a de que o direito fundamental ao processo justo impõe a vinculação aos "casos-precedentes", por meio de uma dinâmica diacrônica em que o processo judicial é o "espaço de experiência" da interpretação e o "horizonte de expectativa" da decisão justa. Nesta hipótese de pesquisa, o processo judicial é entendido como sendo o "espaço de

experiência" da interpretação dos padrões decisórios. Ou seja, o processo é o espaço legítimo de desacordos quanto à interpretação do direito, aonde também há a expectativa de decisão justa. Dessa forma, compreende-se que o processo judicial, ao mesmo tempo em que institui o "espaço de experiência" da interpretação dos padrões decisórios, fundamenta o "horizonte de expectativa" da vinculação aos padrões decisórios.

As categorias de análise indicadas como "espaço de experiência" e "horizonte de expectativa" foram estruturadas por Reinhart Koselleck, para fins de analisar a mudança dos conceitos políticos na história. Koselleck era historiador e estruturou o seu método diacrônico no campo da história; porém, por ele ter dado uma contribuição à análise da linguagem dos conflitos semânticos, seus estudos obtiveram repercussão na teoria da interpretação jurídica, de modo que há o emprego de tais estudos diacrônicos no campo do direito, em especial nas áreas da história do direito e da teoria da decisão jurídica.

O conceito de "fundamentos determinantes" da decisão jurídica, nesta pesquisa, equivale à expressão *ratio decidendi*, utilizada no sistema judiciário inglês. A intenção do uso deste vernáculo latino atende ao propósito de aproximar o respeito que o judiciário inglês tem sobre os seus precedentes à fundamentação de processo justo que pode ser validada no padrão decisório do direito brasileiro. O processo judicial serve de espaço e de horizonte institucional de coerência jurídica dos padrões decisórios, sendo esta uma expressão do processo justo, por meio da vinculação aos fundamentos determinantes da decisão; ou seja, à *ratio decidendi* do processo judicial. A historicidade processual da *ratio decidendi*, assim, encontra no processo judicial o seu espaço e horizonte de interpretação do direito.

No ponto de intersecção processual entre o espaço e o horizonte instituído na *ratio* do processo, o passado e o futuro da *ratio decidendi* compõem o "espaço de experiência" e o "horizonte de expectativa" da interpretação do direito. A interpretação jurídica diacrônica está baseada nesta intersecção processual entre o "espaço de experiência" registrado no histórico dos fundamentos determinantes e o "horizonte de expectativa" coerente com as *rationes* do processo judicial. Conjuntamente, "espaço de experiência" e "horizonte de expectativa" são os elementos do critério diacrônico de interpretação jurídica associada à vinculação aos padrões decisórios. Como fundamento de coerência jurídica, o critério diacrônico é uma manifestação do direito fundamental ao processo justo.

Esta pesquisa doutoral inova na proposta de apropriação das categorias teóricas de Koselleck, para fins de considerar a historicidade dos padrões decisórios na fundamentação do direito fundamental ao processo justo. A proposta de interpretação jurídica diacrônica sobre a *ratio decidendi*, associada ao caráter vinculante dos padrões decisórios do STJ, tem como

objetivo desenvolver um critério de fundamentação do processo justo. Tal fundamentação tem sustento na cominação simultânea do "espaço de experiência" processual com o "horizonte de expectativa" dos fundamentos determinantes aduzidos no processo judicial, o que estabelece a interpretação diacrônica para demarcar o processo justo pela coerência dos fundamentos.

O critério diacrônico de interpretação jurídica pode ser compreendido quando, no tempo presente, o intérprete está voltado para a interpretação do padrão decisório no "espaço de experiência" do processo, ao mesmo tempo em que ele está prospectando a padronização do direito no processo judicial. O padrão decisório do processo judicial, portanto, não observa apenas o passado de uma decisão precedente, pois também está atento ao futuro esperado no processo judicial pela coerência jurídica dos seus fundamentos determinantes. A mudança da *ratio decidendi* é possibilitada no "horizonte de expectativa" criado no processo, mas não sem antes passar pelo "espaço de experiência" que contingencia a aplicação do padrão decisório.

O vocábulo "diacrônico", assim como o termo "diacronia", envolve a ideia de uma "dupla (*dya-*) temporalidade (*-kronos*)¹": é a observação de um tempo histórico presente, com base no "presente-passado" e no "presente-futuro" da norma jurídica aplicada ao processo, tendo em conta que o presente histórico é interpretado a partir de uma leitura espelhada tanto no passado como no futuro. Na posição que o observador ocupa no mundo da linguagem, não pode existir um tempo presente que seja esvaído de significações construídas a partir de uma experiência do passado e de uma expectativa. Assim acontece no mundo da vida, quando, por exemplo, a "experiência" de pai ou mãe é modificada por uma nova "expectativa" de mundo, seja ela tomada pela nova experiência na posição de pai ou mãe, ou em função de uma nova expectativa de ressignificação do que é ser pai ou mãe.

Na linguagem jurídica, há um efeito análogo quando se examina a historicidade dos padrões decisórios que interpretam os conceitos jurídicos articulados à coerência jurídica dos processos judiciais. No processo civil, podem ser exemplificados os conceitos jurídicos de "ordem pública", "taxatividade (mitigada)" e "precedentes"; no direito privado, são exemplos disto os conceitos jurídicos de "equidade", "dano indenizável" e "relação de consumo". Cada um destes conceitos jurídicos possui um tratamento jurisprudencial que foi atingido pelo tempo histórico. A mudança da interpretação jurídica refletida nestes conceitos jurídicos, no entanto, segue um padrão decisório.

Buscar compreender a mudança de um padrão é analisar como funciona o padrão jurídico-processual desses padrões decisórios; ou seja, é entender o padrão de identificação e

¹ Utiliza-se aqui o léxico grego, para fins de destacar a origem idiomática das expressões empregadas no método da história conceitual alemã.

de mudanças desses padrões decisórios (o padrão do padrão). A finalidade deste critério está na motivação judicial voltada à previsibilidade do direito, a partir da historicidade dos padrões decisórios e da coerência jurídica aplicada ao processo judicial. Defende-se que a experiência e a expectativa realizadas no processo judicial tornem o direito previsível, de modo a estruturar a garantia fundamental do processo justo.

A experiência e a expectativa em torno dos padrões decisórios, estruturadas na *ratio decidendi* (nos fundamentos determinantes) do processo judicial, operam como um fator de coerência nas fundamentações jurídicas do processo. O critério diacrônico proposto nesta pesquisa toma por base o "espaço de experiência" e o "horizonte de expectativa" processual, para justificar o aparente paradoxo de mudança da interpretação jurídica no processo. Pode-se ver a superação² dos "casos-precedentes" nesse critério diacrônico, mas o propósito dessa pesquisa é relacionar o direito ao processo justo à historicidade dos motivos determinantes do processo, como um modo de compreender a dinâmica do direito estável, íntegro e coerente, tal qual determina o art. 926, do Código de Processo Civil.

A justificativa deste trabalho decorre da objetividade hermenêutica que resulta no direito fundamental ao processo justo. Na medida em que os sujeitos do processo participam do "espaço de experiência" processual, podem ser confrontados com padrões decisórios no "horizonte de expectativa" do direito a ser aplicado no processo. A interpretação diacrônica, que alia esse "espaço de experiência" do texto ao "horizonte de expectativa" da norma, é uma forma de manifestação do direito fundamental ao processo justo³. Dessa maneira, procura-se garantir maior autoridade às decisões do STJ que não tenham força vinculante qualificada na lei⁴, em vista de um critério argumentativo que prospecte, no "horizonte de expectativa" do direito brasileiro, um sistema de precedentes.

Os sujeitos participantes do "espaço de experiência" que é instituído no processo judicial constroem o seu "horizonte de expectativa" sobre os fundamentos que, em razão do padrão decisório dialogado no processo judicial, são determinantes na decisão. Para fins de fundamentar a decisão justa e efetiva, como prevê o art. 489, § 1º, V, do CPC/2015, quando se trata de vincular o processo judicial ao padrão decisório, o argumento jurídico-processual que

² Nada impede que o critério diacrônico sirva para compreender a superação do padrão decisório; porém, essa pesquisa tem por finalidade desenvolver um critério dinâmico de identificação do padrão decisório associado ao caráter vinculante, à luz do direito fundamental do processo justo.

³ O direito fundamental ao processo justo pode ser expresso de diferentes formas, adiante tratadas; busca-se nesta pesquisa desenvolver mais uma fundamentação possível em que o processo justo pode ser manifestado, através de um critério de vinculação do processo ao padrão jurídico decisório.

⁴ As decisões do STF em controle abstrato de constitucionalidade, as teses jurídicas de processos repetitivos e os enunciados de súmulas são exemplos de força vinculante por qualificação legal.

pode expressar o direito fundamental ao processo justo tem por base o critério diacrônico de interpretação das *rationes* aplicadas ao processo, por considerar o "espaço de experiência" e o "horizonte de expectativa" das *rationes* no momento presente em que se dá o enfrentamento judicial desses fundamentos determinantes.

A tese proposta nesta pesquisa, portanto, está enunciada nesta hipótese: o critério demarcador do padrão jurídico decisório é interpretado no "espaço de experiência" processual e no "horizonte de expectativa" realizado pelos sujeitos participantes do processo judicial em torno da *ratio decidendi* (dos fundamentos determinantes), sendo tal interpretação diacrônica do espaço e horizonte decisório uma manifestação do direito fundamental ao processo justo. O caráter vinculante dos padrões decisórios decorre desse critério no qual se leva em conta, a um só tempo, tanto o "espaço de experiência" como o "horizonte de expectativa" formados e transformados de forma coerente e fundamentada no processo judicial. Assim, a articulação entre historicidade do direito e direito fundamental ao processo justo é o critério demarcador da vinculação aos padrões decisórios.

Esta pesquisa foi estruturada em três capítulos. A estruturação formal do trabalho obedece à lógica diacrônica, com a análise do tempo presente realizada a partir do "espaço de experiência" e do "horizonte de expectativa" que é concernente à historicidade do direito. O primeiro capítulo trata de apresentar as premissas teórico-dogmáticas para o desenvolvimento do trabalho, aonde o direito fundamental ao processo justo é relacionado à historicidade do direito e à vinculação aos padrões decisórios. O segundo capítulo analisa, a partir do sistema de justiça civil brasileiro, o "horizonte de expectativa" do modelo de precedentes. O terceiro e último capítulo considera as possibilidades em torno do "espaço de experiência" histórico do direito brasileiro e das narrativas jurídicas do processo, articulados à conclusão do trabalho.

A metodologia deste trabalho é estruturada em termos de método de abordagem e método de procedimento de análise. O método de abordagem está no modo de desenvolver o trabalho; no caso desta pesquisa, a abordagem metodológica é a hipotético-dedutiva, de Karl Popper. O método de procedimento é a técnica de análise; no caso desta pesquisa, tal técnica adota o procedimento qualitativo de análise histórica, de Reinhart Koselleck. Este método da história conceitual alemã sustenta a proposta de tese, referente ao critério diacrônico. Adiante será explanado que esses métodos de abordagem e de procedimento de análise histórica são pertinentes à Ciência do Direito, com aplicações em pesquisas jurídicas.

1 PREMISSAS DOGMÁTICO-TEÓRICAS DO PROCESSO JUSTO A PARTIR DA HISTORICIDADE DOS PADRÕES DECISÓRIOS

Este capítulo é composto por quatro itens. Os objetivos deste primeiro capítulo são: primeiro, apresentar as premissas teóricas desta pesquisa; segundo, articular os conceitos jurídicos que integram o desenvolvimento do conteúdo da tese; terceiro, estruturar o método desta pesquisa, para fins de discernir os métodos de abordagem e de procedimento ou técnica de análise, com a justificativa da utilização de ambos os métodos; e, por fim, discorrer sobre as conclusões parciais que dão continuidade ao desenvolvimento do trabalho.

No quesito das premissas, é relevante destacá-las em linhas dogmático-teóricas, de forma antecipada, para fins de sintetizar com clareza os posicionamentos assumidos nesta pesquisa, com relação aos conceitos empregados. O objetivo desta síntese dogmático-teórica decorre da necessidade científica de tornar a exposição clara e alinhada às posições teóricas. Em síntese, tais premissas teórico-dogmáticas consistem no quadro conceitual a seguir:

Primeira premissa: adota-se o conceito de "processo justo" ou "justo processo" no lugar do conceito de devido processo legal, o que será elucidado nos próximos itens, tendo o objetivo de entender como funciona a dinâmica da vinculação aos fundamentos determinantes do processo que segue ou, de forma motivada, deixa de seguir os padrões decisórios;

Segunda premissa: utiliza-se a expressão "padrão decisório" para tratar do objeto que a legislação processual civil estabelece de forma ampla, no art. 926; e de forma estrita, no art. 927. Todavia, em virtude do objetivo dessa pesquisa estar voltado para a compreensão do caráter dinâmico da vinculação dos processos judiciais por meio de critérios de identificação de padrões decisórios que são derivados mais da força dos argumentos jurídicos do que da lei estrita, busca-se estabelecer um liame lógico conceitual entre o "padrão jurídico decisório" e o "precedente". Desta forma, reforça-se a ideia da vinculação aos fundamentos determinantes, ora chamados de *ratio decidendi* ou de *rationes* do processo, com a abertura dogmática para as técnicas da teoria dos precedentes;

Terceira premissa: compreende-se a historicidade dos padrões decisórios de modo geral e particular, no âmbito histórico-institucional do direito e na acepção histórica-narrativa do processo judicial. No método da história conceitual de Koselleck, trata-se de pensar essa historicidade no sentido da história do discurso jurídico, correspondente ao primeiro modelo. Entretanto, a abordagem metodológica de Karl Popper tem um conceito de história que é mais

situacional - neste sentido, pode-se dizer que Popper entende que há uma "lógica situacional"⁵ na explicação histórica. Nesta lógica situacional, que está ligada à teoria da decisão⁶, há maior interesse por fatos particulares do que por leis gerais da história, o que faz a historicidade do padrão decisório ter vinculação com a história do processo judicial. Logo, ambos os aspectos de historicidade são empregados neste trabalho, com as categorias teóricas de Koselleck também sendo utilizadas para justificar a historicidade do padrão decisório aplicada de forma particularizada à história do processo judicial; e

Quarta e última premissa: embora a historicidade do direito brasileiro não esteja ligada à história de precedentes no poder judiciário, pressupõe-se que os padrões decisórios tenham o mesmo valor ou função dos "casos-precedentes" julgados pelas Cortes Supremas do país. Esse pressuposto está baseado na dogmática jurídica-processual que se refere às técnicas da teoria dos precedentes e da doutrina do *stare decisis*, tais quais as técnicas da distinção e da superação, previstas no inciso VI, § 1º, do art. 489, do CPC/2015. Mas não só. Trata-se também de um pressuposto teórico encontrado na doutrina jurídica, inclusive no que se refere ao dever de coerência judicial, que justifica a padronização das decisões judiciais. Desse modo, a análise diacrônica recai mais sobre o "horizonte de expectativa" histórico em torno da valoração dos "casos-precedentes" do que do "espaço de experiência" institucional.

O modelo interpretativo referente à posição institucional do STJ no papel de Corte de Precedentes promove, neste aspecto da expectativa da interpretação jurídica-processual, o direito ao processo justo. Desta forma, parte-se desta premissa da colaboração processual e do STJ como Corte de Vértice da interpretação jurídica do direito federal brasileiro, com base na regra o art. 105, III, alínea "c", da CF/88. A abordagem racionalista ora utilizada propicia essa abertura histórico-cultural em torno da institucionalização do modelo-ideal de precedentes no direito brasileiro, ainda que essa situação histórica esteja relacionada ao campo da expectativa de realização do processo justo e não ao "espaço de experiência" jurídico-institucional.

Portanto, quatro são as premissas teórico-dogmáticas então sintetizadas: primeira, a do direito fundamental ao processo justo; segunda, aquela que considera o liame conceitual entre os "padrões jurídicos decisórios" e os "precedentes" na estrutura dinâmica de vinculação

⁵ MINOGUE, Kenneth. Popper Explica a Explicação Histórica? / In. **Karl Popper: filosofia e problemas**; (org.) Anthony O'Hear; trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: UNESP, 1997, pp. 278-279: "Consiste em explorar a 'lógica situacional' do ator histórico (p. 278)".

⁶ MINOGUE, idem, 1997, pp. 278-279: "A 'lógica situacional' tenta formalizar a estrutura da ação. Ela foi feita numa área de pesquisa intelectualmente rigorosa dentro da moderna teoria da decisão. Na teoria da decisão, os desejos podem gerar uma estrutura racional de preferências, e estas podem ser avaliadas em termos de sua probabilidade, a fim de produzir 'utilidades esperadas'. As razões para agir de determinada maneira podem gerar implicações que vinculam o ator e a ação por algum tipo de imperativo hipotético - e a questão é, de fato, obter algum tipo de necessidade na explicação (p. 279)".

às razões decisórias do processo; terceira, aquela que entende a historicidade dos padrões decisórios, tomando-se em conta a história institucional do direito brasileiro e os históricos de cada processo em particular, estando essas historicidades ligadas aos motivos determinantes que articulam o direito fundamental ao processo justo; e quarta e última, a premissa que parte do modelo processual colaborativo e do modelo funcional de Corte Suprema, devido à função de vértice que o STJ tem para uniformizar a interpretação do direito federal.

1.1 Sobre o Direito Fundamental ao Processo Justo

De acordo com Luigi Paolo Comoglio⁷, o princípio do devido processo legal, tal qual está expresso no art. 5º, LIV, da CF/88, pressupõe o modelo constitucional brasileiro do direito fundamental ao processo justo. As peculiaridades deste direito fundamental, conforme aponta o autor, envolve os direitos fundamentais de acesso à justiça e à duração razoável do processo; à boa-fé e à lealdade processual; ao procedimento estruturado pela publicidade, pela concentração, pela celeridade e economia dos atos processuais; ao controle ordenatório, por meio da direção do processo, do impulso processual e da manutenção da igualdade das partes; e na atuação de uma justiça pronta e eficiente⁸.

Neste vetor constitucionalista da proteção processual dos direitos fundamentais, o direito ao processo justo é aquele que encontra duas expressões teóricas. Na teoria processual, designada "teoria do processo devido por qualificação legal"⁹ por Gomes Canotilho, exige-se que as medidas processuais privativas de direitos fundamentais, como é o caso da liberdade e propriedade, estejam previstas na lei. Além desta perspectiva teórica, a teoria substantiva do devido processo, conforme leciona Gomes Canotilho, pretende justificar a ideia material de um "processo justo", o que faz a doutrina americana considerá-la como "uma *value-oriented theory*, pois o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios de justiça¹⁰". Significa dizer que há uma valoração do que é justo, de tal modo que o conteúdo jurídico do justo seja informado pelos princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Nesta linha, não basta que o processo seja qualificado pela lei. É necessário que a lei seja tida como justa e adequada ao ordenamento jurídico. Tal valoração jurídica quanto à injustiça da lei pode decorrer de uma mudança da história, em função de uma nova realidade

⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Ética e Técnica del "Giusto Processo"**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 209.

⁸ COMOGLIO, idem, 2004, pp. 208-209.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** - 7ª ed. - Coimbra: Almedina, 2003, p. 494.

¹⁰ CANOTILHO, idem, 2003, p. 494.

constitucional. Pode-se entender, neste âmbito da interpretação do direito, que a motivação de decisões justas no processo judicial está relacionada ao contexto histórico político, de maneira que o direito fundamental ao processo justo seja pautado pela história dos conceitos. Exemplo disto é a mudança da interpretação de leis tidas como injustas nas motivações judiciais, após a queda do regime político fascista na Itália, consoante a reflexão de Piero Calamandrei:

Como pode fazer o juiz, envelhecido em duas décadas de ditadura, para interpretar, como novo espírito democrático, as leis que, por vinte anos, ele sentiu animadas por uma inspiração autoritária? (...) O intérprete que queira realizar a pequena tarefa de levantar a cabeça da página do seu código e olhar por um instante para a janela o que aconteceu na rua, irá se dar conta facilmente que o significado de certos artigos, cuja fórmula não foi tocada pelo novo ordenamento, hoje está absolutamente em sentido contrário àquilo que estava sob o regime que caiu.¹¹

A vinculação judicial aos padrões jurídicos decisórios das Cortes Supremas, desse modo, só pode ser considerada como uma manifestação do direito fundamental ao processo justo quando os argumentos jurídicos-decisórios estejam lastreados pelos princípios de justiça do Estado Democrático de Direito. Tais princípios de justiça têm expressão constitucional nos direitos fundamentais. Vale dizer: o processo justo requer critérios de valoração dos direitos fundamentais, mesmo quando envolver a vinculação aos padrões decisórios. A interpretação diacrônica, proposta como critério, consiste na historicidade das *rationes* do padrão decisório, devido à necessidade de adequação do padrão decisório no processo judicial e à necessidade de que os fundamentos determinantes do padrão decisório tenham por escopo a proteção dos direitos fundamentais interpretados na experiência e na expectativa de processo justo.

Assim, "processo justo" é aquele que assegura os direitos fundamentais, expressos ou implícitos na Constituição¹² e nas normas fundamentais de processo. No processo civil, pelo texto constitucional, Sérgio Luís Wetzel de Mattos registra que o direito fundamental ao processo justo decorre dos direitos: ao contraditório e à ampla defesa; à igualdade das partes; à proibição da prova ilícita e do direito à prova; ao juiz natural e imparcial; à publicidade dos atos processuais; ao dever de motivação das decisões judiciais; ao duplo grau de jurisdição; à coisa julgada; e à duração razoável do processo¹³.

Junto com a Constituição, no Código de Processo Civil as normas fundamentais de processo também dispõem sobre: o estímulo à solução consensual dos conflitos, no art. 3º, parágrafos 2º e 3º; a duração razoável do processo e a primazia da decisão de mérito, no art.

¹¹ CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México; trad. Mauro Fonseca Andrade - 2ª ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 80.

¹² MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 194.

¹³ MATTOS, idem, 2009, pp. 202-253: o autor utiliza o termo "devido processo legal", embora faça referência ao conceito de processo justo.

4º; a boa-fé processual, no art. 5º; a cooperação ou colaboração processual para a decisão justa (adequada) e efetiva (executável), no art. 6º; a paridade e o contraditório no processo, no art. 7º; as máximas da proporcionalidade e razoabilidade e os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da publicidade e da eficiência, no art. 8º; a proibição da decisão surpresa, no art. 10; e o dever de motivação das decisões judiciais, no art. 11. Com base nisto, pode-se afirmar, com Fredie Didier Jr., que processo justo é processo com duração razoável, satisfação integral do mérito, efetivo e os demais princípios citados¹⁴.

Nos comentários às normas fundamentais previstas no CPC/2015, Fredie Didier Jr. destaca que "a caracterização do devido processo como uma cláusula geral é pacífica, muito bem construída doutrinariamente e aceita pela doutrina¹⁵". A partir disto, entende-se como a construção desses deveres de conduta processual está a integrar o conteúdo do direito fundamental ao processo justo, de maneira similar à garantia do *fair trial* existente no direito estadunidense, aonde "a cláusula geral do devido processo legal é diretamente aplicada pelas cortes como um padrão geral para a avaliação de práticas processuais inadequadas¹⁶".

Por "práticas processuais inadequadas", no tocante à experiência e à expectativa que são formadas no processo judicial, cabe salientar que o art. 10, do CPC/2015, ao vedar a decisão surpresa, está a concretizar o princípio do contraditório, o princípio da colaboração processual e as diretrizes interpretativas do direito estável, íntegro e coerente, pois, segundo Fredie Didier Jr., "a formação do precedente deve observar o dever de consulta, conforme, aliás, determina expressamente o art. 927, § 1º (...) ¹⁷". Assim, o critério diacrônico, que toma por base a experiência e a expectativa formadas no processo judicial, pode garantir práticas processuais adequadas associadas ao caráter vinculante dos padrões decisórios.

Nesta perspectiva racional do processo civil informado pelos princípios de justiça, de acordo com Sérgio Gilberto Porto, a leitura do art. 1º, do CPC/2015, combinada com o art. 5º, § 2º, da CF/88, promove a abertura do sistema constitucional de garantias processuais que "está a assegurar um processo justo, através da mais valia constitucional inerente ao Estado Constitucional Democrático¹⁸". Desse modo, tem-se que o processo justo não se vale apenas da lei, mas sim do conteúdo jurídico que é assinalado nas motivações judiciais.

¹⁴ DIDIER Jr., Fredie. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**; (coord.) Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 11-12.

¹⁵ DIDIER Jr., idem, 2015, p. 16.

¹⁶ DIDIER Jr., idem, 2015, p. 16.

¹⁷ DIDIER Jr., idem, 2015, pp. 37-38.

¹⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. **Processo Civil Contemporâneo**: elementos, ideologia e perspectivas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 52.

Está claro que o direito ao processo justo compõe o processo legislativo. Logo, a lei busca expressar o processo justo. Daí se falar em devido processo legal, por ser aquele que é amparado pela lei. No entanto, o texto da lei é interpretado nos padrões decisórios e tais padrões decisórios também estão consubstanciados em textos jurídicos que são interpretados nos processos judiciais. Essas interpretações jurídicas podem ser modificadas com o tempo, ainda que não haja rupturas na ordem constitucional, em razão da mudança na interpretação do direito. Como assinalou Zagrebelsky: "*Anche rispetto al tema della giustizia nel diritto, l'avvento della democrazia pluralista determina un mutamento*"¹⁹.

Nota-se que neste ambiente institucional da democracia pluralista, as *rationes* do padrão jurídico decisório convivem com o dilema da mudança. Isto porque há o pluralismo na interpretação jurídica, que Chantal Mouffe explica em termos “agonistas”²⁰, cujo significado é de um conflito semântico inerente aos discursos político e jurídico. Desse modo, o "espaço de experiência" em torno dos fundamentos determinantes do padrão jurídico decisório pode ter a mudança projetada no "horizonte de expectativa" da interpretação do direito, em razão dos conflitos semânticos que estão presentes no discurso jurídico.

A presença do “agonismo” decorre da relação entre adversários legítimos, tal qual se dá no processo judicial, o que não se confunde com a relação amigo/inimigo²¹, que toma a forma de um antagonismo²². Para Chantal Mouffe, o racionalismo liberal que nega o conflito interpretativo no Estado Democrático de Direito tem caráter totalitário, na medida em que busca o consenso universal e a neutralidade do pluralismo agonístico existente nas sociedades democráticas. O jurista português Cunha Martins²³ diz que há democraticidade no direito quando o princípio democrático é refletido de forma qualitativa sobre o direito processual.

A democraticidade, segundo Cunha Martins, funciona no direito como critério de integridade, aonde “o sistema processual de inspiração democrática-constitucional só pode conceber um e um só ‘princípio unificador’: a democraticidade; tal como só pode conceber um e um só modelo sistêmico: o modelo democrático”²⁴. Dessa forma tautológica, o citado jurista atribui ao vocábulo “democraticidade” uma qualidade na interpretação jurídica, para

¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite** - Legge, diritti, giustizia. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1992, p. 128.

²⁰ MOUFFE, Chantal. **El Retorno de Lo Político**: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical; traducción de Marco Aurelio Galmarini. Buenos Aires: Paidós, 1999, pp. 11-12.

²¹ Neste ponto, a autora fez uma releitura do conceito de político, de Carl Schmitt, pois o jurista alemão entendia o político na perspectiva agonista de amigo-inimigo, enquanto que Mouffe entende tal perspectiva no sentido da não-neutralidade política e, então, aplicável à teoria da interpretação na democracia pluralista.

²²MOUFFE, idem, 1999, pp. 16-25.

²³MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: the Brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.73.

²⁴MARTINS, idem, p.73.

defender o conteúdo democrático do direito. Na acepção da unidade do direito, pode-se falar em democraticidade dos padrões decisórios na produção do direito estável, íntegro e coerente, de acordo com a dicção legal do art. 926, do CPC/2015.

O historiador do direito António Manuel Hespanha aponta para um outro aspecto, no qual “a legitimidade do direito não se mede pelo padrão da democraticidade, mas pela autoridade ‘científica’ – pela ‘racionalidade’ / ‘razoabilidade’ – das suas proposições²⁵”. Deste modo, revela-se o funcionamento paradoxal do trabalho jurídico e das Cortes Supremas na produção dos padrões jurídicos decisórios. O paradoxo está na autoridade que as Cortes Supremas podem assumir em sua auto-interpretação de suplantar a democracia representativa, como se os juristas atuassem como “reis-filósofos” ou declarassem a razão por serem sábios “iluminados”. Neste sentido, é importante registrar a objeção que foi formulada nas palavras de António Manuel Hespanha, conforme segue:

Com o advento do pluralismo, o império do Estado na declaração do direito tende a dar lugar à reclamação pelos juristas da competência para decidir da validade e hierarquia recíproca dos vários direitos concorrentes, como acontecia no período do direito comum. O direito teria deixado de se fundar no *imperium*, para se basear na *auctoritas* intelectual²⁶.

Os padrões jurídicos decisórios são fontes válidas do direito, que podem chegar a contrariar o texto da lei quando há a interpretação do direito em sua totalidade sistêmica. Do ponto de vista político, portanto, o discurso jurídico especializado das Cortes Supremas pode atuar contra o princípio democrático da vontade majoritária que é representada no legislativo, visto que, como elucidou Bobbio, “por sistema democrático entende-se hoje preliminarmente um conjunto de regras procedimentais, das quais a regra da maioria é a principal mas não a única²⁷”. A autoridade das Cortes Supremas, deste modo, também é a fonte política da qual o direito emana, desde que os fundamentos jurídicos empregados no padrão decisório tenham por princípio a proteção dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. Isto é: o que legitima a autoridade das Cortes Supremas é o fundamento jurídico do processo justo.

Daí que o procedimento jurisdicional dos padrões jurídicos decisórios reflete dois aspectos interligados à legitimidade política : primeiro, à democraticidade dos procedimentos de estabilização, integridade e coerência normativa, relacionados ao conteúdo jurídico dos padrões decisórios, que são expressos nos motivos determinantes das decisões; e segundo, ao reconhecimento institucional de que os padrões jurídicos decisórios são fontes de produção do

²⁵HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p.122.

²⁶HESPANHA, idem, 2013, p.122.

²⁷BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo; trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p.65.

direito. Este último aspecto remete às “regras de reconhecimento”, que compõem a teoria do jurista britânico H. L. A. Hart²⁸ para justificar o modo de funcionamento dos sistemas jurídicos complexos, no qual existem regras que proceduralizam a produção do direito.

Os padrões jurídicos decisórios podem estabelecer regras (de interpretação) sobre outras regras (do texto da lei). No direito brasileiro, contudo, essa sistemática pode gerar um problema não existente no sistema do *common law*, qual seja: ao acolher os padrões jurídicos decisórios como mais uma regra de reconhecimento no sistema jurídico, potencializa-se a oferta atribuída às Cortes Supremas de operacionalizar uma maior margem de mudança do direito, ao invés de procurar garantir a estabilização, integridade e coerência do sistema jurídico. Isto porque não há uma cultura de *stare decisis* (decisões estáveis) nas Cortes Supremas brasileiras e nem mesmo se pode entender que há um sistema jurídico dualista no direito brasileiro, visto que o sistema jurídico é codificado e, ao menos neste momento histórico, ainda não se pode falar em sistema de precedentes brasileiros.

Por se tratar de direito subjetivo, o direito fundamental ao processo justo permite que o sujeito interessado imponha a vinculação aos padrões jurídicos decisórios, mediante os argumentos aduzidos no contraditório e na ampla defesa do processo judicial. O disposto nos parágrafos do art. 489 do CPC/2015 estabelece um dever de conduta a ser observado pelo juiz em todas as decisões judiciais, no sentido do necessário enfrentamento dos argumentos que os sujeitos do processo apresentam, sendo esta uma regra processual que expressa o direito que esses sujeitos têm quanto à realização do processo justo.

O critério diacrônico possibilita a exigibilidade quanto ao enfrentamento judicial das razões alegadas no processo, uma vez que, neste critério proposto, o processo figura como o "espaço de experiência" dos motivos determinantes que geram o "horizonte de expectativa" da decisão justa. Além disso, o critério diacrônico possibilita ao juízo decidir o processo tendo em conta a coerência jurídica-processual dentro de uma dinâmica do sistema jurídico. Refletir sobre a historicidade dos padrões decisórios brasileiros é reconhecer a dinâmica de mudança; algo que não só explica essa dinâmica de mudança dos padrões decisórios, viabilizando uma maior compreensão acerca de um sistema genuíno de precedentes (à brasileira), como também permite que os sujeitos do processo operacionalizem os argumentos jurídicos-processuais na historicidade do padrão decisório e do processo.

²⁸HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**; trad. A. Ribeiro Mendes. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, pp.101-109.

1.1.1 Direitos Fundamentais e Historicidade do Direito: o processo justo na história

Na história ocidental moderna, pontua-se a *Magna Carta*, de 1215, assinada pelo rei conhecido como João Sem Terra perante o alto clero e os barões do reino da Inglaterra, como o marco histórico inicial dos direitos fundamentais²⁹. A cláusula 39 da *Magna Carta*, na qual Fábio Konder Comparato diz ser considerado o coração³⁰ deste conjunto de direitos, é a essência do princípio do devido processo, na medida em que retira da *autorictas* do monarca o poder de ditar a lei e o direito, garantindo-se o direito à jurisdição pela lei da terra.

Carlos Roberto Siqueira Castro³¹ informa que a expressão *due process of law* nem sempre esteve presente no texto original de 1215, uma vez que em seu lugar constava o termo *law of the land*, equivalente à expressão latina *per legem terrae*. Neste ponto, pode-se dizer que há uma história dos conceitos jurídicos, pelo fato de que a expressão *due process* sucede o seu termo sinônimo, *law of the land*. De acordo com o autor, “já no século seguinte, durante o reinado de Eduardo III, no ano de 1354, foi editada uma lei do Parlamento inglês (*statute of Westminster of the Liberties of London*) em que o termo *per legem terrae* é substituído pelo *due process of law* (...)”³². Desconhece-se o motivo dessa mudança da palavra que expressa o conceito de devido processo legal nesse período histórico.

Na 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, esse conceito surge com a interpretação de que todos têm direitos fundamentais, não só ao *procedural due process* e a um processo regular e justo (*ordely proceeding*)³³. O devido processo substancial atinge, neste sentido, à universalização do direito objetivo que, no direito estadunidense, está no *holding* do precedente (o equivalente à *ratio decidendi* do direito britânico; e aos motivos determinantes do padrão jurídico decisório). A *ratio decidendi*, muitas vezes só citada como *ratio*, é palavra sinônima de *holding*³⁴. Porém, o contexto em que são usadas tais terminologias é diferente: o termo *ratio decidendi* é de uso comum no direito britânico, enquanto que a palavra *holding* é de uso corrente no direito estadunidense.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos** - 3ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 69-84.

³⁰ COMPARATO, idem, 2003, p. 80.

³¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade** - 5ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.07.

³² CASTRO, idem, p.07.

³³ CASTRO, idem, p.39.

³⁴ FACCHINI NETO, Eugênio; e CORDEIRO, Karine da Silva. O Precedente Vinculante no Sistema Norte-Americano: quando reproduzir o passado é mais importante do que modificar o presente / In. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**; v. 13, n. 75, p. 81-121, nov./dez. Porto Alegre: Magister, 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/107949> . Acesso: 24/ 07/2018.

A ideia de "processo justo", assim, traduz a continuidade e as mudanças históricas desse mesmo conceito de "direito da terra" e de "devido processo legal", situando-se como terceiro momento do mesmo princípio. As mudanças nas palavras que expressam o mesmo princípio são emblemáticas dessas mudanças no conceito. Em algum momento, foi necessário ampliar a ideia do "*law of the land*" para torná-lo em "*due process of law*" e, a partir deste, dar a ideia de garantia do "*fair trial*" no processo. Observa-se que a mudança do conceito também foi derivada do seu deslocamento no espaço territorial, pois no direito estadunidense houve a ampliação deste conceito para atender às necessidades do contexto histórico e cultural do país.

Na história do direito brasileiro, o conceito de "direito da terra" aparece na "Lei da Boa Razão", de 1769, em vista da característica do antigo regime colonial quanto ao emprego da tópica na solução jurídica dos conflitos³⁵. Com relação ao "devido processo legal", este conceito pode ser identificado desde a constituinte de 1824, por meio das garantias gerais do processo, embora os seus registros na justiça civil brasileira sejam do período republicano e as dimensões substancial e procedimental na proteção efetiva dos direitos fundamentais tenham sido expressas, segundo Rubens Alexandre Elias Calixto³⁶, apenas a partir da CF/88.

Considera-se, no entanto, que a realidade histórica da CF/88 dinamizou o referido conceito de devido processo legal, conformando-o à ideologia democrática do processo justo, em razão da perspectiva dinâmica dos direitos fundamentais³⁷. A democratização do Estado de Direito, portanto, é tida como provocadora dessa mudança do conteúdo jurídico do devido processo. Isto não se deu apenas no contexto italiano, aonde o direito ao processo justo foi expresso na Constituição do país. Em função do tratamento que é dado ao devido processo legal na jurisprudência brasileira, qualificando-o como cláusula geral de direitos, pode-se entender que o sistema de direitos fundamentais compreende a técnica do processo justo. Ou seja, ainda que não esteja expresso na Constituição, o conteúdo jurídico do devido processo legal no sistema constitucional brasileiro é de garantia do processo justo.

Nesse histórico do direito fundamental ao processo justo e na tese defendida neste trabalho, esse direito subjetivo ao processo justo é o meio que promove a finalidade do direito

³⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A "Lei da Boa Razão" e a cultura jurídica oitocentista: prolegômeno para uma proposta de compreensão da cultura jurídica brasileira contemporânea à luz do pensamento de Antônio Manuel Hespanha / In. **Revista Estudos Filosóficos** nº 14/2015 - versão eletrônica - ISSN 2177-2967 - São João del Rei, MG: UFSJ, 2015, pp. 92-116 - <http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos> (acesso: 30/04/2019).

³⁶ CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. O Devido Processo Legal / In. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca** - ISSN 1983-4225 - v. 11, n. 2, dez. 2016, pp. 233-261 - <http://www.revista.direitofranca.br> (acesso: 30/04/2019).

³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica / In. **Revista de Processo** - ISSN 0100-1981 - v. 155/2008 - Jan. 2008; pp. 11-26. Fonte: <https://www.thomsonreuters.com.br> (acesso em 30/04/2019).

objetivo. Tal finalidade está na segurança jurídica com relação à objetividade da prestação jurisdicional, por meio da estabilidade decisória, integridade sistêmica e coerência jurídica que devem estar refletidas no processo. Alvaro de Oliveira define nestes termos a adequação dos fundamentos jurídicos, como sendo a tutela jurisdicional apta a realizar o direito material, com a maior efetividade e segurança possíveis³⁸.

Na teoria do processo civil brasileiro, a promoção deste conceito de processo justo impacta sobre o descentramento da valoração atribuída à teoria da jurisdição para a ideia da colaboração processual, por conta da mudança na condução do processo. Neste passo, com Marinoni, Arenhart e Mitidiero, entende-se que: "Diante da transformação da concepção de direito, não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, que reservavam ao juiz a função de declarar o direito ou de criar a norma individual, submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acríptico³⁹".

Neste influxo da teoria geral do direito sobre a teoria do processo civil, passou-se a valorar a argumentação jurídica racional e a interpretação do direito no desenvolvimento da atividade judicante. É possível verificar, inclusive, como explicitou Luís Alberto Reichelt⁴⁰, regras argumentativas que, mediante uma ordenação lógica do debate processual, contribuem com a formação do convencimento jurisdicional na história do processo, a partir da dinâmica de valoração da prova e dos argumentos que devem ser enfrentados em juízo. Tal valoração é uma atividade mental cognitiva que se externaliza pela justificação das razões apresentadas no processo, sendo essa "justificação externa⁴¹" colocada à prova no debate processual.

Eis o motivo pelo qual o critério diacrônico se destina a atender ao processo justo, posto que o processo judicial funciona como o "espaço de experiência" da argumentação em torno dos fundamentos determinantes do padrão decisório e a história do processo justifica o "horizonte de expectativa" da atividade decisória. Os argumentos são valorados por meio de enunciados interpretativos sujeitos a teste, de modo que o processo judicial consiste no espaço legítimo formal dessa testabilidade dos argumentos expressos em tais enunciados. Os citados enunciados são provisórios e hipotéticos, até o momento da decisão judicial.

O conceito de confirmação desses enunciados hipotéticos, de acordo com a lógica hipotético-dedutiva de Popper, é diferente do conceito de probabilidade (da lógica indutiva).

³⁸ OLIVEIRA, idem, 2008, p. 10 do texto integral.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 156.

⁴⁰ REICHELTE, Luís Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 223-228.

⁴¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y Teoría General de La Interpretación Jurídica**; traducción de Arantxa Azurza. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 57.

Para Karl Popper: "O ponto de vista da lógica da probabilidade é vítima do regresso infinito de toda indução⁴²". Em virtude da história do processo judicial ter um início, um meio e um fim, a atividade decisória requer uma confirmação ou rejeição dos enunciados do processo e, por isto, não há que se falar mais em probabilidade quando há a decisão. A confirmação ou rejeição dos argumentos está sujeita a um segundo grau de jurisdição, na hipótese de recurso; porém, há um momento em que a confirmação quanto aos fundamentos jurídicos decisórios deixa de ser mera probabilidade.

Portanto, os fundamentos determinantes do padrão jurídico decisório exposto ao debate processual podem, por um fator histórico da dinâmica do processo, não vincular a decisão judicial, por ser verificada a inadequação. Na lógica quase-indutiva, Newton da Costa leciona que "a razão é histórica. Ela vai se constituindo no decurso da história⁴³". As "razões de decidir" (*ratio decidendi*), assim, são formalizadas na história do processo judicial. Daí ser relevante considerar, em primeira mão, que os enunciados interpretativos são provisórios e hipotéticos, como ocorre na atividade científica, pois tais enunciados passarão pela valoração jurídica-processual da verificabilidade dos argumentos.

Antes disto, cabe considerar a interpretação do direito a partir dos enunciados que a expõem, de modo que sejam tidos como enunciados interpretativos. Tratar a interpretação jurídica como enunciado interpretativo possibilita expressar que "T significa S" e que não tem outro significado no processo⁴⁴. Dessa maneira, o objeto do debate processual é o enunciado interpretativo. Nesses enunciados interpretativos do processo é que se afere a racionalidade dos argumentos jurídicos. A racionalidade desses argumentos, por sua vez, é desenvolvida na historicidade dos fundamentos determinantes da decisão judicial.

A mudança na teoria do direito, assim, afeta a interpretação jurídica-processual: do "cognitivismo interpretativo", na ideia de que o juiz solipsta declara o sentido do direito; para o dialogismo jurídico-processual na interpretação do direito. A diferença lógica entre os dois tipos de interpretação jurídica, segundo Guastini⁴⁵, está em que a interpretação decisória é adscritiva do sentido normativo atribuído ao texto jurídico, enquanto a interpretação criativa

⁴² POPPER, Karl. **Os Dois Problemas Fundamentais da Teoria do Conhecimento**; trad. Antonio Ianni Segatto. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 181.

⁴³ COSTA, Newton C. A. **Lógica Indutiva e Probabilidade** - 3ª ed. - São Paulo: Hucitec, 2008, p. 51: citando a lógica hipotético-dedutiva de Popper como referência, conclui o autor, em nota de rodapé, que "as discrepâncias existentes entre a maneira de Popper tratar a indução e a nossa, resumem-se, em grande parte, em divergências terminológicas (p. 50)".

⁴⁴ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 2011, pp. 33-36.

⁴⁵ GUASTINI, idem, 2011, pp. 36-37.

decorre da cognição. Por tal motivo, o processo civil cooperativo legitima a democratização da interpretação jurídica, com a colaboração processual dos sujeitos do processo.

A história do direito ao processo justo, assim, está ligada à democratização desse novo Estado Constitucional de Direito. Por meio da colaboração processual, "que nada mais é do que uma consequência da moderna visão de contraditório⁴⁶", com a ideia do "contraditório forte⁴⁷", a relação de diálogo aberto é conformada aos deveres de conduta processual, ligados aos "ideais constitucionais do Estado Democrático de Direito como Estado de participação na gestão do poder estatal⁴⁸". Eis a razão da escolha metodológica em Karl Popper e Koselleck, em vista da abordagem e da análise baseadas na "democracia crítica", contraposta ao dogma democrático da assunção da verdade no processo e à democracia cética do julgador que aceita passivamente a prática do injusto, motivando a sua decisão no devido procedimento.

O direito ao processo justo, neste sentido democrático, tem fundamento na recusa ao determinismo histórico das *rationes* apresentadas no processo. O questionamento do que é tido como uma verdade apriorística, através da abertura ao diálogo, está na possibilidade do processo justo, que encontra o seu fundamento na historicidade da *ratio decidendi*. De acordo com Zagrebelsky, a "democracia crítica⁴⁹" está nesse espírito de possibilidade, aonde o direito a ser aplicado no processo civil é previsível, mas ainda indeterminado pela interpretação que a decisão colaborativa justificará na história do processo. Dessa maneira, consoante o autor:

O denominador comum da atitude dogmática e da cética encontra-se na impossibilidade diante do que pode acontecer e na capacidade de não recuar até mesmo diante do irreparável. Assim, por consequência, são chamadas de democracia dogmática e de democracia cética. No espírito inexorável da necessidade, encontram-se aliados o pensamento da verdade e o da *sképsis* do poder, que é fim em si mesmo.⁵⁰

Portanto, os sujeitos do processo não são apenas partícipes sem expressão jurídica na formação do padrão decisório, mas sim protagonistas da história desenrolada no processo. A compreensão da historicidade das *rationes* do processo só pode ser demarcada pela história dos modelos de processo civil, que conduziram à colaboração processual e à ideia de direito fundamental ao processo justo. Tais modelos são vistos como fases históricas do processo. Ao

⁴⁶ BOTELHO, Guilherme. Uma Análise Crítica sobre a Fungibilidade Recursal e o Uso da Interpretação Extensiva no Rol Taxativo do Agravo de Instrumento Frente ao Processo de Corte Cooperativo / In. **Desafios do Processo Civil Contemporâneo**: os dois primeiros anos de vigência do Novo CPC; (org.) Fernando Rubin; Luís Alberto Reichelt. Porto Alegre: Paixão, 2018, p. 103.

⁴⁷ BOTELHO, idem, 2018, p. 103.

⁴⁸ ZANETI Jr., Hermes. O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro Contemporâneo / In. **Reconstruindo a Teoria Geral do Processo**; (org.) Fredie Didier Jr. - Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 104.

⁴⁹ ZAGREBELSKI, Gustavo. **A Crucificação e a Democracia**; trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 131.

⁵⁰ ZAGREBELSKI, idem, 2011, p. 131.

seu lado, conforme vimos, está a concepção política de gestão democrática do processo. Por isto, justifica-se uma análise histórico-política dos fenômenos jurídicos.

1.1.2 Por uma Análise Histórico-Política dos Fenômenos Jurídicos-Processuais

A análise histórico-política tem fundamento na perspectiva zetética⁵¹ do direito, que concebe a argumentação e interpretação jurídica junto com os recursos da dogmática. No direito processual civil, Ovídio Baptista da Silva dissertou que, de maneira geral, “o jurista lida com um material essencialmente histórico⁵²” e que: “O processualista, especialmente, tem como seu objeto de investigação e, finalmente, como seu produto final, uma relação jurídica de natureza histórica⁵³”. Neste viés epistemológico do direito processual, o autor problematiza a identificação de critérios jurídicos decisórios, enfatizando que:

Esta é uma questão delicada, para o direito brasileiro, por várias razões: a) a doutrina da *separação de poderes*, com a fidelidade com que a praticamos, deixa o ato jurisdicional despidido de qualquer possibilidade de valorar e, portanto, de decidir. (...) b) a figura de um juiz que poderia manter-se neutro, sem comprometer sua formação cultural e seus valores, (...) na prática, à falta de formação e de critérios que lhe pudessem orientar, os juízes são institucionalmente forçados a cometer arbitrariedades. Vários fatores contribuíram para essa transformação, dentre os quais não se pode esquecer a crise da democracia representativa, (...). Mas, acima de tudo, a *plurivocidade* própria de uma sociedade de massa, desorientada e confusa (...) ⁵⁴.

Com essa ênfase histórico-política, questiona-se o dogma da separação de poderes para fins de revelar a não-neutralidade do juiz e dos colegiados da justiça no poder decisório. A história dos conceitos políticos de soberania e de autoridade de direito deve ser articulada, nessa linha, com a teoria da jurisdição. Motta e Hommerding salientam este dado histórico, no momento em que: “No final do século XVII, com a emergência da concepção de jurisdição como expressão de soberania, a construção interna do processo passa a posicionar-se não mais sobre a *ordem isonômica*, mas sim sobre uma *ordem assimétrica*, já que está baseada na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática⁵⁵”.

A teoria da cooperação processual demanda o enfrentamento de conflitos que são ligados intrinsecamente à forma de atuação do judiciário. Por isto, nota-se que é válida uma

⁵¹FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998, p. 93.

⁵²SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das Ciências Culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 120.

⁵³SILVA, idem, p. 121.

⁵⁴SILVA, idem, p. 123.

⁵⁵MOTTA, Francisco José Borges; e HOMMERDING, Adalberto Narciso. **O que é um Modelo Democrático de Processo?** – Porto Alegre: Revista do Ministério Público do RS, n. 73, jan./abr.-2013, p. 185. Fonte virtual: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf [acesso em 13.12.2018].

análise histórica-política do direito judicial. Pois o devido processo democrático da jurisdição é modelado pela participação processual. O que muda na teoria do processo é a interpretação jurídica, com relação ao modelo racionalista da interpretação cognitivista, que se contrapõe ao modelo de corte cooperativo. De acordo com Goulart Lanes:

(...) há, ao menos pelo que indicado, ‘uma atividade meramente descritiva de significados’. Diferente do que esperado pelo processo de corte cooperativo. Aliás, é nos fundamentos de fato e de direito que está o problema a ser solvido. *Tais elementos não têm mero papel auxiliar, ainda mais por se entender que estão, no âmbito do processo, entrelaçados.* Daí que a pertinência dos argumentos está atrelada ao próprio problema posto à prova da avaliação judicial.⁵⁶

Assim, há como que uma exigência democrática de devido processo cooperativo, em que não se obscurecem as interpretações jurídicas que articulam a historicidade dos padrões decisórios. Ao contrário deste modelo democrático de devido processo cooperativo, a teoria da jurisdição está voltada para a compreensão da autoridade hierárquica diante do litígio. Há um caráter estatizante-totalitário envolvido nesta compreensão de processo civil, embora essa compreensão tenha sido importante num dado momento histórico da teoria processual. Por isto, este é um modelo contraposto à participação efetiva dos sujeitos do processo quando se trata de interpretar a *ratio decidendi* que demarca o caráter vinculante dos padrões decisórios.

O modelo histórico-jurídico que sustentou a teoria da colaboração processual, de acordo com Marco Félix Jobim, foi o do "formalismo-valorativo"⁵⁷; e as "teorias realistas da interpretação jurídica"⁵⁸ são o pano de fundo histórico-político do modelo das duas Cortes de Justiça, cuja formulação consiste na ideia de que o modelo de Cortes Superiores visa atender ao sistema recursal (na finalidade de controle do direito) e o modelo de Cortes Supremas tem o escopo de dar unidade ao direito (na finalidade de dar unidade à interpretação do direito), tal qual propôs Daniel Mitidiero⁵⁹. Esse modelo condizente com a função de Corte Suprema está sedimentado numa concepção realista da interpretação.

⁵⁶LANES, Júlio Cesar Goulart. **Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 143.

⁵⁷JOBIM, Marco Félix. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo** – 3ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 108: Marco Félix Jobim comenta, em relação a Alvaro de Oliveira, que “a própria expressão formalismo-valorativo foi criada a partir do constante estímulo intelectual que seus alunos do programa lhe proporcionavam, sendo a maior delas a realizada pelo seu então aluno de doutorado Daniel Mitidiero”.

⁵⁸ As teorias realistas são colocadas como antagônicas, em maior ou menor grau, às teorias normativistas, sendo que as teorias normativistas consideram que o direito é a norma jurídica, enquanto que as teorias realistas veem o fenômeno jurídico com maior amplitude, considerando os aspectos históricos, políticos e culturais do direito.

⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação; da jurisprudência ao precedente** - 2ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 31-34.

As teorias realistas da interpretação nasceram das ciências empíricas, de acordo com Michel Troper⁶⁰. Para esse jurista francês, “a teoria realista compreende uma pluralidade de variantes⁶¹”. Há três proposições na teoria realista de Michel Troper: a primeira, de que a interpretação é função da vontade e não do conhecimento; a segunda, de que a interpretação não tem por objeto as normas, mas sim os enunciados ou os fatos, tal qual considera Guastini; e a terceira, de que a interpretação confere um poder específico, aonde é possível estabelecer uma relação entre o direito e a política⁶².

Sobre a vontade de quem interpreta, Michel Troper entende que “a interpretação *contra legem* não existe⁶³”. De fato, a partir da noção ampla de lei, considera-se que a lei não é só aquela que tem a “forma de lei”, mas aquela em relação a qual se atribui a mesma “função de lei⁶⁴”. Se há uma autoridade competente para interpretar o direito e essa autoridade interpreta o direito de forma contrária ao texto da lei, não cabe falar em interpretação *contra legem*, pois seria o mesmo que dizer que a interpretação jurídica está contrária ao direito.

Assumir a posição das teses realistas da interpretação jurídica é reconhecer, dentre outros reflexos teóricos, que o poder de interpretar o direito estabelece um exercício de poder político, uma vez que a interpretação de uma Corte produz textos jurídicos qualificados como *standards* da interpretação. Daí a importância da análise política nestas relações institucionais, tanto internas como externas do judiciário brasileiro. É válido descrever a análise de Gustavo Just acerca dessas teorias realistas da interpretação jurídica, conforme segue:

Um tribunal habilitado a interpretar autenticamente a lei deve ser considerado como dispondo de um poder legislativo, e aquele encarregado de interpretar a Constituição, como titular de um poder constituinte. Mas esse poder legislativo ou constituinte é apenas parcial, já que a interpretação dada, em outras palavras a norma assim produzida, pode ser sempre superada por um novo texto legislativo ou constitucional, o que instaura uma disputa de forças da qual o tribunal não tem certeza de que sairá vencedor.⁶⁵

Com isso, não se quer encaixotar o modelo jurídico de Cortes Supremas às teorias realistas da interpretação jurídica. Pretende-se apenas revelar a influência que a teoria realista tem sobre tal concepção de Corte Suprema da Interpretação. Esse é o significado atribuído ao

⁶⁰ TROPER, Michel. **La Théorie du Droit, Le Droit, L'État**. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p.70: “(...) un modele dérivé des sciences empiriques” (livre tradução).

⁶¹ TROPER, idem, 2001, p.70: “La théorie realiste comprend elle-même plusieurs variantes” (livre tradução).

⁶² TROPER, idem, 2001, p.71.

⁶³ TROPER, idem, 2001, p.71: “(...) l'interprétation *contra legem* n'existe pas” (livre tradução).

⁶⁴ RÃO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos** – 6ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.306.

⁶⁵ JUST, Gustavo. **Interpretando as Teorias da Interpretação** / Gustavo Just; tradução do autor. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 167.

STJ como "Corte de Precedentes", compreendido neste modelo de vértice da interpretação⁶⁶. Nas palavras de Marinoni, "a Corte Suprema deixou de ter a função de tutelar a lei ou de dela extrair o 'exato sentido' e passou a ter a função de identificar a interpretação que expressa o sentido extraível da lei (...)"⁶⁷, de forma que a interpretação decorre das "proposições sociais que permeiam um momento histórico"⁶⁸. O processualista ainda defende que: "Essa função, ao identificar a interpretação adequada, aclara o sentido do direito e lhe confere unidade, de modo que as razões determinantes do precedente naturalmente se projetam sobre a sociedade e incidem sobre os tribunais inferiores"⁶⁹.

Tratar o STJ enquanto Corte de Precedentes é adotar o modelo teórico-dogmático funcional de sistema de justiça brasileiro, em virtude da função estabilizadora, integrativa e consistente de unidade do direito atribuída a essa Corte Suprema da legislação. Além disso, neste modelo há uma expectativa idealizada de sistema de precedentes. Essa expectativa tem como pressuposto o processo civil colaborativo, cujo histórico está demarcado na doutrina. A análise histórica pode ser iniciada pela formação dos distintos sistemas jurídicos e políticos, para daí compreender o direito processual civil.

A começar por uma análise histórico-política, com Daniel Mitidiero, é possível identificar quatro tradições jurídicas: a anglo-saxônica do *Rule of Law*; a francesa do *État Légal*; a germânica do *Rechtsstaat*; e a do sistema jurídico brasileiro⁷⁰. Enquanto o *Rule of Law* pertence à tradição do *common law*, os demais "são produtos sócio-históricos do mundo romano-canônico"⁷¹. Na tradição do *Rule of Law*, o direito está alicerçado na juridicidade, não havendo lugar para o princípio da legalidade, o princípio rival do *due process*⁷². A força da juridicidade caracteriza o modelo jurídico inglês.

No sistema jurídico francês do *État Légal*, por outro lado, o direito é reconhecido na legalidade. É emblemático nesta tradição o método da interpretação jurídica da Escola da Exegese, ao postular "a identificação de todo o direito com a lei e a assunção da exclusividade da lei como o único critério jurídico possível"⁷³. Neste contexto, não há propriamente uma

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema** – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 113-118.

⁶⁷ MARINONI, idem, 2014, p. 117.

⁶⁸ MARINONI, idem, 2014, p. 117.

⁶⁹ MARINONI, idem, 2014, p. 117.

⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp.15-30.

⁷¹ MITIDIERO, idem, 2007, p.16.

⁷² MITIDIERO, idem, 2007, p.18.

⁷³ MITIDIERO, idem, 2007, pp. 20-21.

experiência de controle de constitucionalidade da lei, porque em tal controle, exercido por órgão não-jurisdicional, visa-se conformar o projeto de lei à Constituição.

O direito do *Rechtsstaat*, distinto do *État Légal* e do *Rule of Law*, tem uma ordem jurídica estruturada na legalidade, mas também na ideia de suprallegalidade, com a supremacia da Constituição, institucionalizada no controle concentrado de constitucionalidade da lei pelo Tribunal Constitucional⁷⁴. Este modelo não é estranho ao direito brasileiro. Tanto no direito brasileiro, como no *Rechtsstaat*, vige a ideia de supremacia constitucional. Significa dizer que a legalidade passa pelo crivo da constitucionalidade da lei. Além disso, há o imperativo da interpretação constitucional sobre o sistema de legalidade.

O controle difuso de constitucionalidade, inspirado no sistema estadunidense, teve presença na ordem jurídica brasileira desde a constituinte provisória de 1890 e a Constituição de 1891, vindo o controle concentrado se unir a tal modelo de *judicial review* na Constituição de 1946⁷⁵. No atual Estado Constitucional Democrático, o art. 5º, XXXV, da CF/88, vincula o direito judicial à Constituição e não à legalidade estrita, de forma que, conforme Mitidiero, “o juiz brasileiro está submetido a um sistema de juridicidade, e não de legalidade⁷⁶”.

Na análise histórico-política do sistema de juridicidade, justifica-se a vinculação aos padrões jurídicos decisórios no direito brasileiro. Interessa agora entender o mecanismo de funcionamento desse sistema, à luz da história do direito processual civil. Neste histórico, é possível identificar quatro fases metodológicas no direito processual civil, com base na teoria da colaboração no processo civil, de Daniel Mitidiero⁷⁷.

A primeira fase metodológica é a do sincretismo dos conceitos e técnicas de um direito empírico, chamada por Daniel Mitidiero de fase do praxismo. O praxismo está situado na pré-história teórica, no “tempo em que se aludia ao processo como ‘*procedura*’ e não ainda como ‘*diritto processual civile*’⁷⁸”. Considera-se que o direito processual civil moderno surge, então, na fase posterior da história do direito processual civil.

A segunda fase metodológica é a do processualismo, ou tecnicismo processual, na qual houve a preocupação técnica dos juristas quanto à afirmação da autonomia conceitual do direito processual civil. Essa autonomia é desenvolvida a partir do conceito de relação jurídica

⁷⁴ MITIDIERO, idem, 2007, p. 22.

⁷⁵ MITIDIERO, idem, 2007, p. 25.

⁷⁶ MITIDIERO, idem, 2007, pp. 25-26.

⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 107-170.

⁷⁸ MITIDIERO, idem, 2015, p. 29.

processual, com a obra de Oskar Bülow, conforme elucidou Clóvis do Couto e Silva no seu clássico ensaio sobre a história dos conceitos jurídicos-processuais⁷⁹.

A terceira fase metodológica é a instrumentalista, com a ideia de que o processo tem um valor instrumental, estando presente nas duas últimas décadas do século XX⁸⁰. A fase instrumentalista do processo foi marcada pelo resgate do direito material como a finalidade a ser alçada pelo direito processual, assumindo-se a postura de que o processo é um meio para atingir o direito e não um fim em si mesmo. Tal fase avança em relação à fase processualista que a antecede, por neutralizar o problema do conceitualismo tecnicista no processo civil, de modo a ressignificar a função instrumental exercida no formalismo jurídico-processual.

No modelo instrumentalista, porém, o juiz é o sujeito da jurisdição, sem que haja espaço institucional para a colaboração de outros atores no processo civil. Se outros sujeitos participam da relação processual, a interpretação jurídica não pode se restringir ao juiz e “não se pode mais afirmar que à jurisdição cumpra tão somente uma função declaratória da ordem jurídica preestabelecida pelo legislador⁸¹”. Há aqui a ideia de que a jurisdição e a legislação funcionam como compartimentos estanques do poder legítimo, em atos estatais típicos.

Como contraponto metodológico, a fase posterior apresenta pressupostos sociais, lógicos e éticos do direito processual civil. Esta quarta fase metodológica é a da colaboração processual. Essa fase tem expressão no formalismo-valorativo do processo civil e pavimenta o conteúdo do direito fundamental ao processo justo. De acordo com Daniel Mitidiero:

No que tange ao direito material, registra-se que “o direito é círculo maior a ultrapassar a mera regra da lei”. Nesse sentido, a “decisão judicial pode revestir características *praeter legem* e eventualmente até *contra legem*. Nunca, porém, contrárias ao *Direito*”. Solução, de resto, absolutamente afinada com a profícua preocupação da teoria do direito e da filosofia do direito contemporâneas com a justiça das decisões judiciais⁸².

O pressuposto social diz respeito à organização judiciária baseada no modelo da colaboração. Há assimetria⁸³ do juiz no momento da decisão judicial; contudo, a atividade que resulta na decisão judicial conta com a participação dos demais sujeitos do processo. Por isto, tal modelo não se confunde com a forma paritária, nem com a forma hierárquica de condução

⁷⁹ SILVA, Clóvis V. do Couto e. **Para uma História dos Conceitos no Direito Civil e no Direito Processual Civil**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1983, p. 63: "Oskar Bülow sustenta a necessidade do conceito de relação para o processo civil. Alterou, por igual, o modo de tratar o próprio processo, permitindo uma certa unificação metodológica com base no conceito de relação jurídica utilizada no direito civil e no processo civil".

⁸⁰ Cândido Rangel Dinamarco figura como referência desse movimento metodológico, cujo interesse era visar a efetividade do direito no processo, o que hoje está expresso no princípio fundamental da primazia do mérito.

⁸¹ MITIDIERO, idem, 2015, p. 39.

⁸² MITIDIERO, idem, 2015, p. 41: as aspas no texto são as citações diretas das palavras de Alvaro de Oliveira.

⁸³ MITIDIERO, idem, 2015, p. 64: “O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa”.

do processo civil. Neste pressuposto social, estabelece-se um dialogismo no processo civil, que diz respeito à interpretação colaborativa dos sujeitos do processo. Esses sujeitos passam a ser vistos como os agentes construtores do sentido normativo do texto jurídico.

Na perspectiva linguística, pode-se dizer que há uma polifonia⁸⁴ na pragmática do processo civil, por conta da multiplicidade de vozes que ressoam no curso de um processo judicial⁸⁵. Entende-se que o “Estado Constitucional revela aqui a sua face democrática, fundando o seu Direito Processual Civil nos valores da *igualdade* e da *participação*, traduzidos normativamente na *igualdade* e no *contraditório*”⁸⁶. A crítica à forma hierárquica na condução do processo civil transpõe, por sua vez, o modelo autoritário.

No pressuposto lógico do processo civil colaborativo, a metodologia decisória do processo deixa de ser apodítica, baseada na "verdade", para ser argumentativa, que resulta na lógica do que é "provável"⁸⁷. Há um resgate do pensamento tópico-problemático, devido à crítica ao pensamento racionalista. Na passagem do processo civil medieval (isonômico) para o processo civil moderno (assimétrico), constata-se que o racionalismo jurídico dos modernos fez a lógica do direito deixar "de ser um problema que o jurista tem de resolver trabalhando em um esquema sujeito-sujeito para ser um objeto que o operador do direito tem de conhecer, compreendido numa relação sujeito-objeto: passa-se de uma racionalidade prática à racionalidade teórica, ocorrendo uma verdadeira *geometrização* do jurídico (...)”⁸⁸.

O pressuposto ético do processo colaborativo, junto com os anteriores, requer que a conduta no processo seja pautada pela lealdade processual e pela boa-fé objetiva, que são deveres jurídicos atinentes tanto ao juiz quanto aos demais sujeitos. Não por acaso, o art. 322, § 2º, do CPC/2015, estabelece que a interpretação jurídica considere o conjunto da postulação do pedido conforme a cláusula geral de boa-fé; e o art. 489, § 3º, do mesmo diploma legal, determina que a interpretação jurídica conjugue todos os elementos do processo segundo essa cláusula geral de boa-fé. Em ambas as disposições citadas, a acepção de boa-fé é objetiva, por ser uma exigência de ordem ético-jurídica no processo⁸⁹.

⁸⁴ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **O Texto e a Construção dos Sentidos** – 9ª ed., 2ª reimpressão – São Paulo: Contexto, 2009, pp. 64-65.

⁸⁵ SILVA, Beclaute Oliveira. **A Cognição no Mandado de Segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. Tese (Doutorado). Recife: Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco, 2011; Fonte: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3794> [acesso em 11.01.2019].

⁸⁶ MITIDIERO, idem, 2015, p. 71.

⁸⁷ MITIDIERO, idem, 2015, pp. 78-79.

⁸⁸ MITIDIERO, idem, 2015, p. 79.

⁸⁹ THEODORO Jr., Humberto [et al.]. **Novo CPC - Fundamentos e Sistematização** / Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia, Flávio Quinaud Pedron - 2ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 183.

No tratamento do tema da vinculação aos padrões decisórios, quando há o debate processual em torno de uma *ratio decidendi* julgada pela Corte Suprema, a boa-fé objetiva se manifesta sob a forma da proibição do comportamento contraditório do juiz que não observa o dever de coerência jurídica. O princípio *nemo potest venire contra factum proprium* promove a tutela da confiança quanto à expectativa de vinculação ao padrão decisório. O pressuposto ético da colaboração processual é interpretado no direito ao processo justo, conforme segue:

No campo processual, em face do modelo constitucional de processo e de sua evidente decorrência do devido processo legal, a boa-fé induz a adoção de comportamentos que não quebrem a proteção da confiança e que obstem o recorrente comportamento não cooperativo de todos os sujeitos processuais, sejam os dos juízes mediante voluntarismos e decisionismos, sejam os das partes e advogados (...) ⁹⁰.

Esses pressupostos da colaboração processual não só são intrínsecos ao processo, como também se espraiam nas relações institucionais entre os poderes do Estado Democrático de Direito. Na análise histórico-política dos fenômenos jurídicos-processuais, compreende-se como um dos poderes estatais ocupa o espaço político de outro na concretização dos direitos fundamentais ⁹¹. Por meio das palavras de Nelson Saldanha quanto à análise histórico-política, considera-se que as “conotações histórico-filosóficas convergem para o tema central do poder (organização, exercício, fundamentação) ⁹²” e as “conotações jurídicas concernem ao chamado ‘direito político’ (mais talvez do que ao denominado direito público) ⁹³”.

O direito não tem, por óbvio, uma relação com a prática da política no seu sentido estrito. A política partidária, por exemplo, é restrita à prática da política. Na interpretação do direito, porém, os aspectos histórico-políticos têm influência. Nas palavras de Dworkin, essa ponte entre política e direito pode ser explicada dessa forma:

Devo sustentar que a prática do Direito é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos específicos ou textos legais, mas de forma geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e magistrados não podem evitar a política no amplo sentido da teoria política. ⁹⁴

A interpretação jurídica-processual, portanto, tem conteúdo histórico-político. No tocante ao poder de interpretar o direito e de estabelecer os padrões jurídicos decisórios, nesta

⁹⁰ THEODORO Jr. [et. al.], idem, 2015, p. 201.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012: neste ponto, quanto aos Direitos Fundamentais, o Prof. Dr. Ingo Sarlet registra qual é o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe “não apenas a guarda, mas o próprio desenvolvimento da nossa Lei Fundamental” (p.382).

⁹² SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. 2ª ed. São Paulo: Editora QuartierLatin, 2010, p.140.

⁹³ SALDANHA, idem, 2010, p.140.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. O Direito como Interpretação; trad. André Pedreira Ibañez / In. **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**; (org.) Anderson Vichinkeski Teixeira, Elton Somensi de Oliveira. Barueri, SP: Manole, 2010, p. 14.

tradição jurídica do direito brasileiro, pode-se dizer, com Nalini que: “Toda vez que o Juiz exerce um protagonismo – mesmo que este seja o estrito exercício de seus poderes – ressurge o questionamento sobre sua legitimidade⁹⁵”. Por isto, justifica-se a análise histórico-política.

1.2 A Abordagem Racionalista de Karl Popper na Teoria do Direito

Nesta pesquisa, a palavra "racionalista" pode ter dois significados, a depender do seu contexto de uso, pois serve: um, para se referir à história do pensamento moderno, a partir do período dos seiscentos; e dois, para indicar a postura científica de Karl Popper. Importa, neste sentido, salientar que o método desta pesquisa científica (racionalista) não se confunde com o método de decisão jurídica proposto nesta pesquisa. Esse método de decisão jurídica é crítico da ideologia racionalista, por se caracterizar na participação processual, que estrutura o procedimento aberto aos desacordos na interpretação jurídica.

Além disso, deve-se considerar que os vocábulos "metodologia" e "método" têm dupla aplicação: de abordagem metodológica; e de análise metodológica. Devido ao nível de doutorado, em pesquisas jurídicas, Mezzaroba e Monteiro destacam "duas categorias distintas entre si, que são: o método e os procedimentos técnicos⁹⁶". Os procedimentos técnicos são os métodos auxiliares para nortear a análise, devendo guardar coerência com a abordagem. Nesta pesquisa, o método hipotético-dedutivo de Karl Popper é aplicado na abordagem; e o método histórico conceitual está ligado ao tipo de análise. Essa análise é qualitativa, pois se baseia no método histórico de Reinhart Koselleck.

Nesse item são examinados os ensaios políticos de Karl Popper e os três aspectos metodológicos pertinentes: o aspecto histórico; o metodológico propriamente dito; e o aspecto jurídico. No ensaio intitulado "A Sociedade Aberta e seus Inimigos⁹⁷", obra de dois volumes, Karl Popper realiza uma crítica histórica a três ícones da história da ciência: Platão; Hegel; e Marx. Não cabe questionar se tal narrativa filosófica de Karl Popper é predominante, mas sim compreender o relato histórico empreendido pelo autor, para fins de entender os seus reflexos nos campos da história, do direito e da metodologia empregada nesta pesquisa jurídica. Vale afirmar: interessa apenas aplicar a opção metodológica adotada.

⁹⁵NALINI, Renato. **A Rebelião da Toga**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2006, p.273.

⁹⁶MEZZAROBA, Orides; e MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.55.

⁹⁷POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**; trad. Milton Amado. 3ª ed. Tomos 01 e 02. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

Como é comum a todo relato histórico, Karl Popper admite que o seu também está assentado nos temas por ele selecionados⁹⁸, de maneira que, para a ciência, interessa observar que tais temas elegidos pelo pesquisador assumam uma forma de crítica racional. Neste ponto, é relevante considerar que, mesmo dedicando toda a primeira parte à filosofia clássica antiga, Karl Popper tem como principal meta elaborar uma crítica racional ao idealismo germânico e, por consequência, desconstruir o pensamento hegeliano, que deu base às ideologias fascista e marxista. Dessa forma, o autor aprofundou as raízes do pensamento autoritário, tratado como o oposto da democracia, de modo a desenvolver uma análise histórico-política.

Este intento é explanado desde o início do primeiro volume da obra, quando Karl Popper apresenta as origens platônicas dos pensamentos historicistas de Hegel e de Marx. No método historicista, de acordo com Karl Popper, temos os seguintes problemas: (1º) há uma profecia do futuro, com base em leis gerais e fixas de interpretação da história⁹⁹; (2º) há um determinismo no que concerne ao futuro histórico, com base na crença de que há um destino que não pode ser refutado: "E os que nisso acreditam extraem daí a certeza com referência ao resultado final da história humana¹⁰⁰"; (3º) há um primitivismo quanto à doutrina do povo escolhido, pois tenta compreender a história através de uma "interpretação teística", isto é, pelo reconhecimento de um ser "como o autor da peça desempenhada no palco histórico¹⁰¹"; e (4º) em razão da doutrina do povo escolhido surgir do tribalismo, dá-se que o historicismo também assume a forma tribal do coletivismo, pois vem "acentuar a significação de certo grupo ou coletividade - uma classe, por exemplo - sem a qual o indivíduo nada significa¹⁰²". Assim, Karl Popper defende o seu modo de interpretar a ciência e a história:

Pretendo defender o ponto de vista - que os historicistas frequentemente consideram ultrapassado - segundo o qual a História se caracteriza por seu interesse pelos eventos reais, singulares ou específicos, e não pelas generalizações ou leis¹⁰³.

No caso desta pesquisa, a análise histórica rejeita o método historicista, trazendo efeitos no modo de compreender o direito processual civil, por conta dos fatores a seguir: (1º) por partir do processo judicial como o "espaço de experiência" da interpretação dos padrões decisórios, não pretende profetizar o futuro baseado em leis gerais da história; (2º) embora faça a defesa da previsibilidade do direito como valor de concretização do processo justo, não é determinista quanto à historicidade da *ratio decidendi*, por se apoiar na lógica do provável e

⁹⁸ POPPER, idem, Tomo 02, 1998, pp.286-287.

⁹⁹ POPPER, Karl. **A Miséria do Historicismo**; trad. Octany S. da Mota; e Leônidas Hegenberg. 2ª ed. - São Paulo: Cultrix, 1993, pp.93-101.

¹⁰⁰ POPPER, idem, Tomo 01, 1998, p.23.

¹⁰¹ POPPER, idem, Tomo 01, 1998, p.22.

¹⁰² POPPER, idem, Tomo 01, 1998, p.23.

¹⁰³ POPPER, idem, 1993, p.112.

na interpretação adscritiva de sentido atribuído ao texto jurídico; (3º) faz uma interpretação científica e não teística da história, por meio de um critério (diacrônico); e (4ª) ainda que justifique a vinculação aos padrões decisórios, não adere ao coletivismo, por ter como base a história real, singular e específica do processo judicial na interpretação do direito.

Nada impede que o juízo de primeiro grau deixe de se vincular à *ratio decidendi* quando reconhece uma distinção ou uma superação do padrão decisório, nos termos do art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015. Nestas hipóteses, a Corte Suprema poderá vir a convalidar uma nova *ratio decidendi* e, logo, tal processo terá contribuído para a formação de um novo padrão decisório. A argumentação jurídica é que se fará valer neste momento de racionalizar o direito fundamental ao processo justo, tomando por base a historicidade dos motivos determinantes vinculados ao processo judicial.

No STJ, pode haver um dilema: a função jurisdicional de uma Corte de vértice faz o processo transcender aos interesses individuais dos envolvidos, na medida em que o papel prelevante do STJ é o de dar unidade ao direito, estabelecendo a interpretação da lei. Nesse contexto, vale questionar: como realizar o direito ao processo justo?

O fundamento ético político do interesse da justiça, referente à unidade do direito, deve estar em harmonia com a atividade satisfativa dos interesses do processo judicial, como dispõe a norma fundamental do art. 4º, do CPC/2015. Neste sentido, o princípio democrático que faz valer o direito ao processo justo não pode ter um mero interesse coletivista, ainda que a vinculação à *ratio decidendi* padronize a interpretação jurídica. Eis o princípio democrático da vinculação à *ratio decidendi* estabelecida pelo STJ: o de harmonizar os interesses jurídicos do processo ao interesse uniformizador do sistema de justiça.

Na lógica argumentativa do processo, a interpretação divergente dos Tribunais locais é uma expressão democrática do pluralismo interpretativo e da cooperação jurisdicional quanto à adscrição de novos sentidos atribuídos aos textos jurídicos interpretados pelo STJ. A abordagem hipotético-dedutiva aplicada ao direito condiz com a ideia de que os enunciados interpretativos são meras conjecturas, "respostas provisórias diante dos quadros problemáticos aos quais se dedicam"¹⁰⁴.

O critério de demarcação entre ciência e não-ciência corresponde ao falseamento a que deve estar exposta a teoria, aonde a ciência pode reconhecer "uma teoria do ponto de vista da sua possibilidade de ser criticamente discutida"¹⁰⁵. Considerar o processo judicial como o

¹⁰⁴MEZZARROBA e MONTEIRO, idem, 2006, p.69.

¹⁰⁵POPPER, Karl R. **Conjecturas e Refutações** – O desenvolvimento do conhecimento científico; trad. Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006, p. 345.

"espaço de experiência" da interpretação jurídica e o "horizonte de expectativa" da decisão justa é demarcar, racionalmente, o caráter vinculante dos padrões decisórios no processo. Os elementos do critério diacrônico são científicos, na medida em que o processo judicial adota o procedimento do contraditório com a isonomia dos interessados e a colaboração processual.

A vantagem do método hipotético-dedutivo está em oferecer "uma perspectiva da ciência que encara a abordagem crítica como a sua mais importante característica¹⁰⁶". Neste propósito de efetivar a evolução da ciência, há a abertura à crítica racional, que potencializa a refutação de um enunciado teórico anteriormente aceito pela ciência. Tal evolução científica decorre do "falibilismo das teorias"; termo equivalente à disponibilidade de que é dotada uma teoria para ser falível diante da suscitação de uma nova forma de compreender o problema, como destacado no texto a seguir:

Duas são as fontes do falibilismo de Popper. Uma é sua concepção de método científico, segundo a qual as teorias, sendo seu estatuto o de conjecturas permanentes, não são propriamente de forma alguma objetos de crença, e portanto não são objetos de crença infalível. Outra é a maneira especial pela qual ele concebe a ciência como permanecendo sempre aberta¹⁰⁷.

Na teoria do direito, a tese popperiana da "sociedade aberta" encontrou expressão na hermenêutica constitucional, em especial na interpretação procedimental da Constituição, aonde Peter Häberle sustenta que a "democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente 'competente', a Corte Constitucional¹⁰⁸". Esta abordagem metodológica inspirou pesquisas no direito brasileiro, como é o caso da teoria intercultural da constituição, que diz ter "por pressuposto filosófico o racionalismo crítico de Karl Popper e os seus desdobramentos no âmbito da teoria da constituição, notadamente a contribuição de Peter Häberle (...) ¹⁰⁹".

Além disso, a teoria de Häberle – e, logo, a metodologia popperiana – impactou positivamente no direito comunitário europeu, tendo Gomes Canotilho explanado sobre o seu

¹⁰⁶POPPER, idem, 2006, p.345.

¹⁰⁷SMITHURST, Michael. Popper e o Ceticismo da Epistemologia Evolucionista, ou, para que foram feitos os humanos? / In. **Karl Popper: filosofia e problemas**; (org.) Anthony O'Hear; trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997, p.251.

¹⁰⁸HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição; trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p.36.

¹⁰⁹GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição**: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p.135.

"conceito de cultura transportador das dimensões interculturais¹¹⁰": a dimensão tradicional, da história; a dimensão inovadora, do desenvolvimento cultural; e a dimensão pluralista, das manifestações culturais de um grupo. Gomes Canotilho também expressa apreço pela análise da história conceitual, quando cita nominalmente Reinhart Koselleck, ao afirmar que "a teoria da Constituição tanto localiza lugares filosóficos de esperança ("horizonte de expectativas") como insiste nos lugares de experiência ("espaço de experiência")¹¹¹".

Na interpretação constitucional pluralista, resultam consequências especiais para "a conformação e a aplicação do direito processual¹¹²". O quadro democrático que inspirou os pressupostos da colaboração processual é uma das pontes teóricas para compreender a relação entre o direito ao processo justo e a historicidade dos fundamentos decisórios. Na ruptura do conceitualismo interpretativo da autoridade, a história conceitual dos fundamentos jurídicos decisórios é procedimentalizada no processo.

Neste sentido, convém registrar que a abordagem popperiana é anti-conceitualista, pois busca tratar somente dos usos dos conceitos e não da tentativa de elucidação dos mesmos em "esquemas conceituais¹¹³". Isso explica a crítica ao "essencialismo metodológico¹¹⁴", pois tal essencialismo representa o interesse pelo conhecimento puro e essencial, não devendo ser esta uma pretensão científica. O objetivo de toda ciência, segundo Karl Popper, é pragmático.

Portanto, a abordagem popperiana é contrária à concepção da "jurisprudência dos conceitos", de Puchta, porque nesta surge o essencialismo na estruturação de uma "genealogia dos conceitos¹¹⁵". Desse modo, a abordagem popperiana é coerente com a análise da história conceitual de Reinhart Koselleck, visto que esta se baseia na dinâmica diacrônica que enlaça o "espaço de experiência" existente sobre os conceitos ao "horizonte de expectativa" construído em torno desses mesmos conceitos.

¹¹⁰CANOTILHO, J. J. Gomes. **Interconstitucionalidade e Interculturalidade** / In. "Brançosos" e Interconstitucionalidade - Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. reimpressa. Coimbra: Edições Almedina, 2012, p.272.

¹¹¹CANOTILHO, idem, 2012, p.26.

¹¹²HÄBERLE, idem, 1997, pp.46-47.

¹¹³MAGEE, Bryan. **As Idéias de Popper**; trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Ed. Cultrix, 1973, p. 56.

¹¹⁴POPPER, idem, Tomo 01, 1998, p.45.

¹¹⁵LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**; trad. José Lamego – 3ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.24: "O que PUCHTA, aqui e em outros lugares (pág.101), designa por 'genealogia dos conceitos' não é, assim, outra coisa senão a pirâmide de conceitos do sistema construído segundo as regras da lógica formal".

1.3 A Análise da História Conceitual à Luz do Pensamento de Reinhart Koselleck

No âmbito da interpretação jurídica-processual, a análise da história conceitual tem recursos metodológicos que podem auxiliar o jurista em dois aspectos: primeiro, no tocante à interpretação jurídica dos conceitos versados nos padrões decisórios; e, em segundo lugar, na interpretação do direito a ser aplicado no viés do processo justo, em especial, sobre o processo que está vinculado aos fundamentos decisórios de um caso-precedente estabelecido pela Corte Suprema. A proposta da história conceitual, tal qual foi formulada por Reinhart Koselleck, é mais voltada para o primeiro aspecto, mas nada impede que os seus recursos metodológicos recaiam sobre a história específica do processo judicial, para adequar a interpretação jurídica aos fundamentos decisórios a partir da dinâmica do processo.

Esses dois aspectos estão imbrincados na interpretação jurídica dos fundamentos decisórios do processo. No viés do processo justo, as mudanças semânticas do direito devem ser tomadas "dentro de um contexto de ação"¹¹⁶, considerando os aspectos situacionais nas historicidades do padrão decisório e do processo judicial. O critério diacrônico possibilita que a interpretação jurídica-processual, então, faça a mitigação entre futuro e passado, a saber:

(...) de um 'campo de experiência' e um 'horizonte de expectativas'. Este último acomoda, desde então, um 'coeficiente de mudança' (KOSELLECK, 1988, p. 349, 367, 370), que considera a semântica da constante e veloz mudança e concede a ela um momento de projeção voltado ao futuro (DOSSE, 2009, p. 115-116)¹¹⁷.

Em relação a esse método diacrônico, François Rigaux afirma que a interpretação "não recusa a duração em que se inserem as fases sucessivas e, por vezes, descontinuadas, dos actos interpretativos que as precederam"¹¹⁸. Por isto mesmo, em torno do que é tratado como doutrina dos precedentes, esse jurista belga diz haver "regras ou, se preferirmos, uma doutrina da interpretação, que precisa, ela própria, de ser interpretada"¹¹⁹. Afinal, os padrões jurídicos decisórios e os precedentes tem como base comum a história do direito judicial, posto que os casos futuros são julgados a partir dos casos do passado. Na técnica do processo justo, quando o processo judicial passa a ser o "espaço de experiência" da interpretação jurídica, o padrão decisório é ajustado ao "horizonte de expectativa" da decisão justa.

¹¹⁶CAMPOS, Ricardo; e LADEUR, Karl-Heinz. Entre Teorias e Espantalhos: deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens / In. **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**; (org.) Ricardo Campos. Coleção Teoria e História do Direito; trad. Ricardo Campos (do texto de Karl-Heinz Lauder). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 121.

¹¹⁷CAMPOS, Ricardo; e LADEUR, Karl-Heinz, idem, 2016, p. 121.

¹¹⁸RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**; trad. Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1997 (ano da edição original), p. 285.

¹¹⁹RIGAUX, idem, p. 286.

Koselleck sintetiza: "Tal procedimento parte do princípio de traduzir significados lexicais em uso no passado para a nossa compreensão atual¹²⁰". O "espaço de experiência" e o "horizonte de expectativa" são categorias-chave no critério diacrônico da história conceitual. Por meio destas categorias, há uma compreensão científica da historicidade do direito sobre a adequação dos fundamentos ao processo justo, considerando que: "A redefinição científica de significados lexicais anteriores é um dos mandamentos básicos dos estudos diacrônicos¹²¹".

Aplicado especificamente à análise dos conceitos, o método da história conceitual pode registrar as mudanças de padrão argumentativo em torno de determinados conceitos. Em termos metodológicos, pode-se observar a mudança semântica dos conceitos cujo sentido está delimitado no tempo passado (espaço de experiência) e na ideia de futuro situada neste tempo passado (horizonte de expectativa). Este é o diferencial das análises diacrônicas: o fato de que os conceitos de um tempo presente sempre são interpretados com base no passado-presente e no futuro-presente, tendo em conta que existe uma experiência (de interpretação do passado) relacionada a esses conceitos, que simultaneamente está presa à expectativa (de interpretação do futuro) construída sobre esses mesmos conceitos, num momento histórico específico.

Em relação ao conceito de democracia, por exemplo, a análise de Christian Lynch registrou que: "Do ponto de vista diacrônico, pode-se compreender o conceito de democracia no Brasil como sofrendo mutações em três momentos particulares¹²²". Primeiro, até o ano de 1792, vigia o conceito meramente histórico, como forma de governo da Antiguidade Clássica. Após esse momento, em razão do impacto causado pela Revolução Francesa, o conceito de democracia passa a ser sinônimo da forma de governo republicano. E, num terceiro momento, durante a década de 1820, o conceito de democracia é inspirado nos Estados Unidos e se torna mais palpável, em razão da ausência da aristocracia hereditária, da presença de autogoverno e da forma federativa de Estado. Esse último conceito cai em descrédito no período monárquico brasileiro¹²³, ganhando significados adicionais para além do período examinado.

A interpretação diacrônica de padrões decisórios, neste sentido, possui um caráter histórico, mas contraria a metodologia da história das ideias políticas e a tese originalista¹²⁴. Na adscrição de sentidos atribuídos ao texto jurídico, o processo é o "espaço de experiência"

¹²⁰KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos; trad. Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira; revisão da trad. César Benjamin – 3ª reimpressão – Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 104.

¹²¹ KOSELLECK, idem, 2006, p. 104.

¹²² LYNCH, Christian Edward Cyril. Democracia / In. **Léxico da História dos Conceitos Políticos do Brasil**; org. João Feres Júnior – 2ª ed. – Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, p. 253.

¹²³ LYNCH, idem, 2014, p. 253.

¹²⁴BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e Interpretação Constitucional / In. **Interpretação Constitucional**; (org.) Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 72-73.

da interpretação jurídica; e o "horizonte de expectativa" do processo justo pode resultar numa mudança dos fundamentos decisórios. No tocante ao significado atribuído ao precedente, de acordo com Michael Gerhardt, pode-se entender que: "*The meaning of a precedent depends more on what subsequent justices think (and say) it means than on what the justices were thinking (and saying) when they created it*"¹²⁵.

No padrão interpretativo quanto ao conceito jurídico, pode-se exemplificar com o padrão que foi estabelecido em torno do conceito de equidade, previsto no art. 413, do Código Civil Brasileiro, junto ao REsp. 1.353.927, julgado pela Quarta Turma do STJ¹²⁶. No voto do relator, o Min. Luís Felipe Salomão tratou de circunscrever o conceito de equidade, afastando a possibilidade de redução do valor da cláusula penal, com o fundamento de que o critério da equidade não é matemático no que se refere ao cumprimento parcial da obrigação. A partir desta decisão do STJ, os processos judiciais que estão diante do enfrentamento deste mesmo "espaço de experiência" da interpretação jurídica quanto ao conceito de equidade têm em seu "horizonte de expectativa" a aplicação deste referido conceito na decisão justa do processo. O critério diacrônico faz com que os processos judiciais tenham esse "espaço de experiência" da interpretação jurídica e esse "horizonte de expectativa" da decisão considerada justa.

É possível observar, portanto, que o critério diacrônico demarca a vinculação dos processos judiciais aos padrões jurídicos decisórios, independente de haver previsão legal que determine essa vinculação do processo, como são os casos dos institutos do IRDR e do IAC. Ainda que haja críticas ao modelo de padronização da *ratio decidendi*, deve-se levar em conta que a objetividade hermenêutica deste critério diacrônico encontra no processo judicial um procedimento legítimo de abertura à crítica racional quanto à interpretação dos fundamentos decisórios, de modo que o "espaço de experiência" do processo conduza a uma probabilidade de mudança na interpretação jurídica e amplifique o "horizonte de expectativa" racionalizado no processo justo. O conteúdo do processo justo está na historicidade do direito, interpretado nos conceitos e nas teorias, conforme lecionam os processualistas Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia e Diogo Bacha e Silva:

Apesar de as palavras carregarem conteúdos, sua transformação em conceitos depende de uma teorização, o que demanda um tempo para acontecer. Os conceitos, no entanto, são sempre constructos diacrônicos entre os significados lexicais

¹²⁵GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 200.

¹²⁶ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.353.927 - SP. AÇÃO DE COBRANÇA DE CLÁUSULA PENAL INSERTA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. REDUÇÃO JUDICIAL EM CASO DE CUMPRIMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO AVENÇADA. SUBSTITUIÇÃO DO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE MATEMÁTICA PELA EQUIDADE. ARTIGO 413 DO CÓDIGO CIVIL C/C ARTIGO 4º DA LEI 8.245/91 (Rel. Min. Luís Felipe Salomão; Quarta Turma; data de julgamento: 17/05/2018). Fonte: www.stj.jus.br (acesso em 20/04/2019).**

utilizados anteriormente, separando-os de seu contexto situacional e analisando-os durante uma longa sequência temporal. É de se advertir que a semântica do termo sofre descontinuidade, de acordo com o contexto social no qual foi produzido e o próprio intérprete que o lê¹²⁷.

Na interpretação sistemática, segundo Canaris, essa "abertura do sistema *objectivo* resulta da essência do objecto da jurisprudência, designadamente da essência do Direito positivo como um fenómeno colocado no processo da História e, como tal, mutável¹²⁸". Tais mudanças permitem testemunhar a história do que Koselleck define como sendo “conceitos antitéticos assimétricos¹²⁹”. Esses conceitos antitéticos são oposições conceituais em pólos de assimetria, podendo-se verificar nos conteúdos que dividem a "jurisprudência dominante", de um lado, e a "jurisprudência não-dominante", do outro. Por isto são assimétricos, por vigorar uma interpretação dominante sobre outra não-dominante. Existem conceitos e teorias que são, assim, prevaletentes no discurso jurisprudencial; e outros conceitos e teorias opostos, que não tem a acolhida nos fundamentos decisórios num dado momento histórico.

Com relação aos conceitos políticos, conforme Chignola, “Koselleck estabelece uma linha de ruptura interna no desenvolvimento dos conceitos¹³⁰”. Na história dos conceitos políticos, os processos sociológicos de mudança se situam em quatro momentos: primeiro, há a ideologização do conceito; segundo, é politizado o conceito; terceiro, o conceito ingressa na fase da democratização; e, em quarto, ocorre a temporização do conceito, fazendo com que ele seja inscrito na história¹³¹. Há uma maior facilidade na identificação do conceito jurídico quando ele é enunciado na lei ou no padrão decisório, ainda que a sua temporização demande o uso do conceito.

Com base em Koselleck, vê-se que essa análise diacrônica parte da premissa de que as argumentações jurídicas possuem uma carga ideológica que possibilita compreender a historicidade do direito. Ainda que a politização dos conceitos jurídicos seja ocultada pelo discurso técnico, tais conceitos podem ser politizados na esfera da interpretação jurídica. Com respeito à democratização de um conceito jurídico, este corresponde à popularização que o conceito assume num momento histórico, passando a ser de uso comum e, sobretudo, corrente

¹²⁷BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; e SILVA, Diogo Bacha e. Transcendentalização dos Precedentes no Novo CPC: equívocos acerca do efeito vinculante – Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia, Diogo Bacha e Silva / In. **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015**; (org.) Dierle Nunes, Aloísio Mendes, Fernando Jayme. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 24.

¹²⁸CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**; trad. A. Menezes Cordeiro - 2ª ed. - Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 110.

¹²⁹KOSELLECK, idem, 2006, pp. 191-231.

¹³⁰CHIGNOLA, Sandro. História dos Conceitos e História da Filosofia Política; trad. Noeli Correia de Melo Sobrinho / In. **História dos Conceitos: diálogos transatlânticos**; org.: João Feres Júnior, Marcelo Jasmin. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; Ed. Loyola: IUPERJ, 2007, p. 51.

¹³¹CHIGNOLA, idem, 2007, p. 51.

no meio forense. Esses momentos de ideologização, politização e democratização de alguns conceitos jurídicos são facilmente identificáveis no campo do direito privado, como é o caso dos conceitos de consumidor, de dano e de família. O critério diacrônico de interpretação do direito nos padrões decisórios do STJ considerou o "espaço de experiência" e o "horizonte de expectativa" desses conceitos jurídicos que estão abertos às mudanças conceituais.

Observa-se que o critério diacrônico, mesmo tendo um caráter histórico-jurídico, é um critério de interpretação jurídico-processual. É possível notar, inclusive, a relação que há entre a história conceitual de Koselleck com a hermenêutica gadameriana. Quando Gadamer se refere ao conceito de tradição, no âmbito filosófico da linguagem, diz que: "Isso não é nada mais que experiência¹³²". Salienta que por "experiência" se deve entender a integração de todo o conhecimento ao saber pessoal do indivíduo¹³³ e que, em suas palavras:

Em todo trabalho filosófico do conceito encontra-se, portanto, uma dimensão hermenêutica, hoje em dia caracterizada de modo um tanto impreciso, com o termo "história do conceito". Esse não representa um esforço secundário e nem significa que, em vez de falarmos das coisas, falemos dos meios de entendimento que usamos para isso, mas constitui o elemento crítico no uso dos nossos próprios conceitos.¹³⁴

Além disso, na crítica ao historicismo, Gadamer postula que um pensar histórico "deve pensar também sua própria historicidade¹³⁵", por meio de "uma relação que compreende tanto a realidade da história quanto a realidade da compreensão histórica¹³⁶". Com o conceito gadameriano de "história efetual", o critério diacrônico partilha do entendimento de que: "Compreender é um processo histórico-efetual, e se poderia demonstrar que é na linguagem própria a toda compreensão que o acontecimento hermenêutico traça o seu caminho¹³⁷". Por isto, o critério diacrônico de interpretação jurídica-processual, a partir do método da história conceitual de Koselleck, se situa no duplo momento dos fundamentos decisórios: no momento do padrão decisório; e no momento do processo judicial.

No critério diacrônico de interpretação, o "espaço de experiência" é o reservatório conceitual do passado, acumulado até o presente histórico. Ele está ligado ao "horizonte de expectativas" por ser aquele lugar de onde se parte para o que se pode esperar. Experiência e expectativa compõem, de forma concomitante, o espaço e o horizonte da mudança conceitual. Para Koselleck: "Horizonte quer dizer aquela linha por trás da qual se abre no futuro um novo

¹³² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice; trad. Ênio Paulo Giachini; rev. da trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 136.

¹³³ GADAMER, idem, 2002, p. 137.

¹³⁴ GADAMER, idem, 2002, p. 137.

¹³⁵ GADAMER, idem, 2002, p. 81.

¹³⁶ GADAMER, idem, 2002, p. 81.

¹³⁷ GADAMER, idem, 2002, p. 81.

espaço de experiência, mas um espaço que ainda não pode ser contemplado¹³⁸". A dinâmica dos padrões decisórios brasileiros tem em seu horizonte de expectativa uma doutrina de *stare decisis*, com um histórico diferente do modelo estadunidense, cujo desenvolvimento decorreu de um movimento conhecido por realismo jurídico¹³⁹.

1.4 Conclusões Parciais: Popper e Koselleck no critério diacrônico

No direito brasileiro, pode-se dizer que não há experiência histórica de sistema de precedentes. No entanto, a doutrina jurídica-processual tem reconhecido uma sistemática de padrões jurídicos decisórios, que podem ter a mesma função exercida pelo precedente. Assim, no próximo capítulo, em razão dessa pesquisa ter por interesse a realização do processo justo pela fundamentação adequada, haverá o estudo sobre o modelo de precedentes. Desde logo, porém, cabe afirmar que esse modelo de precedentes envolve o "horizonte de expectativa" dos fundamentos decisórios no processo justo e o objetivo de estudá-lo é valorativo ou funcional; ou seja, quanto à valoração ou função dos "casos-precedentes" na dinâmica do processo justo.

Na conclusão deste primeiro capítulo, do ponto de vista metodológico, deve-se ter que o método da história conceitual de Reinhart Koselleck é compatível com a abordagem de Karl Popper. A abordagem popperiana, inclusive, viabiliza a aplicação do critério diacrônico à historicidade do processo judicial, tendo em conta que a concepção histórica de Karl Popper é situacional, referente a fatos singulares e específicos. O processo judicial, neste sentido, é um fato singular, que pode fornecer explicações históricas ligadas aos aspectos específicos.

Portanto, o critério diacrônico atende à compreensão das historicidades do padrão decisório e da interpretação deste padrão decisório no processo judicial. Esta é a justificativa da primeira premissa, que concerne à realização do processo justo pela interpretação baseada na historicidade do padrão decisório interpretado no processo. A justificativa da vinculação ao padrão decisório está apoiada na interpretação dos seus fundamentos decisórios no processo, de modo a levar em conta a historicidade do processo para que haja a adequação jurídica aos fundamentos decisórios. A historicidade do direito garante, assim, que a vinculação à *ratio* do padrão decisório no processo seja previsível, mas não determinada, em vista da interpretação jurídica-processual se fazer valer sobre as especificidades do processo.

No direito ao processo justo, pelo fato do argumento jurídico-processual sobre a vinculação ao padrão decisório não ser tomado apenas a partir de uma autoridade hierárquica

¹³⁸ KOSELLECK, idem, 2006, p. 311.

¹³⁹ MATTEI, Ugo. *Stare Decisis* - il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti D'America. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, pp. 185-276.

competente, é relevante compreender como funciona a vinculação aos padrões decisórios, por meio de uma análise histórico-política das Cortes de Justiça. Assim, essa pesquisa traça uma análise histórico-política dos modelos de justiça, para considerar as relações institucionais na formação histórica do poder de interpretar o direito. Neste plano histórico-jurídico, objetiva-se estruturar uma narrativa histórica para compreender, no segundo capítulo, a função do modelo de Corte de Precedentes e, no terceiro capítulo, o histórico do sistema judicial inglês.

2 A EXPECTATIVA DE PROCESSO JUSTO A PARTIR DO VALOR AO MODELO DE PRECEDENTES

Neste capítulo, propõe-se examinar o "horizonte de expectativa" construído por parte da doutrina jurídica, quanto ao modelo de precedentes e o modelo de justiça civil que pode ser interpretado a partir do sistema processual civil brasileiro. Em artigo específico sobre os precedentes do *common law* e a tradição do *civil law*, Teresa Arruda Alvim Wambier nota o paradoxo dos países de origem romano-germânica, quanto a se afastar da segurança jurídica que o direito romano proporcionou, conforme segue:

As regras do *common law* são regras sociais, nunca afastadas do dia a dia. De certo modo, portanto, e paradoxalmente, já que o cimento que une e dá firmeza aos sistemas de *common law* é a regra do precedente vinculante, o modo de pensar inglês aproxima-se mais ao romano, do que o estilo de decidir dos países cujo direito diz-se ser de origem romano-germânica.¹⁴⁰

A segurança jurídica que o sistema de precedentes oferece, tal qual proporcionou o direito romano, compõe a crítica ético-jurídica de Marinoni à justiça civil brasileira. Em estudo sociológico, Marinoni desenvolve uma hipótese weberiana para tratar do problema da resistência cultural brasileira contra a adoção de um sistema de precedentes, com base em dois fatores¹⁴¹: (1º) o patrimonialismo, que explica a forma legítima de “dominação tradicional”; e (2º) o personalismo¹⁴². No patrimonialismo, a “legitimidade – fundamento para a obediência – é baseada em uma autoridade sacralizada (...)”¹⁴³. A partir desta ideia do que caracteriza a “legitimidade tradicional”, Marinoni conclui que “quando se vincula patrimonialismo ao Poder Judiciário, faz-se referência ao caráter pessoal das decisões, estimulado num sistema em que não há respeito a precedentes das Cortes Supremas¹⁴⁴”.

Em complemento ao patrimonialismo e imbricado a esta caracterização, também há a cultura personalista, que parte de uma valoração contrária à cultura do associativismo¹⁴⁵. Quanto ao personalismo, segundo Marinoni, “o que aqui interessa é o modo individualista

¹⁴⁰WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: *Civil Law e Common Law* / In. **Teoria Geral do Direito**; (org.) Gilmar Ferreira Mendes, Rui Stoco; Vol. 01 (Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Civil, Parte Geral). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.351.

¹⁴¹MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**: justificativa do novo CPC. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp.60-101.

¹⁴²WEBER, Max. **Economía y Sociedad** – Esbozo de sociología comprensiva; traducción de José Medina Echavarría [et al...]. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2002, pp. 708-711.

¹⁴³MARINONI, idem, 2016, p.80.

¹⁴⁴MARINONI, idem, 2016, p.82.

¹⁴⁵Neste ponto do estudo, Marinoni faz referência à obra “Raízes do Brasil”, de Sérgio Buarque de Holanda, segundo o qual, nas palavras de Marinoni, “as teorias negadoras do livre-arbítrio (*predestinacionas*, calvinistas) sempre foram encaradas com desconfiança e antipatia por espanhóis e portugueses. Isso porque, na medida em que negam a capacidade do indivíduo para alterar o que foi predestinado por Deus, não poderiam deixar de ser desprezadas por uma cultura definida pelo personalismo” (MARINONI, idem, p.89).

com que o juiz exerce a sua função diante de uma instituição de que faz parte¹⁴⁶”. Neste viés, o processualista entende que o problema jurídico da ineficácia dos precedentes brasileiros está radicado na cultura personalista do judiciário, o que gera reflexos na administração da justiça e na hierarquia administrativa.

Assim como Marinoni, a pesquisa de José Rodrigo Rodriguez corrobora o fato de que as decisões judiciais das Cortes Supremas têm por característica ser “não argumentativa, opinativa e personalista¹⁴⁷”. O autor constata que tal racionalidade jurisdicional “está marcada pela utilização de *argumentos de autoridade* em casos difíceis e pela pobreza argumentativa em casos fáceis¹⁴⁸”.

O argumento de autoridade pode ser entendido como aquele que “utiliza atos ou juízos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas como meio de prova a favor de uma tese¹⁴⁹”. José Rodrigo Rodriguez entende que tais argumentos de autoridade não respeitam a nenhum padrão de ônus argumentativo, sendo puramente estratégicos e deslocados da adequação a qualquer modelo de estado de direito, sem que lhes seja imposto “o dever de demonstrar a coerência entre leis, casos e doutrinadores que cita¹⁵⁰”; no qual o que “importa é a obtenção de uma solução, de uma decisão e não o padrão argumentativo que a fundamenta¹⁵¹”.

Perelman observa que o argumento de autoridade “é o modo de raciocínio retórico que foi mais intensamente atacado por ter sido, nos meios hostis à livre pesquisa científica, o mais largamente utilizado, e isso de uma maneira abusiva (...) ¹⁵²”. Porém, embora Perelman reconheça que os argumentos de autoridade foram mal utilizados no campo das ciências como tentativa de argumentos infalíveis, ele destaca a importância e a validade destes argumentos de autoridade, inclusive, sobre os precedentes¹⁵³, cuja aplicação é a de invocar a autoridade do precedente. Desta forma, a rigidez crítica contra o argumento de autoridade não percebe que o texto do precedente é a autoridade que vincula as decisões judiciais futuras, de modo que as autoridades em questão são as Cortes Supremas.

Essa mesma concepção de "autoridade do precedente" é considerada por Daniel Mitidiero quanto aos padrões decisórios brasileiros, quando o autor leciona que "a autoridade

¹⁴⁶MARINONI, idem, 2016, p. 91.

¹⁴⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** – Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p.15.

¹⁴⁸RODRIGUEZ, idem, p.62.

¹⁴⁹ PERELMAN, Chaïm. **Tratado da Argumentação: a nova retórica** / ChaïmPerelman, LucieOlbrechts-Tyteca; trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.348.

¹⁵⁰RODRIGUEZ, idem, p.73.

¹⁵¹RODRIGUEZ, idem, p.73.

¹⁵²PERELMAN, idem, 2005, p.348.

¹⁵³PERELMAN, idem, 2005, p.349.

do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta¹⁵⁴". Nesta linha de pensamento, compreende-se que a vinculação do processo ao padrão jurídico decisório tem fundamento em dois aspectos: no da autoridade do direito (texto jurídico enunciado nos fundamentos decisórios); e no da autoridade de direito (STF ou STJ).

A problemática está em reconhecer qual é o padrão jurídico decisório no contexto personalista mencionado pelos autores citados. Thomas da Rosa Bustamante abordou esse problema das Cortes de Justiça, qualificando-o de "*obiter dicta* abusivos". Neste texto, o autor menciona que a *ratio decidendi* "tem ensejado infindáveis discussões teóricas que levam à propositura de diferentes 'métodos' de identificação do elemento vinculante de um precedente judicial¹⁵⁵"; tal como é proposto nesta pesquisa, no que se refere ao método diacrônico.

Com relação à *obiter dicta*, esses "são argumentos que podem ou não ser aceitos como razões em pronunciamentos futuros¹⁵⁶", por não compor a parte vinculante das decisões. O que não for *ratio decidendi*¹⁵⁷, ou *obiter dictum*, o "dito morto" do precedente, que não vincula. A *obiter dicta* pode ser vista por exclusão: exclui-se o que não é determinante no precedente, para fins de considerar apenas as "razões de decidir" (*ratio decidendi*).

É um dito de passagem e sem importância, embora possa servir como subsídio à persuasão racional. É admitido como "precedentes persuasivos" na teoria dos precedentes, tendo expressão corrente na língua inglesa com o termo *persuasive precedent*¹⁵⁸. Na teoria dos precedentes, a expressão inglesa *binding precedent* indica o "precedente vinculante¹⁵⁹". O *obiter dictum* abusivos corresponde, então, ao abuso do uso de argumentos persuasivos, que não devem constituir os fundamentos jurídicos dos padrões decisórios.

No direito brasileiro, portanto, constata-se a dificuldade de implementação de uma sistemática de precedentes judiciais. Até mesmo devido à tradição codificada brasileira, não há historicidade de precedentes no "espaço de experiência" dos processos judiciais. Contudo, os autores questionam essa falta de sistemática por reconhecerem nela um valor jurídico de direito fundamental ao processo justo. Por isto, com o suporte teórico de Koselleck, é possível observar que a doutrina jurídica brasileira tem se ocupado desse conceito de precedente e das implicações teórico-dogmáticas que nele são desencadeadas. Dessa maneira, torna-se viável a

¹⁵⁴MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.98.

¹⁵⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Obiter Dicta* Abusivos: esboço de uma tipologia de pronunciamentos judiciais ilegítimos / In. **Revista Direito GV**; v. 14; n. 2 (Maio-Ago. 2018). ISSN 2317-6172. São Paulo: FGV Direito, p. 714 (acesso em 20.04.2019).

¹⁵⁶ BUSTAMANTE, idem, 2018, p. 714.

¹⁵⁷ Existem variações do latim nesta palavra, podendo-se encontrar como *obiter* ou *obter*.

¹⁵⁸FACCHINI NETO, Eugênio; e CORDEIRO, idem, pp. 81-121 (p. 25 do texto integral).

¹⁵⁹FACCHINI NETO e CORDEIRO, idem, pp. 81-121 (p. 05 do texto integral).

análise histórica diacrônica, na consideração de que a historicidade do precedente brasileiro é tomada no "horizonte de expectativa" do sistema jurídico-processual.

Neste sentido, o tratamento sobre os precedentes no direito brasileiro só pode se dar por modelos teóricos-ideais. Ou seja, está no campo das projeções históricas; consiste no "horizonte de expectativa" do novo processo civil, que ainda não pode ser contemplado, mas já está presente nos estudos jurídicos. Ainda faz parte, portanto, do trabalho de racionalização dos juristas, "no duplo sentido de Freud e de Weber¹⁶⁰", como se referiu Pierre Bourdieu ao tratar do funcionamento do sistema de justiça. Verifica-se, neste "horizonte de expectativa", a crença de que há uma maior racionalidade jurídica no modelo de precedentes.

As justificativas para que os padrões decisórios funcionem com o mesmo grau de estabilidade jurídica dos precedentes são teóricas e pragmáticas. No âmbito teórico, Antonio Carlos Marcato registrou que a sistemática de precedentes já se encontrava presente no CPC anterior, fazendo alusão a dispositivos do Código Buzaid (de 1973), referindo-se ao princípio da presunção a favor do precedente¹⁶¹. Em termos pragmáticos, conforme exprimiu Tiago Zapater, a ideia weberiana de que a "*common Law* seria superior à *civil Law* em termos de estabilidade ganhou aderência na semântica jurídica, em especial na perspectiva da *Law and Economics*, no sentido de que a estabilidade jurídica típica do modelo de precedentes seria essencial para o desenvolvimento capitalista¹⁶²".

Assim, esse capítulo contempla a segunda e quarta premissas teórico-dogmáticas desse trabalho, que dizem respeito à relação entre os padrões decisórios e os precedentes, bem como, ao modelo de Corte de Precedentes. A começar pela segunda premissa, o item 2.1 trata dos conceitos próprio e impróprio de precedente. O termo "padrão decisório" será substituído pelo conceito de "caso-precedente" a partir deste item, podendo ser chamado simplesmente de "precedente", por se tratar do conceito próprio de precedente, associado ao mesmo valor ou função ocupado pelos padrões decisórios. Isto não afasta, porém, a discussão em torno do conceito de precedente no sentido impróprio, que é abordado no estudo da *ratio decidendi*.

Na perspectiva diacrônica de Koselleck, o conceito (de precedente, por exemplo) é construído com base nos discursos que são articulados em torno do seu projeto. A projeção do futuro é a mera expectativa dos sujeitos nas esferas normativa e institucional. Tal projeção

¹⁶⁰ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**; trad. Fernando Tomaz (português de Portugal) – 16ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 216.

¹⁶¹ MARCATO, Antonio Carlos. Os Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro / In. **Novo Código de Processo Civil**: principais alterações do sistema processual civil; (coord.) Luís Antônio Giampaulo Sarro. São Paulo: Rideel, 2014, p. 251.

¹⁶² ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. **Reformas Processuais na Teoria dos Sistemas**: certeza do direito e as decisões judiciais. Curitiba: Juruá, 2016, p. 427.

não é efetivamente real, mas se realiza na medida da interpretação das normas jurídicas e das práticas judiciárias. Estas projeções da doutrina jurídica brasileira acerca da funcionalidade do sistema de precedentes formam, numa analogia com o jogo de luz e sombra, uma espécie de luminares colorindo o horizonte do direito ao processo justo.

Nota-se que a diacronia não interpreta a história de modo linear e cronológico, ao passo que não há uma ordenação de “passado-presente-futuro” na lógica desta interpretação. Podem haver descontinuidades na história dos padrões decisórios: momentos nos quais tais padrões se afirmam; outros nos quais perdem força. Na abordagem de Popper e Koselleck, o critério diacrônico se recusa a profetizar o futuro, pois a interpretação do tempo presente só pode vir a descrever quais são as expectativas teóricas que fazem parte da interpretação sobre o novo processo civil brasileiro.

No item 2.2, os temas do processo justo e dos precedentes são acoplados à dupla dimensão da tutela dos direitos. A vinculação aos "casos-precedentes", neste item, assume o *status* de garantia fundamental do processo, visto que, em seu horizonte de expectativa, está o direito fundamental ao processo justo. Este item abarca quatro subitens: o primeiro, analisa a efetividade, eficácia e eficiência dos precedentes; o segundo, cuida do conceito de precedente em sua antítese quanto aos demais instrumentos e técnicas de vinculação; o terceiro, encampa a crítica à exegese do art. 927 do CPC/2015; e o quarto, discute a devida função de Corte da Interpretação, desempenhada e esperada pelo STJ na formação dos "casos-precedentes".

O subitem sobre a efetividade, a eficácia e a eficiência dos precedentes apresenta os aspectos sintético, semântico e pragmático da interpretação diacrônica sobre a efetividade do devido processo dos precedentes. O campo da eficácia não é totalmente explorado neste subitem, por um fator de organização que conduz para o terceiro capítulo a abordagem quanto à classe da eficácia horizontal e vertical dos precedentes. A interpretação jurídica acerca da eficiência do sistema de precedentes tem como referência o trabalho de Marco Félix Jobim.

O subitem posterior, 2.2.2, desenvolve o conceito negativo de precedente, a partir da exclusão do que não é precedente. No sistema jurídico brasileiro, são usados instrumentos que não vinculam as decisões judiciais e há uma variedade de técnicas de vinculação que não podem ser confundidas com o precedente. Esse subitem expõe o equívoco metodológico de interpretar a vinculação ao "caso-precedente" sem explorar os elementos fáticos-jurídicos que incidem nos motivos relevantes do processo.

O subitem 2.2.3 expõe a sistemática de Ronaldo Cramer na referência de cada um dos posicionamentos teóricos sobre a regra jurídica da vinculação dos precedentes. Ao todo, o autor descreve cinco visões teóricas distintas. Pretende-se refutar algumas destas concepções,

para argumentar a favor da linha defendida por Marinoni, Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart, que interpreta a vinculação aos precedentes a partir da organização judiciária que está prevista na CF/88, assim como, a partir das normas fundamentais de processo e dos artigos 489 e 926, todos do CPC/2015.

No subitem 2.2.4, discute-se o papel do STJ enquanto Corte de Precedentes. Para Daniel Mitidiero, o modelo de Cortes Superiores tem a função de controle da legislação; e o modelo de Corte de Precedentes exerce a função de dar unidade à interpretação do direito. A proposta trazida nesta pesquisa é a de considerar o papel exemplificativo e não propriamente funcional do STJ, uma vez que a sua função jurisdicional já está instituída pelo constituinte originário e o que interessa, do ponto de vista histórico, é o exemplo institucional desta Corte Suprema quanto a estabelecer e seguir os "casos-precedentes" em sua auto-vinculação.

O item 2.3 aborda o fundamento jurídico-processual da padronização do direito, com base nessa valoração ao modelo de precedentes. O item 2.4 complementa a justificativa teórica na perspectiva democrática do processo civil. São relacionados os critérios jurídicos que compõem a ideia de um processo civil democrático. Questiona-se o argumento de que o sistema de precedentes envolveria um governo de juízes, a partir do desvelamento de que há o absurdo lógico na construção dessa ideia.

O item 2.5 apresenta as dificuldades de individualizar as *rationes decidendi* do precedente. O item posterior desenvolve uma análise sobre a igualdade e o dever de coerência na sistemática de precedentes, ambos relacionados ao direito fundamental ao processo justo. No último item, 2.7, são expostas as conclusões parciais desse segundo capítulo, como forma de preparar o leitor para o capítulo final do trabalho.

2.1 A Valoração de "Casos-Precedentes": a expectativa sobre os padrões decisórios

A interpretação sobre o precedente judicial brasileiro tem relação com as decisões judiciais dos Tribunais, de acordo com o art. 926 e o art. 927, do CPC/2015, pois é por meio das decisões judiciais superiores que os precedentes são formados. Segundo Lucas Buril, este é um conceito “próprio” de precedente, em que “o precedente equivale à decisão judicial, não ao dispositivo da decisão, mas ao ato decisório como um todo¹⁶³”. Em tal acepção, pode-se citar o precedente como “o caso” julgado na Corte; como, por exemplo, o “caso-precedente” do STJ no REsp.1.721.705 – SP, sobre o qual se tecerá comentários no próximo capítulo.

¹⁶³MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Editora JusPodium, 2015, p. 90.

Portanto, em conformidade com Lucas Buril, “em um primeiro sentido, o amplo, aproximado ao significado de ‘caso’ – abarcando todo o ato decisório –, precedente é *fonte de direito*; ou seja, é fato jurídico continente de uma norma jurídica¹⁶⁴”. Isto não significa que toda a decisão judicial da Corte Suprema deva ser interpretada como um precedente; apenas aquela decisão judicial qualificada na relevância da matéria e na autoridade dos argumentos jurídicos que levam a surtir efeitos vinculantes sobre as decisões posteriores.

Numa segunda acepção, restrita à norma jurídica do precedente, pode-se dizer que há um conceito impróprio de precedente, relacionado à *ratio decidendi*. Este conceito também é objeto deste trabalho sobre a interpretação do precedente, no sentido em que Lucas Buril o coloca: “O termo mais adequado para definir a norma oriunda do precedente é *ratio decidendi* ou, simplesmente, razões de decidir ou norma do precedente¹⁶⁵”. A interpretação referente à norma jurídica do precedente deve ser uniformizada nos Tribunais, mas isto não neutraliza a sua plurivocidade, como bem salientou Ovídio Baptista da Silva¹⁶⁶.

Portanto, nestas duas acepções em que o termo “precedente” é compreendido, o “caso-precedente” provê uma fonte de direito, ainda que seja uma fonte jurídica secundária. Além disso, mesmo diante de uma uniformização interpretativa da norma judicial, existe a possibilidade aberta de uma nova interpretação normativa do precedente no processo judicial. Esta abertura está no texto jurídico, passível de interpretação no processo. Esse aspecto é potencializado na cultura institucional de não-estabilidade quanto ao “caso” (precedente) e quanto à norma do precedente, ainda que o art. 926 do CPC/2015 disponha sobre a regra do direito estável, íntegro e coerente.

No campo institucional do judiciário brasileiro, conforme verificado, há críticas com respeito às Cortes Supremas não terem a estabilidade decisória almejada por um sistema de precedentes. Todavia, o *habitus* no campo de trabalho forense não pode ser visto de forma estrutural¹⁶⁷, como se os seus agentes estivessem presos às estruturas sociais. O *habitus* está ligado às formas simbólicas, que concernem à cultura institucional do judiciário brasileiro.

Assim, o regramento do sistema de “casos-precedentes” no CPC/2015 possui uma força simbólica que o leva a uma mudança de rumos na prospecção de uma maior austeridade quanto às decisões judiciais estáveis, íntegras e coerentes. Isso fundamenta a interpretação diacrônica dos fundamentos decisórios, tendo em conta que a mudança desta cultura

¹⁶⁴ MACÊDO, idem, 2015, p. 89.

¹⁶⁵ MACÊDO, idem, 2015, p. 91.

¹⁶⁶ SILVA, idem, 2009, p. 123.

¹⁶⁷ BOURDIEU, idem, 2012, p. 61.

institucional brasileira não está livre do seu “horizonte de expectativas”, nem tampouco do seu “espaço de experiência”.

Por isto mesmo, embora o conceito de precedente judicial pareça estar adstrito à vinculação aos casos do passado, também é para o futuro que o precedente está a mirar. Esta é a perspectiva encontrada na sistemática dos "casos-precedentes": junto com a experiência (do passado), também é visada a expectativa (do futuro). Consoante delineou Richard Posner, "a norma que um juiz formula para decidir um caso pode ser considerada uma promessa à comunidade de que os casos futuros serão decididos em conformidade com ela¹⁶⁸".

A relação dos "casos-precedentes" com o futuro pode ser vista de quatro modos, então categorizados: (1º) pelo estabelecimento do precedente, pois o momento de formação do precedente está na decisão judicial posterior; (2º) pela previsibilidade que a Corte Suprema procura ter na aplicação futura da norma do precedente; (3º) pela eficácia prospectiva (futura) do precedente judicial; e (4º) pela consistência do precedente no futuro, sem a qual o direito estabelecido na *ratio*, quando vier a ser inconsistente, poderá ter a sinalização de mudança (*signaling*), ou ser superado (*overruling*), ou reescrito (*overriding*), transformado (*transformation*) ou mesmo diferenciado (*distinguishing*), com base nas técnicas jurídicas dispostas na teoria dos precedentes.

Primeiro, portanto, é preciso esclarecer que a norma jurídica veiculada na *ratio* do precedente só gera vinculação nas decisões judiciais futuras das Cortes Supremas e das Cortes de Justiça. Cabe dizer que enquanto não houver decisão judicial futura que ratifique a norma jurídica de uma decisão judicial anterior, não há que se falar em precedente judicial. Desta forma, o momento de formação do precedente judicial é futuro, por meio da decisão judicial posterior que reconhece a sua vinculação à *ratio* do precedente. É o que nos esclarece Teresa Arruda Alvim Wambier:

O que há de interessante no modo como funciona a vinculação aos precedentes na Inglaterra, é que, quando um caso é decidido pela primeira vez (*case of first impression*) a decisão é tomada, mas nela não se diz expressamente o que é a *rule*. Cabe ao órgão jurisdicional, subsequentemente, ao manifestar intenção de aplicá-lo, interpretá-lo, para identificar a *rule*.¹⁶⁹

Assim, na teoria dos precedentes, a decisão judicial da Corte Suprema só pode ter a expectativa futura de que, sobre a *ratio*, virá a ser formado um precedente vinculante. Isto não impede, entretanto, que a Corte Suprema colha expectativas legítimas de que a *ratio* será observada no futuro. Por isto mesmo, surge o segundo modo de compreender a relação dos

¹⁶⁸ POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**; trad. Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 189.

¹⁶⁹ WAMBIER, idem, 2011, p. 1351.

precedentes com o futuro: que é o do controle judicial sobre os casos futuros. Desta maneira, conforme Facchini Neto e Cordeiro, “nesse sistema, o juiz, sabendo que sua decisão pode se tornar um precedente vinculante, deve julgar com ‘um olho no futuro’¹⁷⁰”.

Neste viés que espreita o futuro, também é possível afirmar que há uma política judicial de precedentes por parte das Cortes, na medida em que é consolidada uma expectativa de vincular as decisões judiciais futuras. O campo das expectativas institucionais é político, por adentrar na legitimidade (autoridade) do texto normativo do precedente. Como já foi dito no capítulo anterior, aquele a quem é dado o poder de interpretar exerce um ato político, na acepção ampla da teoria política.

Neste ângulo da interpretação do precedente, as possibilidades de interpretação do texto normativo são plúrimas. A pluralidade interpretativa sobre o texto jurídico decorre do fato de que não há uma mera subsunção na lógica hermenêutica de seguir o precedente, mas, antes disto, o intérprete está apoiado na abertura interpretativa quanto à seguinte pergunta ao precedente: “o que realmente ficou decidido no caso pretérito?”¹⁷¹”

Esta não é uma pergunta que leva o julgador do processo a seguir o precedente. É neste sentido que Maurício Ramires, a partir de Gadamer¹⁷², considera a diferença entre os atos “de seguir” o precedente e “de abrir” o precedente¹⁷³. Na interpretação do precedente sobre os casos futuros, é inegável que, conforme aponta Maurício Ramires: “Quando o juiz analisa um precedente, questionado sobre a sua aplicabilidade ao caso presente que deve julgar, o que tem diante de si é um *texto*¹⁷⁴”. Por isto mesmo, para aplicar a norma jurídica do precedente, cabe antes questionar até mesmo se existe um texto, isto é, se há um precedente, se ele é meramente persuasivo ou se é um precedente vinculante.

Sabe-se que a interpretação do texto normativo é objetiva, por estar inserida no contexto em que o texto está sendo compreendido e que deve ser aplicado. Entretanto, ao ser interpretado o texto jurídico, pode-se buscar somente conhecê-lo, descrevendo-o, ou se pode lhe dar algum significado. Isto quer dizer que a interpretação de um texto não é um mero ato de comunicação, aonde o enunciador comunica um texto (enunciado) e a sua intenção em produzir este texto a um receptor (intérprete).

¹⁷⁰FACCHINI NETO e CORDEIRO, idem, 2016, p. 05 do texto integral.

¹⁷¹RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 125.

¹⁷²RAMIRES, idem, 2010, p. 124.

¹⁷³RAMIRES, idem, 2010, pp. 137-146.

¹⁷⁴ RAMIRES, idem, 2010, p. 125.

Diferente desta ideia de “interpretação comunicativa”, a hermenêutica legada por Dilthey¹⁷⁵ adota uma ideia dualista do processo interpretativo, aonde se vê a divisão “entre fenômenos naturais, sem significado, e fenômenos sociais, significativos¹⁷⁶”, na qual também se “divide a cognição entre conhecimento e *verstehen*, ou compreensão; e que divide a maneira de fazer ciência entre explicação e interpretação¹⁷⁷”. Por isto, Michael Moore sugere que a interpretação dos textos jurídicos seja uma dança de dois passos, aonde o primeiro passo é dado em direção à sintaxe e o segundo passo segue para a semântica do texto, conforme as suas palavras abaixo:

(...) pergunte primeiro se existe um texto e o que ele é; pergunte depois o que esse texto significa, no sentido de como ele se aplica à situação em questão. Podemos admitir uma espécie de equilíbrio reflexivo a ser alcançado entre a individuação textual (“sintaxe”) e a interpretação textual (“semântica”), de modo que um texto produzir ou não boas interpretações tenha alguma relação com as questões de ser ou não um texto e, se for, que texto é (...)¹⁷⁸.

Isto não se confunde com os efeitos prospectivos (futuros) do precedente judicial, pois estes se referem à eficácia jurídica do precedente. No direito processual civil brasileiro, o art. 927, § 3º, do CPC/2015 possibilita a modulação dos efeitos do precedente, que podem ser prospectivos, dirigidos ao futuro. Na forma como foi colocado antes, este é o terceiro modo de correlacionar os precedentes com o tempo futuro. Mas o que interessa nesta pesquisa não é a eficácia prospectiva do precedente e sim a formação da sua norma, a determinação desta e a sua consistência, que estão relacionadas à interpretação aberta dos “casos-precedentes” dentro do judiciário brasileiro.

A legitimidade da vinculação ao precedente depende desta interpretação aberta e plural, sendo isto o que garante o devido processo democrático do precedente. É por tal razão que podem haver desacordos interpretativos quanto à *ratio decidendi* do precedente. Por não ser pacífica, a norma jurídica do precedente está aberta à pluralidade de interpretações. Em relação aos fundamentos decisórios, assim, existe a diversidade hermenêutica, que pode gerar até mesmo algumas aporias normativas. O judiciário é a arena política desses desacordos.

Com isto, propõe-se interpretar a democratização processual no contexto deste pluralismo interpretativo em torno da *ratio decidendi*, mediado pela argumentação jurídica racional. Por ser democrático, o devido processo jurisdicional tem que acolher, mesmo na unidade do direito, o conflito semântico que é inerente à interpretação jurídica do precedente.

¹⁷⁵ MOORE, Michael S. Interpretando a interpretação / In. **Direito e Interpretação**: ensaios de filosofia do direito. (org.) Andrei Marmor; trad. Luís Carlos Borges, Silvana Vieira, Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 11.

¹⁷⁶ MOORE, idem, 2000, p. 11.

¹⁷⁷ MOORE, idem, 2000, p. 11.

¹⁷⁸ MOORE, idem, 2000, p. 16.

Essa possibilidade de desacordo está situada nos aspectos próprio e impróprio do conceito de precedente, de modo que a interpretação jurídica se dê, primeiro, sobre o “caso” que é identificado como precedente e, segundo, sobre as “razões relevantes” (*ratio decidendi*) que devem ser identificadas no precedente, para que elas sejam aplicadas na decisão jurídica.

Estes são os pontos nos quais se localiza o fator processual democrático. O fato de se reconhecer o conflito semântico em torno do precedente, contudo, não impede que haja a estabilização normativa no horizonte de expectativas do precedente brasileiro. Importa apenas reconhecer que este fenômeno processual democrático está instalado na dinâmica do processo justo. Porém, credita-se à variedade de interpretações jurídicas o problema da insegurança jurídica, da desconfiança em relação à Justiça e da falta de isonomia nos julgados.

A tônica da dogmática jurídica é voltada à unidade do direito, com o amparo legal e constitucional em relação aos padrões jurídicos decisórios. Há uma racionalidade legal no dever de coerência dos Tribunais proverem a uniformidade da interpretação do direito, como determina o art. 926, do CPC/2015. No que se refere ao papel do STJ quanto a dar unidade à interpretação do direito federal, a opção constitucional está prevista no art. 5º, III, alínea “c”, da CF/88. A partir dessa expectativa, busca-se atender à dupla dimensão da tutela dos direitos: a dimensão particular, do processo justo; e a dimensão geral, da unidade do direito.

2.2 Processo Justo e Precedentes: a dupla dimensão da tutela dos direitos

Na perspectiva teórica do constitucionalismo contemporâneo aberto e pluralista, a tutela dos direitos possui uma dupla face, que está ligada ao interesse individual e ao interesse comum. Ambos os interesses jurídicos são parcelas, segundo Justen Filho¹⁷⁹, de um interesse público colimado pelo Estado Democrático de Direito. O interesse comum no processo civil democrático resulta da participação processual dos sujeitos junto à “comunidade de trabalho” que é realizada na operacionalidade do sistema de justiça, conforme o art. 6º, do CPC/2015.

Quando há a assimetria no processo, é porque a posição processual dos sujeitos o exige, em razão dos deveres de conduta que cada qual tem no trabalho comum de cooperação processual, de acordo com o devido processo cooperativo. Na divisão do trabalho jurídico, as partes também têm poderes e deveres processuais, de modo que todos possam contribuir com a justiça a partir das suas posições processuais. Neste contexto, Fredie Didier Jr. afirma ser

¹⁷⁹JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** – 11ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 132-143.

este “o modelo de direito processual adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático¹⁸⁰”.

A noção de interesse público com tal teor aberto e pluralista fez Justen Filho optar “antes pela expressão *interesses coletivos* do que por interesse público¹⁸¹”, uma vez que pela CF/88 o critério de interpretação jurídica “se estrutura sob os fundamentos do procedimento democrático e dos direitos fundamentais¹⁸²”, restando claro que tais interesses podem ter uma titularidade individual, coletiva ou difusa¹⁸³. Aqui cabe registrar a diferença entre o “interesse coletivo” e a “titularidade da coletividade de pessoas” cuja expressão levaria ao conceito processual amplo de interesse coletivo, no âmbito da tutela de direitos coletivos e da tutela coletiva de direitos¹⁸⁴.

Quanto ao interesse comum, pode-se entender que o interesse é comum quando a comunidade confere valor e respeito ao interesse, comungando das mesmas crenças e práticas sociais. As crenças comuns são internalizadas e externadas nas práticas dos seus agentes, que, por sua vez, recebem a orientação destas crenças no grupo social específico, tal qual ocorre com os agentes da comunidade forense, formada pela operacionalidade do sistema de justiça. O jurista Herbert Hart apresenta tal quadro teórico da internalização e da externalização das regras de uma prática social nos termos de uma teoria da prática das regras, a saber:

(...) designei a essas regras por “regras sociais”. O relato que fiz delas tornou-se conhecido como “a teoria da prática” das regras porque trata as regras sociais de um grupo como sendo constituídas por uma forma de prática social que abrange tanto modelos de conduta regularmente seguidos pela maior parte dos membros do grupo, como uma atitude normativa distinta em relação a tais modelos, a que chamei de “aceitação”. Isto consiste na disposição permanente de os indivíduos tomarem tais modelos não só como guias para a sua futura conduta, mas também como padrões de crítica que podem legitimar pretensões e várias formas de pressão no sentido da conformidade.¹⁸⁵

No que concerne aos juristas brasileiros tomarem os precedentes como guias para a sua conduta futura, deve-se distinguir a interpretação sobre os “casos-precedentes” fora do processo e no processo. Isto porque o jurista teórico é um mero observador da sua prática, de modo que neste ponto de vista científico o observador está no campo externo, enquanto que o jurista prático está figurando como o participante do jogo processual, em que deve seguir as

¹⁸⁰DIDIER Jr., idem, 2015, p. 19.

¹⁸¹JUSTEN FILHO, idem, 2015, p. 142.

¹⁸²JUSTEN FILHO, idem, 2015, p. 142.

¹⁸³JUSTEN FILHO, idem, 2015, p. 142.

¹⁸⁴ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos** [Tese de Doutorado; orientação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2005, pp. 24-26: www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf [Acesso em 03.01.19].

¹⁸⁵HART, idem, 2005, p. 317.

regras desta sua prática, do ponto de vista interno¹⁸⁶. Esse aspecto altera o sentido atribuído ao texto jurídico, no contexto da internalização e da externalização das regras da prática.

Na interpretação processual dos "casos-precedentes", segundo Daniel Mitidiero, “interessa ter presente a dimensão dialogal do processo¹⁸⁷”. Neste ponto, há o pressuposto da colaboração processual, que corresponde a uma norma fundamental do processo. Logo, de acordo com Daniel Mitideiro, “o discurso deve ser *intersubjetivamente controlável* a partir da invocação de *razões relevantes* que conduzam ao maior grau possível de aceitação racional da decisão, dado que o *escopo* da justificação está justamente em conduzir a partir daí a um grau significativo de aceitação da decisão¹⁸⁸”.

Significa reconhecer que há uma intencionalidade dos juristas em suas práticas de trabalho e que, de modo não-aparente, nem sempre há clareza dessas intenções em suas atividades. O “aspecto ativo do engajamento intrínseco com valores nem sempre significa que começa de forma intencional¹⁸⁹”. Junto disto, segundo Joseph Raz, deve-se entender que a “intencionalidade do engajamento com valores pressupõe que tais valores são representados em algum conceito¹⁹⁰” e que esses “Conceitos são produtos históricos, acessados por valores interligados a uma cadeia de conceitos que são regidos culturalmente ou historicamente¹⁹¹”.

O encadeamento conceitual que está expresso na CF/88 e na ordem constitucional democrática erige a dignidade humana ao patamar de valor motriz. No Estado Democrático contemporâneo, assim, é papel da comunidade jurídica zelar e desenvolver toda uma estrutura de conceitos articulados e aplicados na prática jurídica, visando valorar o respeito à dignidade da pessoa humana. Assim é, segundo Peter Häberle, que o “*status activus processualis* constitui expressão direta da dignidade humana¹⁹²”, pois a “intensificação do direito de ser ouvido (ou *contraditório*, art. 103, inc. I, LF), bem como da garantia de proteção judiciária

¹⁸⁶HART, idem, 2005, p. 317.

¹⁸⁷MITIDIERO, idem, 2014, p. 28.

¹⁸⁸MITIDIERO, idem, 2014, pp. 28-29.

¹⁸⁹ RAZ, Joseph. **Engaging Reason: on the theory of value and action**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 203; livre tradução do texto em inglês a seguir: “The active aspect of engagement with (intrinsic) value does not always mean that the engagement begins intentionally”.

¹⁹⁰ RAZ, idem, 1999, pp. 203-204; livre tradução do texto em inglês a seguir: “The intentionality of engagement with value presupposes, with few exceptions, that what is valuable is recognized as valuable under some concept or another”.

¹⁹¹RAZ, idem, 1999, p. 204; livre tradução do texto em inglês a seguir: “Concepts being historical products, access to value, where it depends on possession of concepts, is historically or culturally regulated”.

¹⁹² HÄBERLE, Peter. A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo / In. **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. (org.) Ingo Wolfgang Sarlet – 2ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 58.

(art. 19, inc. IV, LF), deverá encontrar seu fundamento expresso no art. 1º, inc. I, da LF, por tratar-se da posição subjetiva do homem no processo¹⁹³”.

Para assegurar o conteúdo jurídico à dignidade humana, conforme Peter Häberle, o Tribunal Constitucional Federal alemão evitou tratar o conceito de dignidade humana de modos inflacionário e panfletário, utilizando-se da técnica exemplificativa, posto que: “A técnica exemplificativa possibilitou atribuir um conteúdo mais concreto para a dignidade humana à luz da ‘tese-objeto’ (‘Objektthese’), tornando-a justificável também para o juiz¹⁹⁴”. Amoldando-se à realidade do Estado Democrático de Direito, o processo civil brasileiro tem que tomar por base um duplo discurso sobre a tutela dos direitos, para atingir os dois termos conceituais, isoladamente, desta relação entre o processo justo e os "casos-precedentes". Na função dualista das Cortes junto à organização judiciária brasileira, segue-se que:

Esse *duplo discurso* que o processo civil tem de ser capaz de desempenhar no Estado Constitucional pressupõe a construção de uma teoria do processo idônea para dar conta da necessidade de propiciarmos a *prolação de uma decisão justa para as partes* no processo e a *formação e o respeito ao precedente judicial para sociedade como um todo*. É necessário perceber, portanto, a necessidade de um duplo discurso no processo a partir da decisão judicial – um discurso ligado às partes e um discurso ligado à sociedade.¹⁹⁵

A dupla dimensão da tutela dos direitos está ancorada, no âmbito particular, sobre o processo justo; e no âmbito geral, sobre a unidade do direito. O conceito de processo justo é extraído da CF/88 nos termos do devido processo legal, como já foi mencionado, de maneira que se impõe uma fundamentação jurídica adequada. Por causa disto é que se propõe uma interpretação jurídica diacrônica, sem que seja possível abdicar do passado histórico que positivou em norma constitucional o devido processo legal. As expectativas hermenêuticas que pesam sobre o devido processo, no entanto, tendem ao processo justo.

A unidade do direito está expressa na CF/88 nos termos da segurança jurídica, em vista da qual o CPC/2015 reflete nas suas normas fundamentais do processo e, sobretudo, na adoção do efeito vinculante. Logo, uma proposta de interpretação jurídica diacrônica sobre a vinculação aos padrões decisórios incide na aplicação do processo justo, contemplando tanto o particular como o geral, tanto o indivíduo como a sociedade. A relação processual está particularizada no processo justo quando se realiza a adequação da norma do precedente sobre o caso concreto, de maneira a efetivar o direito.

Com tal fundamento jurídico-processual, considera-se que existe a “decisão justa” quando for prestada a tutela jurisdicional adequada e efetiva. Conforme Daniel Mitidiero:

¹⁹³HÄBERLE, idem, 2013, p. 58.

¹⁹⁴HÄBERLE, idem, 2013, p. 57.

¹⁹⁵MITIDIERO, idem, 2014, p. 28.

“Sendo o Estado Constitucional ancorado na pessoa humana e o Estado de Direito nele implicado fundamentado na segurança jurídica, a finalidade óbvia colimada ao processo civil só pode estar na *efetividade dos direitos* proclamados pela ordem jurídica¹⁹⁶”. A importância constitucional democrática desta dinâmica relacional entre processo justo (adequado à tutela da pessoa) e sistema de "casos-precedentes" (fundamentado na segurança jurídica), portanto, descansa na efetividade, na eficiência e na eficácia da vinculação aos padrões decisórios.

2.2.1 Efetividade, Eficiência e Eficácia dos Precedentes

No sentido processual, a efetividade da tutela não se confunde com a efetividade do direito, até porque o direito pode ser efetivo sem que haja o processo. O direito de acesso à tutela é pré-processual e, caso o sujeito de direitos o exerça, passa a integrar a relação jurídica processual. O fato de estar na posição de sujeito de direito processual faz incidir a efetividade da tutela¹⁹⁷. Como leciona Lourival Villanova: “O dever de prestação de tutela jurisdicional está na competência, como potencialidade¹⁹⁸”.

A efetividade, a eficiência e a eficácia podem convergir quando se trata do órgão jurisdicional seguir o precedente que tem vinculação com o processo. É bom salientar, porém, que as noções teóricas destas três ocorrências (efetividade, eficiência e eficácia) são distintas no direito processual civil. Estes conceitos podem confluir no horizonte de expectativa de um procedimento eficiente, que garanta a eficácia jurídica e a efetividade dos precedentes, a partir dos critérios de: (1º) reconhecimento do "caso-precedente"; (2º) reconhecimento da *ratio* do precedente; e (3º) aplicação da *ratio* do precedente que está vinculada ao processo. Os dois primeiros momentos são relativos à interpretação, posto que é preciso interpretar o precedente e a sua norma. O segundo momento consiste na motivação da decisão judicial que segue o precedente, sendo relativo à aplicação do direito interpretado.

Dá-se que a efetividade da tutela jurisdicional resulta não só da prestação do dever de tutela, como também da prestação adequada desta tutela. Pois, se no processo os sujeitos são confrontados com o "caso-precedente", o juiz deverá fundamentar a decisão judicial que acabou por seguir ou não seguir esse precedente. No quadro das possibilidades decisórias, o precedente deverá compor os argumentos judiciais do processo.

Esta questão da efetividade do padrão decisório é atinente ao processo justo, mas não diz respeito diretamente à Corte Suprema e sim ao órgão jurisdicional competente que,

¹⁹⁶MITIDIERO, idem, 2014, p. 27.

¹⁹⁷VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito** – 5ª ed. – São Paulo: Noeses, 2015, pp. 162-163.

¹⁹⁸VILANOVA, idem, 2015, p. 162.

por prestar a tutela efetiva ao processo, dará efetividade à vinculação do direito. Tomando o viés pragmático de Tercio Sampaio Ferraz Jr., “entendemos que a efetividade é uma relação de adequação entre o aspecto-relato e o aspecto-cometimento da mesma norma¹⁹⁹”. Logo, o devido processo se realiza quando a norma do precedente, consubstanciada no “relato” da mensagem normativa, é efetivada no “cometimento” da mesma norma sobre o processo.

Vale lembrar, entretanto, que a interpretação dualista do direito, mencionada em item anterior, não concebe que o intérprete recebe apenas o relato que lhe é comunicado, uma vez que ele o interpreta. Por isto mesmo, após admitir, “numa formulação simplificada, que normas efetivas são normas obedecidas²⁰⁰”, o autor destaca que “esta simplificação oculta um dado importante, qual seja, que a obediência é apenas uma consequência da efetividade e não a própria efetividade²⁰¹”. Isto porque uma norma pode ser obedecida por “outras motivações que não a própria prescrição normativa, havendo obediência de uma norma ineficaz²⁰²”, ou mesmo porque, na perspectiva de uma interpretação dualista, o “relato” é interpretado quando há o “cometimento” da norma aplicada no processo, o que gera o cometimento de uma outra norma (pós-interpretação) e não da mesma (anterior à interpretação).

Por tal razão, prefere-se entender a adequação da tutela efetiva de modo amplo e não limitado à única resposta correta no processo. É fato que, ao final, haja o cometimento de uma única norma sobre o processo; porém, há algo oculto que não aparece na efetividade do precedente, no tocante à questão de “como” está sendo interpretada a norma do precedente. Esta é uma questão que revela o dilema em torno dos precedentes vinculantes, qual seja: o de que, por ser um referente que dá significação à norma no processo, o precedente é “seguido”, mas não propriamente “obedecido”. Neste sentido, segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

Que o aspecto-relato e o aspecto-cometimento de um discurso normativo são adequados significa, pois, que a mensagem transmitida (relato) é o ponto de um eventual questionamento por parte do endereçado, mantendo-se equilibrada a relação entre editor e sujeito normativos.²⁰³

Este é o motivo pelo qual, com respeito à efetividade da tutela, se prefere falar em “abrir” o precedente vinculante, ao invés de “obedecer”, visto que, como registrou Maurício Ramires²⁰⁴, o precedente está aberto à interpretação. Esta abertura interpretativa, contudo, pode não ser bem vista na perspectiva da eficiência do direito processual civil. Por isto, a

¹⁹⁹ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 114.

²⁰⁰FERRAZ Jr., idem, 1999, p. 114.

²⁰¹FERRAZ Jr., idem, 1999, p. 114.

²⁰²FERRAZ Jr., idem, 1999, p. 114.

²⁰³FERRAZ Jr., idem, 1999, p. 114.

²⁰⁴RAMIRES, idem, 2010, p. 137.

margem de interpretação jurídica deve estar, ao menos, conformada aos padrões decisórios da Corte Suprema, para fins de assegurar a eficiência do sistema jurídico-processual. Nesta seara, para além da administração pública da justiça, é possível aplicar o princípio da eficiência na tutela jurisdicional, com o respaldo do princípio da duração razoável do processo.

Quando a eficiência processual é coerente com a efetividade da tutela dos direitos, a justificação racional do princípio da eficiência pode ter por objetivo a “tomada de decisões baseada em regras²⁰⁵”. Para Frederick Schauer, “quando um operador toma decisões de acordo com regras e, portanto, confia nas decisões tomadas por outros, se vê parcialmente liberado da responsabilidade de examinar toda a substancialidade das razões relevantes do fato²⁰⁶”. Desta maneira, “as regras permitem levar a cabo uma distribuição dos limitados recursos dos operadores individuais para a tomada de decisões, concentrando sua atenção na presença ou ausência de certos fatos e lhes permitindo relaxar com respeito a outros²⁰⁷”.

No âmbito da administração pública da justiça, com relação à eficiência do devido processo dos precedentes, o CNJ firmou a Resolução nº 235, de 2016, que institui o Núcleo de Gestão dos Precedentes Judiciais (NUGEP). No caso específico do STJ, é emblemático fazer alusão à instrução normativa nº 02, de 2017, que regulamenta o “Fórum de Precedentes”, com a finalidade de dar maior eficiência à gestão dos seus precedentes. Verifica-se que o judiciário brasileiro está empenhado em auxiliar os operadores do sistema de justiça na implementação eficiente do sistema de precedentes.

Portanto, no horizonte de expectativas do processo justo quanto à vinculação aos “casos-precedentes” está a eficiência da gestão judiciária, voltada à efetividade das normas dos precedentes. O uso de tecnologias aplicadas às decisões das Cortes Supremas também estão ligadas à eficiência do sistema de justiça; porém, o uso dos algoritmos computacionais para aplicar a *ratio* do precedente encontra limites no argumento da eficiência, quando o uso de algoritmos computacionais põe em xeque a qualidade das decisões que foram padronizadas pelo “caso-precedente”.

Esta qualidade das decisões judiciais vinculadas aos precedentes é uma faceta da eficiência. Em pesquisa sobre as funções da eficiência no processo civil, Marco Félix Jobim disserta que, para fins didáticos, é válido observar a eficiência a partir de dois aspectos: o da eficiência quantitativa, que consiste na celeridade do processo e na redução de custos; e o da

²⁰⁵ SCHAUER, Frederick. **Las Reglas en Juego**: un examen filosófico de la toma de decisiones basada em reglas en el derecho y em la vida cotidiana; trad. Claudina Orunesu, Jorge L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 209.

²⁰⁶SCHAUER, idem, 2004, p. 209: livre tradução do espanhol.

²⁰⁷SCHAUER, idem, p. 209: livre tradução do espanhol.

eficiência qualitativa, que diz respeito à qualidade das decisões judiciais²⁰⁸. Em relação aos precedentes, o citado processualista descreve a posição de alguns autores que acentuam mais o aspecto quantitativo da eficiência, com exceção dos que discutem a interpretação do art. 927 do CPC/2015, quanto à qualificação persuasiva ou vinculante do precedente²⁰⁹.

A interpretação do referido art. 927 tem pertinência ligada à eficiência do sistema de justiça, uma vez que, para o operador do direito, há uma questão de eficiência do sistema processual civil quando são catalogados os padrões decisórios que vinculam os órgãos do judiciário. Entretanto, quando o assunto é interpretar o art. 927 do CPC/2015, as posições são pautadas pelo ângulo da eficácia forte e fraca dos padrões decisórios. Neste prisma da eficácia dos "casos-precedentes", a força dos precedentes pode ser persuasiva ou obrigatória. Assim, promove-se duas classes de precedentes: os persuasivos; e os obrigatórios ou vinculantes²¹⁰.

Hermes Zaneti Jr. propõe uma classificação neste sentido do grau de vinculação dos precedentes brasileiros, após examinar os quadros classificatórios²¹¹ formulados por Chiassoni e por MacCormick. O processualista afasta a espécie dos precedentes persuasivos, para identificá-la apenas como “jurisprudência persuasiva²¹²”. Em tal viés teórico, com o qual há concordância neste trabalho, só quando houver a *ratio* que vincula as decisões judiciais posteriores na sua esfera específica de irradiação normativa pode ser tida como “precedente”. Porém, esta discussão é conceitual e conduz ao item subsequente.

2.2.2 O Conceito Negativo (por Exclusão) de Precedente

Uma distinção conceitual de grande relevo sobre o direito processual brasileiro é aquela entre jurisprudência e precedente, tendo em conta que antes do CPC/2015 não havia tanta referência ao precedente nas práticas forenses. Em lugar do precedente, a prática civil fazia referência à jurisprudência, sendo esta popularizada no direito brasileiro. Pode-se dizer que tal distinção entre precedente e jurisprudência “é essencialmente quantitativa, já que a

²⁰⁸ JOBIM, Marco Félix. **As Funções da Eficiência no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 125-128.

²⁰⁹ JOBIM, idem, 2018, pp. 162-166.

²¹⁰ Até mesmo para se opor aos “precedentes persuasivos”, interessante seria nominá-los de “vinculativos”, pois daí haveria correção gramatical, mas, do ponto de vista sociolinguístico, a expressão “precedentes vinculantes” foi adotada pelo direito brasileiro.

²¹¹ ZANETI Jr., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes – o Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial: uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Editora JusPodium, 2015, pp. 337-340.

²¹² ZANETI Jr., 2015, p. 341.

utilização do termo precedente faz referência a uma decisão relativa a um caso particular²¹³ (...) o que permite qualificar a jurisprudência em minoritária ou dominante.

Precedente não é, portanto, jurisprudência. Pelo fato de que este conceito negativo de precedente afasta outros conceitos jurídicos, ele é interessante por excluir os conceitos que não são considerados “precedente”. Com base neste raciocínio jurídico, é possível arrolar o que “não é” precedente; logo, afirma-se que o “precedente não é”: jurisprudência; ementário de decisões; coisa julgada; súmula ou enunciado normativo de Tribunal Superior; repercussão geral de recurso extraordinário; e “tese jurídica” formada nos processos repetitivos, incluído aí o recurso especial repetitivo. Já examinado que precedente não é jurisprudência, as demais exclusões conceituais estão na sequência desta, pela ordem citada.

A ementa da decisão cumpre uma função meramente catalográfica, cuja finalidade (de grande importância) é a de fazer pesquisa acerca das decisões judiciais referentes a um determinado tema. Logo, as ementas de decisão não possuem a mesma função indexadora que há sobre as razões relevantes do precedente, segundo Arruda Alvim e Leonard Schmitz²¹⁴. Este é o fundamento da crítica à citação abusiva que vem sendo feita às ementas de decisão. Em geral, não tem havido um aprofundamento na análise fático-jurídica do caso judicial que deu origem à ementa, de modo a comprometer a sua função. É por isto que a aplicação da *ratio* do precedente não pode se espalhar na mera citação de ementa da decisão invocada como sendo a norma do precedente.

No que se refere à coisa julgada, ela tem efeitos concretos com eficácia restrita às partes ou ao direito nas ações com eficácia *erga omnes*, de modo que não pode ser confundida com a vinculação à norma do precedente. A vinculação ao “caso-precedente” supera a decisão específica à ação judicial e não deve ser tomada mediante a coisa julgada da decisão, mesmo diante das ações coletivas e das ações constitucionais, aonde há efeitos *erga omnes* na tutela coletiva²¹⁵ e no controle abstrato de constitucionalidade²¹⁶. Neste último, os efeitos da decisão também são tidos como vinculantes, à luz do art. 102, § 2º, da CF/88; e, na tutela coletiva, podem também ser *ultra partes*, sendo restritos ao grupo, à categoria ou a classe, segundo o art. 103, II, do CDC.

²¹³ PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. Salvador: JusPodium, 2015, p. 159.

²¹⁴ ALVIM, Arruda; SCHMITZ, Leonard. Ementa. Função Indexadora. (Ab)Uso Mecanizado. Problema Hermenêutico / In. **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015**; (coord.) Dierle Nunes, Aluisio Mendes, Fernando Jayme. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 653-678.

²¹⁵ TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria Geral do Processo**: em conformidade com o Novo CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 244-245.

²¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 409-412.

A eficácia *erga omnes* não tem o mesmo significado do efeito vinculante, em face dos limites subjetivos da coisa julgada atingirem apenas os sujeitos (na eficácia da sentença) e os terceiros refletidos pela coisa julgada (efeitos subjetivos reflexos)²¹⁷. Alude-se também aos limites objetivos²¹⁸ da questão decidida na coisa julgada, não estando presentes no precedente, cuja irradiação normativa gera a vinculação da *ratio* sobre os casos posteriores semelhantes. Logo, o precedente estabelece norma jurídica nas “razões relevantes” e confere estabilidade ao direito, enquanto que a coisa julgada formal garante a imutabilidade da “decisão judicial” e a “coisa julgada material não passa de efetiva preclusão²¹⁹” do direito já decidido, conforme lecionam José Tesheiner e Rennan Thamay.

Outra diferença conceitual em relação aos precedentes é aquela concernente aos enunciados normativos e às súmulas. A súmula é uma regra jurídica exposta num enunciado normativo sintético, formado pela experiência judicial do Tribunal. Fredie Didier Jr. anota que há uma espécie de evolução do raciocínio jurisprudencial, aonde estão relacionadas a súmula, a jurisprudência e o precedente: “a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente²²⁰”. Da dicção do art. 926, § 2º, do CPC/2015, extrai-se tal articulação entre súmula e precedente, como dispõe: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

As súmulas podem ser comuns ou vinculantes, mas não se pode equipar tal quadro com aquele que versa sobre os precedentes persuasivos ou vinculantes. Súmulas vinculantes não se equiparam a precedentes vinculantes em vista das “razões relevantes” que têm que ser trazidas no momento de interpretar e argumentar sobre a aplicação do precedente. Quanto às súmulas comuns, considera-se que aparentam ter mais força normativa do que os precedentes “persuasivos”, pois, ainda que sejam comuns, as súmulas são textos normativos, ao passo que há o cumprimento das súmulas pelo judiciário até o momento em que o órgão emissor da súmula decide pela sua revogação. O mesmo não se dá com os precedentes persuasivos, que servem como “meros exemplos²²¹” de interpretação e argumentação jurídica.

No cotidiano do primeiro e segundo grau de jurisdição, inclusive, talvez não se perceba tanta diferença entre as súmulas comuns e vinculantes, salvo quando o operador do

²¹⁷TESHEINER e THAMAY, idem, 2015, pp. 207-208.

²¹⁸TESHEINER e THAMAY, idem, 2015, pp. 208-209.

²¹⁹TESHEINER e THAMAY, idem, 2015, p. 199.

²²⁰DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira – 10ª ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 487.

²²¹ZANETI Jr., idem, 2015, p. 341.

direito se veja confrontado com a situação em que os seus argumentos jurídicos contrariem a súmula comum. Nesta hipótese, porém, há um ônus argumentativo maior por parte daquele que contraria o enunciado normativo da súmula comum. É evidente que esta não vinculação à súmula, em tese, não pode ocorrer diante da súmula vinculante, estando o efeito vinculante destas súmulas previsto em norma constitucional, no art. 103-A da CF/88. Tal dispositivo da CF/88 dá margem à interpretação da inconstitucionalidade do efeito vinculante dos padrões decisórios não constitucionalizados, o que será discutido no próximo item.

A “repercussão geral” funciona como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, nos termos do art. 1.035, do CPC/2015. No procedimento bifásico do recurso extraordinário, primeiro a repercussão geral deve ser conhecida pelo Pleno do STF, aonde há a “*análise do mérito, mas não a decisão sobre o mérito (de procedência ou improcedência)*”²²²; e a *posteriori* é julgado o mérito da repercussão geral. Somente após ser julgado o mérito da repercussão geral, é possível ser formado o precedente constitucional.

O maior problema quanto à abrangência conceitual do precedente talvez esteja na sua relação com a “tese jurídica”, quanto à idêntica questão de direito, firmada na repetição dos recursos extraordinário e especial, ou no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou na assunção de competência. As duas primeiras situações compõem o procedimento de processos repetitivos. Por procurar antecipar a repetição de casos, a assunção de competência pode ser vista como preventiva. Entretanto, a finalidade do procedimento de assunção de competência se coaduna com o sistema de formação dos “casos-precedentes”, em virtude de que, nas palavras de Arruda Alvim: “O instituto é *ante casum*, e serve mais à uniformidade da própria corte do que à resolução de casos concretos, ao menos imediatamente”²²³.

Nesta perspectiva teleológica, quando a tese jurídica é firmada no procedimento de assunção de competência e a Corte Suprema vem a confirmar a respectiva tese jurídica nas decisões posteriores, pode-se considerar que foi formado o padrão decisório. No art. 947, do CPC/2015, que prevê a assunção de competência, dá-se o nome de “relevante questão de direito” à citada tese jurídica. Neste sentido, deve-se afirmar que a “tese jurídica” junto à “relevante questão de direito” do procedimento de assunção de competência é formativa de “caso-precedente”, mas a “tese jurídica” no IRDR não é formativa de “caso-precedente” e sim de objeto de resolução de demandas repetitivas.

²²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**: (de acordo com CPC/2015 e a Lei 13.256/16) / Teresa Arruda Alvim Wambier, Bruno Dantas – 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 410-411.

²²³ ALVIM, Arruda. **Novo Contencioso Cível no CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 538.

A razão de ser ou não ser precedente está na finalidade para a qual o instituto está orientado. Na hipótese da assunção de competência, a finalidade é de dar unidade ao direito. No chamado “microsistema de processos repetitivos²²⁴”, a finalidade é resolver a litigância em massa, para fins de conter a numerosidade dos processos. Neste microsistema processual civil, há um regime comum de resolução dos processos que tratam de questões idênticas de direito nos recursos extraordinário e especial repetitivos, bem como, no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Conforme Marinoni, a decisão “de uma *questão idêntica* gera a impossibilidade de relitigá-la e não a regulação de casos por meio da consideração da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes (...)”²²⁵. Com isto, quer-se dizer que a “tese jurídica” dos processos repetitivos não tem associação com os “fundamentos determinantes” do precedente, posto que a tese jurídica “nada mais é do que o enunciado do resultado da interpretação levada a efeito pela Corte²²⁶”. Desta forma, a tese jurídica encontra maior similaridade com a súmula, que “são simples enunciados abstratos de pouca valia para quem está preocupado com uma Corte que deve regular os casos futuros²²⁷”.

A regulação dos casos futuros, assim, é uma das funções do precedente. O futuro da vinculação aos padrões decisórios brasileiros, entretanto, está na interpretação diacrônica – que liga o horizonte de expectativa ao espaço de experiência – sobre os ritos da Corte. Pois só o tempo projetado nesta interpretação processual responde pelos conceitos e pela efetiva vinculação aos fundamentos determinantes do STJ. A começar pela interpretação processual do art. 927 do CPC/2015, que é objeto de discussão no próximo subitem.

2.2.3 Crítica à Exegese do Art. 927, do CPC/2015

A partir da descrição feita por Ronaldo Cramer²²⁸, apresentam-se cinco correntes de interpretação do art. 927 do CPC/2015. Discorreremos sobre as quatro primeiras correntes para validar os argumentos jurídicos da posição encampada por Daniel Mitidiero, Sérgio Cruz Arenhart e Marinoni. Desde logo, cabe o registro de que esta última corrente defendida está alinhada com a interpretação diacrônica do processo justo pela vinculação aos fundamentos decisórios dos “casos-precedentes”.

²²⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**; (coord.) Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1415.

²²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 72.

²²⁶ MARINONI, idem, 2016, p. 72.

²²⁷ MARINONI, idem, 2016, p. 72.

²²⁸ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 183-188.

A primeira corrente é capitaneada, dentre outros, por Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr., Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Cândido Rangel Dinamarco, Araken de Assis, Arruda Alvim e pelo próprio Ronaldo Cramer²²⁹. Para este grupo de processualistas, os precedentes judiciais brasileiros são aqueles que estão arrolados no inteiro teor do art. 927 do CPC/2015. Assumem, portanto, a interpretação literal e expressa do texto da lei. As diferenças que formulam em torno das hipóteses legais do art. 927 são trazidas no campo da eficácia dos precedentes, como é o caso da classificação sugerida por Hermes Zaneti Jr. quanto ao grau de vinculação dos precedentes em: precedentes normativos vinculantes; precedentes normativos formalmente vinculantes; e precedentes normativos formalmente vinculantes fortes²³⁰.

Interessante é verificar que Hermes Zaneti Jr. admite que os precedentes podem não estar adstritos ao rol do art. 927, ao formular a primeira categoria em sua classificação. A diferença entre esta primeira categoria de precedente vinculante e as demais consiste na falta de previsão legal para reforçar a vinculação ao precedente²³¹. Com respeito à diferença entre a segunda e a terceira categorias, o autor entende que esta última possibilita a impugnação por via autônoma e extraordinária, por gozar de maior força normativa e estar disposta na lei²³², enquanto que a segunda categoria só permite a impugnação pela via recursal comum, embora também esteja prevista na lei.

Na fragilidade desta primeira corrente, pesa outra questão merecedora de atenção, qual seja, o não enfrentamento de Ronaldo Cramer quanto ao falseamento da última posição teórica, representada na quinta corrente exposta pelo processualista. Vale lembrar que esta última posição teórica é a defendida neste trabalho, por guardar maior coerência com a ideia de "casos-precedentes" na dinâmica diacrônica do sistema processual civil brasileiro. Assim, o processualista conclui: "Visto por que a segunda, a terceira e a quarta correntes não devem prevalecer, somente isso, por si só, já faz com que a primeira, por exclusão, seja admitida²³³".

Ora, por que não procurar enfrentar os argumentos expostos na quinta corrente? Adiante, buscar-se-á defender a quinta corrente, cuja lógica é argumentativa e não derivada da lei ou da Constituição, como acontece nas demais correntes. Ou seja, o raciocínio jurídico empreendido nesta quinta corrente é próprio da dinâmica formativa de "casos-precedentes" no sistema de justiça, sem que haja necessidade de recorrer à dedução de uma regra codificada.

²²⁹CRAMER, idem, 2016, p. 183 e p. 188.

²³⁰ZANETI Jr., idem, 2015, pp. 343-346.

²³¹ZANETI Jr., idem, 2015, p. 343.

²³²ZANETI Jr., idem, 2015, pp. 345-346.

²³³CRAMER, idem, 2016, p. 190.

Antes de examinar as demais correntes, perquire-se sobre os argumentos usados pela posição anotada por Ronaldo Cramer em face do art. 927, a saber: (1º) “O texto legal é obra de vontade, e esta vontade tem que ser pelo menos levada em conta no processo de interpretação da norma²³⁴”; e (2º) “Diante do que está escrito no texto, não há maneira mais inequívoca de se estabelecer a eficácia vinculante dos precedentes²³⁵”. Primeiro, a tese de que o rol do art. 927 abarca hipóteses legais de “precedente” corresponde à estática do direito e não à perspectiva dinâmica. Pelo ângulo jurídico de um sistema de precedentes, tomando por base o CPC/2015, é muito mais adequado situar os "casos-precedentes" não num rol taxativo, mas sim na abertura proporcionada pelas diretrizes interpretativas do art. 926, bem como, no dever de conduta jurisdicional que está estabelecido pelo art. 489, § 1º, ambos do CPC/2015.

O *caput* do art. 927 determina que “Os juízes e os tribunais observarão: (...)”; e nos seus cinco incisos, de forma ordenada estão enumerados: (1º) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; (2º) os enunciados de súmula vinculante; (3º) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas; (4º) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e os do STJ em matéria infraconstitucional; e (5º) a orientação do plenário ou órgão especial ao qual estiverem vinculados. O que se constata no rol deste preceito, contudo, não são precedentes vinculantes, mas sim “provimentos” vinculantes, como preferem Lenio Streck e Georges Abboud²³⁶.

Dois aspectos jurídicos devem ser questionados nesta posição. Primeiro, como já foi exposto no item anterior, precedente não é súmula vinculante, nem tampouco tese jurídica de processo repetitivo. Segundo: a vinculação catalogada no rol do art. 927 não deriva deste dispositivo, já estando presente no ordenamento jurídico de forma esparsa. Conclui-se, daí, que o art. 927 visa mais organizar o conjunto de decisões vinculantes do que fazer menção aos precedentes. Em relação ao art. 927, conforme Sérgio Cruz Arenhart e Paula Pessoa Pereira, deve-se reconhecer que: “As técnicas ali descritas – especialmente as súmulas (vinculantes ou não), as técnicas de solução de casos repetitivos (art. 928) e as decisões proferidas em incidentes de assunção de competência – almejam sobretudo lidar com a litigância de massa, conferindo tratamento uniforme a situações repetitivas²³⁷”.

²³⁴CRAMER, idem, 2016, pp. 190-191.

²³⁵CRAMER, idem, 2016, p. 191.

²³⁶CRAMER, idem, 2016, p. 184: vale dizer que a citação aos referidos autores é feita na nota de rodapé.

²³⁷ARENHART, Sérgio Cruz; e PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e Casos Repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? / In: **Precedentes Judiciais: diálogos transnacionais**; (org.) Marco Félix Jobim, Ingo W. Sarlet. Florianópolis, SC: Tirant lo Blanch, 2018, p. 183.

Neste ponto, a segunda corrente²³⁸, sustentada por Alexandre Freitas Câmara, diz que a vinculação das hipóteses legais aludidas no art. 927 não derivam do citado dispositivo. Tal vinculação normativa tem como origem a técnica vinculante própria destes institutos processuais, independente do art. 927 do CPC/2015²³⁹. Anterior à promulgação do novo digesto processual, inclusive, algumas destas técnicas de vinculação já estavam previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto à dinâmica de precedentes, ao tomarmos a interpretação do art. 927 sob este ângulo, chega-se à conclusão de que nem sequer ela existe, porque, em seu lugar, o que há são as conhecidas técnicas de vinculação do sistema processual. Vale anotar a posição de Alexandre Freitas Câmara com respeito a essa análise, ainda que não seja essa a concepção assumida nesta pesquisa, conforme segue:

É preciso, então, ter claro este ponto: nem tudo o que está enumerado no art. 927 do CPC/2015 tem eficácia vinculante. Há ali, também, o que tenha eficácia meramente argumentativa (ou, como se costuma dizer, persuasiva). E o que legitima a distinção entre precedentes (ou enunciados de súmula) dotados de eficácia vinculante e precedentes (ou enunciados de súmula) dotados de eficácia meramente argumentativa ou persuasiva é a amplitude do contraditório, capaz de assegurar uma participação qualificada em sua formação.²⁴⁰

Essa segunda corrente ainda mantém uma concepção estática sobre o sistema dos "casos-precedentes", por partir das técnicas de vinculação que já estão previstas na lei e na Constituição. O ordenamento jurídico brasileiro, porém, é mais amplo, por também envolver a positivação do direito pela via judicial, de modo que a força dos argumentos jurídicos pode se fazer valer na sistemática dos "casos-precedentes".

A terceira corrente²⁴¹, assumida por Teresa Wambier, entende que o art. 927 não regula os precedentes vinculantes, em razão da falta de coerção na hipótese de inobservância do juiz ou Tribunal que deixar de cumprir com o que está previsto no referido dispositivo. Logo, segundo esta corrente, a vinculação aos precedentes só pode ser garantida pelo instituto processual da reclamação, que está previsto no art. 988 do CPC/2015. Assim sendo, a terceira corrente rejeita a ideia de que o art. 927 fixa precedentes vinculantes, mas defende que existe a sistemática de precedentes vinculantes no rol do art. 988.

No discurso quanto à vinculação aos precedentes, esta terceira corrente expõe dois problemas: (1º) no rol do art. 988, também constam as súmulas e as teses jurídicas resultantes

²³⁸CRAMER, idem, 2016, p. 185: na obra de Ronaldo Cramer, esta corrente é posicionada como sendo a terceira; alterou-se aqui a ordenação dada pelo autor, para adaptar à ordem de citação feita neste trabalho.

²³⁹CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018, pp. 177-286.

²⁴⁰CÂMARA, idem, 2018, p. 183.

²⁴¹CRAMER, idem, 2016, p. 184: na obra de Ronaldo Cramer, esta corrente é identificada como sendo a segunda e não a terceira.

das demandas repetitivas, que não têm como ser confundidas com as “razões relevantes” dos precedentes; e (2º) o instituto da reclamação não é o instrumento apto à vinculação do caso ao precedente, em virtude de não corresponder à dinâmica de vinculação pelas vias ordinárias. Neste último quesito, cabe salientar que a reclamação não é recurso; trata-se de “uma medida excepcional, eminentemente política, destinada a preservar a competência e a efetividade dos julgados da Corte²⁴²”. A coercibilidade dessa medida retira o seu valor argumentativo.

Na classificação proposta por Hermes Zaneti Jr.²⁴³ quanto ao grau de vinculação dos precedentes, já mencionada, a via extraordinária que conduz à observância do precedente se realiza quando há maior grau de força vinculante. No entanto, por ter a natureza jurídica de medida excepcional, a reclamação não deve ser a regra. O caráter democrático do processo está lastreado no ônus argumentativo. Este ônus da argumentação racional também cabe às Cortes, sendo as vias recursais ordinárias o espaço apropriado de formação do precedente.

Portanto, ainda que a reclamação seja uma via legítima, não se pode esperar que a vinculação aos precedentes brasileiros seja efetivada a partir disto. Do contrário, a reclamação poderia deixar de ser uma exceção na ordem processual para se tornar uma regra do sistema de "casos-precedentes", o que provocaria uma anomalia no sistema de justiça brasileiro.

A quarta corrente²⁴⁴ promove a interpretação constitucional do art. 927, de modo a negar a eficácia vinculante do dispositivo processual, em razão de que: (1º) o CPC/2015 não teria o condão de estabelecer a vinculação aos precedentes, por ser matéria reservada à CF/88; (2º) logo, o art. 927 seria inconstitucional; e (3º) por haver a associação dos precedentes com o art. 927, não caberia sequer considerar a vinculação aos precedentes para além da CF/88. Na linha de Nelson Nery Jr. e Cassio Scarpinella Bueno²⁴⁵, para os que defendem tal posição, a vinculação aos precedentes só pode ser amparada pelas normas constitucionais, como são os casos da súmula vinculante e do controle abstrato de constitucionalidade.

Ronaldo Cramer salienta que esta interpretação da quarta corrente esquece o fato de que a vinculação normatizada pela CF/88, relativa às súmulas vinculantes e ao controle de constitucionalidade, tem como propósito atingir “também a Administração Pública direta e indireta, o que inclui o Poder Executivo²⁴⁶”. Assim, o problema desta quarta corrente está na leitura incompleta das normas constitucionais. Mas não é só neste quesito que a quarta corrente faz uma interpretação restritiva da CF/88. Esta corrente é também indiferente a

²⁴² DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 242.

²⁴³ZANETI Jr., idem, pp. 344-346.

²⁴⁴CRAMER, idem, 2016, p. 186.

²⁴⁵CRAMER, idem, 2016, p. 186.

²⁴⁶CRAMER, idem, 2016, p. 189.

respeito das funções constitucionais das Cortes Supremas, regidas nas normas de organização judiciária. Assim, enquanto a quarta corrente interpreta a CF/88 para contestar o sistema de vinculação aos precedentes, a quinta e última corrente faz a interpretação oposta da CF/88.

Portanto, esta proposta de tese fica com a quinta e última corrente sistematizada por Ronaldo Cramer. Nesta corrente, estão Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, mas é preciso fazer uma ressalva nesta tomada de posição, qual seja: a de que o raciocínio teórico de uma corrente não exclui o outro modelo de interpretação jurídica. Na ciência aberta do direito, não há lugar para a exatidão científica. Os motivos jurídicos que dão azo à adesão teórica desta pesquisa quanto aos argumentos articulados especialmente por Daniel Mitidiero merecem um item específico, que vem na sequência deste.

2.2.4 A Função do STJ de Padronizar a Interpretação

Já no primeiro capítulo, foi trazida a posição teórica de Daniel Mitidiero quanto ao modelo que distingue as duas Cortes Judiciais brasileiras: as Cortes Superiores; e as Cortes Supremas. Dentre as Cortes Supremas, estão o STF e o STJ. Por ter a competência de dar unicidade à interpretação do direito federal, o STJ atua com a função de Corte de Precedentes, à luz do art. 105, III, c, da CF/88. Esta qualificação do STJ enquanto Corte de Precedentes é baseada em dois aspectos: o do papel institucional; e o da valoração aos "casos-precedentes".

No entanto, de acordo com Elaine Macedo e Alexei Chapper, vale ressaltar: “esta é uma opção política que o sistema adotou e cada vez mais vem adotando, não é, portanto, da essência do modelo jurisdicional²⁴⁷”. Os autores lembram a tese de Castanheira Neves sobre os “Assentos”, em torno dos quais se estampou “a ideia de univocidade do direito, na tentativa de buscar a unidade da legislação pela unidade da jurisdição²⁴⁸”. Dessa maneira, não é de se estranhar a comparação dos "assentos" portugueses com a história dos padrões decisórios brasileiros, em torno dos quais está a se atribuir o valor de precedentes.

Na Constituição Imperial Brasileira de 1824, em seu art. 163, dispunha-se sobre o Supremo Tribunal de Justiça, que não era equivalente ao STJ da CF/88. Uma das atribuições deste STJ da Constituição Imperial era a de firmar “assentos” para fins de uniformizar o direito. A pesquisa de Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza registra este fato histórico dos

²⁴⁷ MACEDO, Elaine Harzheim; e CHAPPER, Alexei Almeida. O Papel Institucional do Superior Tribunal de Justiça no Sistema Processual e o Novo Código de Processo Civil / In. **Revista Brasileira de Direito**, 11(2): 115-125, jul.-dez. 2015, p. 117. Fonte: www.seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/851 [acesso: 13.01.19].

²⁴⁸MACEDO e CHAPPER, idem, 2015, p. 118.

“assentos” na organização judiciária da monarquia, com o qual cabe comparar à função da Corte de Precedentes, nos termos a seguir:

O Dec. 2.684, de 23.10.1875 concedeu ao STJ competência para tomar assentos para “intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellasocorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instancia, nas causas que cabem na sua alçada”.²⁴⁹

Não se pode afirmar, contudo, que exista alguma similaridade entre os "assentos" e os precedentes. Ainda assim, a ideia de uma Corte de Precedentes parece vir da herança iluminista do direito processual civil brasileiro, visto que a aplicação da *ratio* do precedente não se distanciaria da aplicação da lei, aonde se erige o que é tido por racional e, na lógica jurídica do sistema, exclui-se o que é considerado irracional. Os sistemas de legalidade e de precedentes não parecem muito diferentes neste aspecto, uma vez que, o fato de não seguir o precedente, pode indicar que a decisão jurídica é irracional.

Por isto, vale retomar a crítica de Ovídio Baptista da Silva com relação ao anseio racionalista por uniformizar a jurisprudência. Crítica que é pertinente trazer na íntegra, aonde o estudo de Castanheira Neves sobre os “assentos” está referenciado, conforme segue:

A. Castanheira Neves, no estudo há pouco mencionado, examinando a missão dos tribunais superiores, criação do liberalismo do século XVIII, mostra que a função originariamente imposta à *cassação* – qual seja a “defesa em abstrato da lei” –, é um dos tantos ideais do Iluminismo que a história sepultou, assim como deveríamos ter superado o desejo de uniformizar a jurisprudência, objetivo que o nosso ordenamento jurídico constitucional ainda persegue, através dos recursos de índole extraordinária. Na verdade, a uniformização da jurisprudência não é nem possível e nem desejável.²⁵⁰

Dois pontos merecem destaque nesta citação do processualista: o primeiro, é a nota histórica que permite associar a ideia da Corte de Precedentes às Cortes de Cassação, presentes nos sistemas francês e italiano; e segundo, é o reconhecimento de que, em suas palavras, “o desejo de uniformizar a jurisprudência” corresponde a um “objetivo que o nosso ordenamento jurídico constitucional ainda persegue”.

No campo jurídico-político, a legitimidade do STJ decorre da CF/88, mas também do espaço de experiência acumulado na sua atuação enquanto Corte de Interpretação. Neste espaço de legitimidade institucional, o STJ não exerce somente a função pública de formação dos padrões decisórios, orientada a dar unidade ao direito. A função recursal também está

²⁴⁹ DIDIER Jr., Fredie; e SOUZA, Marcus Seixas. Formação do Precedente e Amicus Curiae no Direito Imperial Brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876 / In. **Revista de Processo**, Ano 38: vol. 220, junho-2013, p. 409. Fonte: www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/4447 [acesso em 13.01.19].

²⁵⁰SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 249.

presente neste espaço de legitimidade do STJ, devendo-se entender por tal função aquela que se volta para o interesse concreto de resolução do conflito jurídico que está em jogo.

Conforme a tese de Paula Pessoa Pereira, considera-se que “toda disputa jurídica surge a partir de um problema que ocorreu no caso concreto e, por isso mesmo, a função de resolução de disputas é imprescindível na atuação jurisdicional²⁵¹”. A jurista associa a referida função de resolução de disputas à função privada, entendendo que “o desempenho da função privada é ínsito ao exercício da função jurisdicional²⁵²”.

Neste sentido, deve-se admitir os ganhos epistêmicos do pensamento tópico na teoria do direito, que caracterizam os precedentes como mais um “lugar-comum” (um *topoi*) dentro do repositório jurídico. Vale retomar a lição de Theodor Viehweg, conforme segue:

A função dos topoi (...) consiste, pois, no fato de servir à discussão dos problemas. Disso, decorre que eles devem ter uma especial importância enquanto se trata da esfera de problemas determinados, cuja natureza vem sendo o fato de não perder de todo o próprio caráter problemático. No alterar de situações e de casos particulares se deve encontrar, pois, cada vez mais, novas informações para se fazer tentativas de resolver o problema. Os topoi, intervindo em auxílio, recebem em torno de si o próprio sentido do problema.²⁵³

Devido a essa confluência entre as funções pública e privada, atinentes à atividade jurisdicional do STJ, não é possível reduzir o papel desta Corte Suprema apenas ao interesse público dirigido à coletivização do direito, uma vez que, sem a particularização orientada para o problema, o direito judicial não é retroalimentado de informações que visam resolver as controvérsias jurídicas. Assim, o horizonte de expectativa quanto ao direito ao processo justo pressupõe que o modelo de Corte de Precedentes padronize a interpretação com a “necessária individualização do caso: a lide, a ser decidida por um precedente, abarca previamente uma questão fática a ser examinada²⁵⁴”.

Este é o equívoco teórico de reduzir o STJ à função de Corte de vértice, como se fosse o único vetor da interpretação do direito e só lhe coubesse esta função. Por isto, pode-se falar em preponderância de funções atribuídas pela CF/88 e pelo CPC/2015, sem negar que os juízes e Tribunais também interpretam o direito. É o que sugere Daniel Mitidiero no modelo de Cortes Supremas disposto na CF/88, a seguir: “O Supremo Tribunal Federal e o Superior

²⁵¹ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos Precedentes**: universalidade das decisões do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 147.

²⁵² PEREIRA, idem, 2014, p. 147.

²⁵³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos; trad. da 5ª edição alemã, de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, pp. 39-40.

²⁵⁴ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 577.

Tribunal de Justiça são cortes em que prepondera a função de nomofilaquia interpretativa em detrimento do escopo de controle da juridicidade das decisões recorridas²⁵⁵”.

A função de nomofilaquia interpretativa é realizada pela unidade do direito, por meio dos padrões jurídicos decisórios estabelecidos pelas Cortes Supremas. Este quadro constitucional coloca o STJ no papel de Corte de Interpretação, pois lhe cabe dar unidade ao direito federal. Esta atribuição é constitucional, estando prevista na CF/88. Por isto, explica-se o motivo do STJ ser qualificado como Corte de Precedentes, por ser a Corte Suprema em matéria de uniformidade interpretativa da legislação infraconstitucional.

Daí não ser possível concordar com Lenio Streck, quando afirma em suas palavras que “O que sustenta o precedente de Mitidiero é a *autorictas*²⁵⁶”. Essa análise ignora o fato de que o modelo de Corte de Precedentes tem como base institucional a CF/88; e, do ponto de vista valorativo, está formatado nas normas e nas diretrizes interpretativas do CPC/2015. Há uma ideia equivocada quanto ao modelo de Corte de Precedentes, tendo em vista que neste modelo de sistema de justiça há o propósito de padronizar a interpretação, conferindo maior objetividade hermenêutica às decisões judiciais. Não há o objetivo de definir o sentido último do texto jurídico, como se ele só pudesse ser interpretado pela Corte Suprema.

É certo que o papel desempenhado pelo STJ não o induz a abdicar do controle de juridicidade para apenas padronizar a interpretação jurídica, tendo essa função estabelecida pelo modelo constitucional de Corte Suprema. Ocorre que o direito fundamental ao processo justo requer essa nomofilaquia interpretativa, em razão da necessidade de uma fundamentação jurídica adequada à historicidade do processo. Esse é o fundamento do critério diacrônico de interpretação do padrão decisório.

2.3 O Fundamento Jurídico-Processual da Padronização

A valoração do modelo de precedentes tem como horizonte a racionalidade das decisões jurídicas, com o objetivo de reduzir a discricionariedade judicial. Hermes Zaneti Jr. pontua que o “modelo de precedentes é racional porque completa o círculo de interpretação jurídica, (...) na qual prepondera a função das cortes de vértice, das Cortes Supremas²⁵⁷”. Esta pretensão teórica de aperfeiçoar os padrões jurídicos decisórios através de um modelo de Corte de Precedentes não pode ser confundida com o racionalismo metodológico.

²⁵⁵MITIDIERO, idem, 2014, p. 98.

²⁵⁶STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**. Salvador: Editora JusPodium, 2018, p. 132.

²⁵⁷ZANETI Jr., idem, 2015, p. 353.

É neste campo metodológico do processo judicial – atinente à teoria da decisão jurídica e não à discussão sobre os precedentes – que deve haver o enfrentamento da crítica de Ovídio Baptista da Silva. Esta é uma crítica apropriada ao contexto histórico e institucional representado no modelo das Cortes Superiores; e não ao modelo de uma Corte de Precedentes. Isto porque a ideologia racionalista do direito, criticada pelo jurista e associada ao controle da jurisprudência, diz respeito à fase do cognitivismo processual e tem origem nas Cortes de Cassação do sistema jurídico francês. As Cortes Superiores, assim, exercem a mesma função das Cortes de Cassação.

Antes de tudo, portanto, deve-se apresentar esta questão: como funciona o modelo de Cortes Superiores e como pode funcionar o sistema de justiça brasileiro no horizonte de expectativas do direito ao processo justo pela fundamentação adequada ao processo? Em primeiro lugar, cabe compreender que o modelo de Cortes Superiores nada mais é do que um modelo de controle de legalidade. Este modelo tem por finalidade garantir que a interpretação do direito se cinja à lei. Não examina, logo, o caráter criativo da jurisprudência, nem sequer pode conceber a gama de possibilidades interpretativas do juiz de primeiro grau, uma vez que exerce o controle do “dito da lei”. Neste sentido, vale citar uma passagem da teoria dos dois modelos de Corte, de Daniel Mitidiero:

O modelo de Corte Superior (...) assume como pressuposto teórico a existência de uma *verdadeira e própria norma legislativa pré-existente ao momento da aplicação judicial*, cuja função está em *simplesmente declarar a sua exata interpretação*. A tarefa da interpretação judicial está na *descoberta* desse significado, *intrínseco ao texto legislativo*. Daí a compreensão da Corte Superior como uma Corte voltada para *tutela da legalidade* – aí entendida como *controle da exata interpretação da norma pré-existente e unívoca outorgada pelo legislador*.²⁵⁸

Desta forma, é importante reposicionar a crítica no seu contexto de aplicação, para fins de interpretar os modelos jurídicos trazidos no passado e projetados no futuro do devido processo dos precedentes brasileiros. Está claro que a crítica aponta para o modelo de Cortes Superiores, devido à função de controle de legalidade que provoca a ineficiência do sistema de justiça, em razão do escopo revisional dos recursos que chegam até às Cortes Superiores. A função deste modelo de Cortes Superiores é de controle do sentido da lei, ajustada à ideia de interpretação jurídica conformada à mera exegese da lei. Diferente deste é o modelo de Cortes Supremas, aonde está radicada a expressão "Corte de Precedentes" para qualificar o STJ.

O fato de haver a unidade da jurisdição, neste contexto de Cortes Superiores, traz prejuízos à eficiência da justiça, em razão da ideia de que as Cortes devam funcionar como última instância a definir o sentido último da lei. Em oposição a esta ideia de interpretação

²⁵⁸MITIDIERO, idem, 2014, p. 41.

jurídica, no modelo de Cortes Supremas, ao contrário, caminha-se do controle de legalidade à interpretação do direito, fazendo convergir a unidade de jurisdição com a unidade do direito, com a finalidade de aperfeiçoar a eficiência do sistema de justiça, ao trazer a preponderância dos papéis jurisdicionais e, com isto, propiciar o devido processo dos precedentes.

No horizonte de expectativa do modelo de Corte Suprema, há a valoração jurídica democrática da colaboração processual, legitimadora da funcionalidade do STJ enquanto "Corte de Precedentes". Esta concepção se opõe ao modelo autoritário de cognição processual do órgão julgador. Vale afirmar: o modelo de Corte Suprema não se confunde com o modelo de Corte Superior e as críticas referentes à valoração do STJ enquanto Corte de Precedentes estão equivocadas, por se dirigirem ao modelo de Corte Superior. A ideologia racionalista está presente nos modelos da cognição processual e das Cortes Superiores; e não no modelo da Corte de vértice da interpretação.

Na cognição processual, entende-se que o juiz ou o Tribunal proferem o direito que está na lei, sem a participação dos sujeitos do processo no ato decisório. Na teoria de Daniel Mitidiero, o modelo de Corte Suprema insere a colaboração processual dos órgãos do judiciário e mapeia as funções constitucionais das Cortes de Justiça no Brasil, expondo o problema histórico e interpretativo do modelo de Cortes Superiores. Por meio da interpretação jurídica diacrônica do devido processo dos padrões decisórios, o passado histórico pode servir de alerta para readequar o direito ao processo justo com os fundamentos decisórios apoiados na unidade do direito; isto é, no modelo de Corte Suprema da interpretação. Daniel Mitidiero descreve dessa maneira:

Essa particular maneira de entender, expressar e interpretar o Direito deve ser entendida ainda no quadro mais amplo das relações entre as funções do Estado. Vale dizer: no âmbito da teoria da *separação dos poderes*. Nessa perspectiva, a redução do Direito à legislação e a compreensão da interpretação como ato de simples conhecimento levam a uma organização política que vê no *legislador o criador da norma*, encarregado da redação do texto e da outorga de sentido, e no *juiz um simples aplicador mecânico da norma pré-existente*.²⁵⁹

Eis o motivo pelo qual a proposta hermenêutica desta tese, em certo sentido, visa dar sequência e retomar a teoria dos dois modelos de Corte, de Daniel Mitidiero. A base de justificação teórica, porém, está relacionada à interpretação jurídica diacrônica da vinculação aos fundamentos decisórios da Corte de Interpretação. A interpretação diacrônica observa na teoria de Daniel Mitidiero o horizonte de expectativa quanto à sistemática de vinculação aos padrões decisórios, sem ignorar o espaço de experiência judicial, aonde a crítica à Corte de Precedentes está presa. Por estarem presos ao sistema de legalidade do passado, os críticos do

²⁵⁹MITIDIERO, idem, 2014, pp. 40-41.

modelo de Corte de vértice interpretam os "casos-precedentes" a partir tão somente do espaço de experiência judicial brasileiro. Esta experiência racionalista não tem espaço na expectativa projetada sobre o modelo-ideal de Corte Suprema; ou seja, na função do STJ enquanto Corte de Precedentes.

Esta discussão teórica pode ser recolocada no plano de uma interpretação jurídica diacrônica, aonde a expectativa lançada sobre os padrões decisórios das Cortes não abdica de compreender o passado histórico dessas Cortes, de modo a também considerar o espaço de experiência interpretativo. A partir disto, é possível notar que as críticas ao modelo de Corte de Precedentes estão a olhar apenas para o “fantasma racionalista” do passado, enquanto que o modelo de precedentes parece mirar apenas para o futuro dos padrões decisórios.

A interpretação jurídica diacrônica acolhe tanto a experiência do passado como a expectativa do futuro sobre o sistema processual civil. Não chega, assim, a equipar a *ratio* dos precedentes ao processo de interpretação da lei, vendo apenas o “fantasma racionalista”, nem fica um modelo-ideal que dê conta da compreensão sobre os padrões decisórios das Cortes. Neste sentido, a interpretação jurídica diacrônica em torno do direito ao processo justo busca a vinculação aos fundamentos decisórios adequados ao processo.

Em toda interpretação jurídica, o jurista tem diante de si os recursos dogmáticos e teóricos que o auxiliam na fundamentação jurídica do processo. A historicidade dos padrões decisórios interpretados no processo é verificada na própria doutrina inglesa dos precedentes. De acordo com Rupert Cross e J. W. Harris, "*the historical sources of law*" podem ser ligados à interpretação originalista, à interpretação mediata ou à interpretação imediata²⁶⁰. Os autores fazem referência aos escritos de Coke e à interpretação dos institutos de direito romano neste aspecto da historicidade para a compreensão dos precedentes, conforme segue:

In this sense the writings of Bracton and Coke and the works of other great exponents of English law are sources of law, for they enunciate rules which are now embodied in judicial decisions and Acts of Parliament. In this sense, too, Roman law and medieval custom are sources of English law (...)²⁶¹.

Para Rupert Cross e J. W. Harris, esse é um importante trabalho situado nos livros de jurisprudência analítica, que facilitam a compreensão em torno das *rationes decidendi*²⁶². Essa compreensão da historicidade dos padrões decisórios no processo, devido à colaboração processual, resulta na abertura à discussão crítica. Os desacordos conceituais são próprios do ambiente democrático e das práticas jurídicas democráticas.

²⁶⁰ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law** - fourth edition - New York: Clarendon Press, 2004, p. 166.

²⁶¹ CROSS and HARRIS, idem, 2004, p. 166.

²⁶² CROSS and HARRIS, idem, 2004, p. 167.

Essa democratização processual sustenta a legitimidade dos padrões decisórios. É relevante propor, assim, essa prática judicial democrática ao modelo de Corte de Precedentes. Dessa forma, pode-se pensar na atuação do STJ enquanto Corte de Precedentes.

Nos marcos teóricos desta pesquisa, por práticas democráticas do STJ no modelo de Cortes Supremas, pressupõe-se que: (1º) o STJ não pode atuar de forma autoritária perante os juízes e órgãos do sistema judiciário, evitando-se ao máximo impor por meios autônomos a interpretação jurídica da Corte, sem que haja a reforma da decisão pelas vias ordinárias, visto que o papel correcional cabe ao CNJ e não à Corte de vértice da interpretação; (2º) o STJ não pode agir de forma arbitrária, resguardando o “dever fundamental de motivação” e a “eficácia jurídica horizontal” que leva a Corte de Precedentes a seguir as *rationes* dos seus precedentes; (3º) os precedentes do STJ devem estar em harmonia com as decisões do STF, respeitando-se as competências jurisdicionais e a “eficácia jurídica vertical” dos fundamentos decisórios do STF; (4º) o STJ deve manter disponíveis as informações sobre os seus precedentes, por meio da transparência na rede mundial de computadores; e (5º) o STJ deve ampliar as formas de participação processual nas suas decisões, para fins não só de legitimá-las, como também para prover maior qualidade às *rationes* dos precedentes.

Deve-se registrar a contribuição da tese de Gisele MazzoniWelsch neste último quesito da qualificação técnica da *ratio* dos precedentes. Dando maior destaque aos processos repetitivos junto à Corte Suprema, a autora defende que o *amicus curiae* seja uma exigência do sistema processual civil, “de forma necessária e não apenas como uma mera faculdade do juiz quando julgar pertinente, visando a necessidade de formação de precedente (...)”²⁶³. Os argumentos da autora são convincentes no que concerne à observância da Corte Suprema em face do princípio da colaboração processual das agências reguladoras, “considerando o alto índice de ações que discutem prestação de serviço concedido, permitido e autorizado, bem como as relações de consumo (...)”²⁶⁴.

Esta política judicial da Corte Suprema nos processos repetitivos também é válida para a formação dos demais padrões decisórios. Conforme se verificou no capítulo anterior, a partir de Popper e Koselleck, tem-se o momento em que a interpretação sobre os precedentes é democratizada no processo judicial. Essa democratização dos conteúdos jurídicos envolve o devido processo democrático de construção participativa dos fundamentos decisórios. Para que a decisão seja justa e efetiva, a interpretação jurídica deixa de pertencer ao campo judicial

²⁶³WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 152.

²⁶⁴WELSCH, idem, 2016, p. 152.

para atingir a toda a sociedade. Provoca-se, nesta acepção da gramática social, uma semântica que é compartilhada pelos atores sociais do direito brasileiro.

Deste modo, as exigências sociais em relação ao processo justo, tal como sucedeu na história do *common law*²⁶⁵, passam a criar constrangimentos políticos institucionais sobre os órgãos do judiciário, caracterizados como “grupos de pressão²⁶⁶” pela ciência política. Os constrangimentos institucionais decorrem do discurso que é produzido socialmente, que não mais está só restrito às exigências do cumprimento da lei, mas também abarca o respeito aos padrões decisórios. Os usos dos “casos-precedentes” no cotidiano social brasileiro permitem que o “homem comum” traga o argumento de que “existe um precedente nesta matéria”; isto por lhe ser dado a conhecer os “casos-precedentes”, em razão da transparência pública das Cortes Supremas junto à rede mundial de computadores.

Portanto, o critério diacrônico de interpretação dos padrões decisórios do STJ tem como expectativa a objetividade hermenêutica da Corte de Precedentes, derivada da realidade constitucional do modelo de Cortes Supremas. Entretanto, deve-se sim entender que a teoria dos dois modelos de Corte, de Daniel Mitidiero, merece ser aprofundada e melhor justificada, para fins de atender às demandas pragmáticas da interpretação jurídica, estendidas ao corpo de juízes e não somente aos Ministros das Cortes Supremas. Compreende-se que o STJ possui este papel de Corte de Precedentes, desde que o devido processo cooperativo (democrático) legitime a política judicial da Corte Suprema na formação dos “casos-precedentes”.

Por isto mesmo, o critério diacrônico não obscurece o pano de fundo histórico e cultural sobre o qual o direito brasileiro foi forjado. Neste ponto, é relevante a crítica de Lenio Streck e Georges Abboud²⁶⁷ quanto à interpretação das *rationes* do processo não ser adstrita à Corte de Precedentes, uma vez que a interpretação do direito não tem baias que a reduzem às Cortes. Assim, o critério diacrônico para demarcar a vinculação aos padrões decisórios vem afirmar que a interpretação do direito é operacionalizada por todo o sistema de justiça. Vale dizer que a interpretação jurídica sobre o espaço de experiência e o horizonte de expectativa dos fundamentos decisórios no processo está no tempo do Estado Democrático de Direito.

O critério diacrônico de interpretação jurídica-processual, dessa forma, coloca-se como proposta metodológica de fundamentação adequada no processo, a partir de precedentes do STJ. A vinculação ao “caso-precedente” está no horizonte de expectativa do processo justo; porém, a interpretação acerca deste processo justo é concretizada no espaço de experiência do

²⁶⁵SCHAUER, idem, 2015, pp. 75-92.

²⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política** – 10ª ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2003, pp. 426-428.

²⁶⁷ABBOUD, idem, 2016, p. 578.

processo. O modelo de precedentes atende à interpretação, mas não é exclusivamente nele que se realiza o direito ao processo justo pela fundamentação adequada no processo vinculado ao "caso-precedente". Deve-se analisar o espaço de experiência histórico e jurídico-processual.

2.4 Racionalizando o Processo Justo dos "Casos-Precedentes"

Na abordagem popperiana do método diacrônico de Koselleck, ao se examinar o modelo de precedentes considerado no horizonte de expectativa do processo justo, admite-se que a história do direito brasileiro tem abertura para a mudança conceitual ligada ao conceito de padrões decisórios. A dinâmica do processo justo pelo direito à objetividade hermenêutica quanto aos padrões decisórios é valorada com a conceitualização de "casos-precedentes". As críticas voltadas à busca pela estabilização dos fundamentos decisórios nas Cortes Supremas demonstram a insatisfação em torno de decisões jurídicas tidas como irracionais.

Assim, considerar a possibilidade histórica de mudanças conceituais na dogmática jurídica brasileira com relação à conceitualização de precedentes pode levar à compreensão da crise de identificação dos fundamentos decisórios. Esse é o questionamento proposto por José Rodrigo Rodriguez, em ensaio crítico que formula a reflexão a seguir:

A pergunta que se coloca nesse ponto é a seguinte: diante das mudanças ocorridas no campo das teorias da racionalidade jurisdicional, as quais têm mostrado que o texto normativo deixou de ser ponto de chegada da qualificação jurídica dos fatos para se tornar ponto de partida dos raciocínios interpretativos muito mais complexos do que se concebia até então, não estaríamos vivendo a constatação de que o pensamento dogmático está sofrendo uma transformação e não uma crise? Não parece razoável afirmar que estamos saindo de um padrão de racionalidade centrada em dogmas, subsunção e critérios de validade binários e nos movendo na direção de uma racionalidade centrada em argumentos, regras de argumentação e critérios procedimentais de validade?²⁶⁸

Em sentido inverso, no sistema do *common law* a tendência tem sido de construir justificações favoráveis ao raciocínio jurídico legal. Existem quatro teses básicas em defesa do formalismo legalista neste contexto histórico, de acordo com Scott Shapiro²⁶⁹: na primeira tese, entende-se que o legalismo promove uma maior restrição à discricionariedade judicial; na segunda tese, há a ideia de que o legalismo resulta numa maior determinação do direito; na terceira tese, existe a defesa do conceitualismo jurídico e da estrutura piramidal dos conceitos legais; e na quarta tese, postula-se que a lei é capaz de purificar o direito e afastá-lo do juízo moral na sua lógica normativa.

²⁶⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Para uma Pedagogia da Incerteza: a dogmática jurídica como experimento e como imaginação / In. **Dogmática é Conflito**: uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 61-62.

²⁶⁹ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge, Massachusetts: Belknap of Harvard University Press, 2013, pp. 241-242.

Verifica-se em tais justificações a compreensão de que a teoria do direito pode ser neutralizada em conceitos fechados da lei. No entanto, isso parece contradizer a realidade dos interesses em jogo no processo judicial. O procedimento democrático das Cortes Supremas é uma exigência do Estado Democrático de Direito e do compromisso político-institucional de ampliar a participação social no processo. Foi o que houve na ADI n. 3.510, na discussão sobre a Lei de Biossegurança junto ao STF, com a realização do procedimento de audiência pública, celebrizando-se a democratização processual no que Jânia Maria Lopes Saldanha e Angela Araújo da Silveira Espíndola qualificam por processo pós-burocrático²⁷⁰.

A democratização do processo civil pode ser racionalizada no processo justo, por meio da co-participação processual na interpretação do direito. A racionalidade jurídica difere do processo político da democracia representativa, pelo fato de que não há o sufrágio para a escolha dos juízes brasileiros, embora a indicação política dos Ministros das Cortes Supremas funcione como uma espécie de eleição indireta. Na comparação entre as Cortes Supremas (STF e STJ), a experiência forense e as diferentes funções jurisdicionais demonstram que a indicação de um membro do STJ está mais inclinada para o aspecto técnico-jurídico, o que confere um sentido menos político e mais técnico à escolha. Com isto, não se pode dizer que há maior legitimidade na indicação dos membros do STJ, pois o que está por trás disto é o tipo de legitimidade que se privilegia no ato de escolha.

Estes tipos de legitimidade estão conectados com a história e a cultura de um povo e do Estado Nacional em questão. As expectativas democráticas sobre a legitimidade do STJ dão uma ênfase técnico-jurídica à escolha dos seus membros, sendo este tipo de legitimidade técnica que gera maior confiança em torno da prestação jurisdicional voltada para o processo justo. É preciso concordar com Andrei Koerner neste assunto: “O Judiciário norte-americano é completamente diferente, pois o juiz é considerado como um representante político e, pelo sistema do *common law*, ele é produtor de direito²⁷¹”.

No entanto, a legitimidade constitucional do STJ diante do estabelecimento de padrões decisórios relativiza a ideia de que o ato judicial decisório não produz o direito. No ato de interpretar e aplicar o direito, há produção de argumentação jurídica pelo sistema de

²⁷⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. A Jurisdição Constitucional e o Caso da ADIN n. 3.510: do modelo individual – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo / In. **Jurisdição e Processo**: efetividade e realização da pretensão material; (org.) Jeferson Dytz Marin. Curitiba: Juruá, 2008, p. 70.

²⁷¹ KOERNER, Andrei. A Análise Política do Direito, do Judiciário e da Doutrina Jurídica / In. **Constituição e Política na Democracia**: aproximações entre direito e ciência política; (org.) Daniel WeiLiang Wang. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 37.

justiça. Os fundamentos jurídicos decisórios dos "casos-precedentes" e dos demais padrões decisórios com efeito vinculante são, assim, fontes interpretativas do direito positivo.

Na teoria geral da interpretação, essa noção de que a decisão judicial produz o direito está relacionada à distinção entre o texto jurídico e a norma jurídica que é interpretada a partir do texto. Nas palavras de Manfredo Araújo de Oliveira, baseadas na segunda fase da fenomenologia de Wittgenstein, tem-se que “Mesmo seguindo as mesmas regras, ninguém joga do mesmo modo²⁷²”. Eis o motivo pelo qual o critério diacrônico de interpretação é uma proposta ligada à historicidade do processo, pois em cada processo há um jogo que qualifica a interpretação do "caso-precedente" na fundamentação justa.

A analogia com o jogo ajuda a justificar o fato de que o juiz, enquanto jogador de um jogo que tem regras já estabelecidas, acaba produzindo também a linguagem destas regras com as suas decisões. As regras já estão postas na sintaxe do ordenamento jurídico, não sendo criadas na sua forma sintática; porém, o que faz o jogo funcionar é a aplicação destas regras, sendo tais regras ressignificadas nos seus contextos pragmáticos de interpretação de cada uma das jogadas jurídicas. Na dinâmica do processo justo, o que estabelece a semântica das regras processuais dos padrões decisórios é a linguagem jurídica. A interpretação jurídica diacrônica se realiza neste plano linguístico em suas formas sintática, semântica e pragmática, de modo que os significados sobre o "caso-precedente" são interpretados na historicidade do processo.

Na linguagem jurídica-processual, os aspectos ideológicos e políticos acabam por estar encobertos e assim é que deve funcionar o processo judicial. O fato de se reconhecer que há conteúdos ideológicos e políticos nas concepções sobre a teoria do direito é científico, mas não propositivo. Por isto, é preciso destacar a falácia argumentativa que se apresenta no conceito de “governo dos juízes”, pois tal conceito de “governo” é estritamente político e não se aplica à ideia que existe sobre os juízes. Para Otto Pfersmann, “a expressão ‘governo dos juízes’ induz à ideia de que algumas pessoas encarregadas por definição de fazer A e de não fazer B fazem realmente B²⁷³”. Desta forma, sendo a expressão “governo dos juízes” baseada na conjunção de dois conceitos cujos significados parecem contraditórios, segundo o jurista, o conceito de “governo dos juízes” é um oximoro²⁷⁴.

De acordo com Otto Pfersmann, o oximoro é uma técnica retórica muito utilizada na literatura político-jurídica, por ter “um valor expressivo e emotivo muito forte, visto que

²⁷²OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 144.

²⁷³ PFERSMANN, Otto. **Positivismo Jurídico e Justiça Constitucional no Século XXI**; trad. e org. de Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 122.

²⁷⁴PFERSMANN, idem, 2014, p. 122.

ele apela para a ideia de que existe alguma coisa que é, em si mesmo, uma contradição e, portanto, algo monstruoso²⁷⁵”. Trata-se, afinal, de uma técnica linguística de convencimento, mas sem qualquer densidade conceitual, tendo por objetivo apenas causar impacto. Conforme esclarece o jurista: “O que há de conceitualmente monstruoso é um governo dos juízes numa democracia²⁷⁶”. Sendo assim, tal técnica retórica não pode ter lugar no discurso científico, em especial quando se trata do estabelecimento de padrões decisórios por parte das Cortes.

Daí ser adequado falar em “política judicial” das Cortes, por compreender não só a gestão judiciária de “casos-precedentes”, como também a democratização do processo civil. A modelagem de “casos-exemplares” referentes ao procedimento jurídico sobre os padrões decisórios é um parâmetro a ser levando em conta no direito ao processo justo, como foi feito no “caso-exemplar” do julgado do STF acerca da Lei de Biossegurança. Os mecanismos propiciadores da “cidadania processual ativa” invocada por Häberle, no sentido de um *status activus processualis*²⁷⁷, formatam modelos democráticos de processo através da formação participativa de “casos-precedentes” nas Cortes Supremas.

Neste viés interpretativo do processo justo, junto com Elaine Harzheim Macedo, entende-se que “O paradigma de jurisdição de normas – jurisdição como mera declaração da vontade da lei – está superado²⁷⁸”. No sentido dado à “política judicial” do sistema de justiça, a autora conclama a democratização do processo civil, verificando a transição “para um novo modelo, ainda que mais próximo do sistema *common law* com ele não se confundindo²⁷⁹”. Isto porque, no contexto cultural do *civil law* brasileiro, passou-se “a exigir um juiz atuando como representante do povo, verdadeiro e único detentor da soberania jurisdicional (...)”²⁸⁰.

Essa “representação do povo” na perspectiva do direito ao processo justo deve ser interpretada nas duas acepções: no sentido formal da participação no procedimento; e no sentido substancial da efetividade do processo. É o que se depreende do estudo de Friedrich Müller acerca deste conceito de “povo” na democracia, quando considera que: “Ambas, a decisão (enquanto coparticipação “do povo”) e a implementação (enquanto efeitos produzidos

²⁷⁵PFERSMANN, idem, 2014, p. 123.

²⁷⁶PFERSMANN, idem, 2014, p. 123.

²⁷⁷HÄBERLE, idem, 2013, p. 89.

²⁷⁸ MACEDO, Elaine Harzheim. Jurisdição e Processo: soberania popular e processo democrático como espaço de construção do direito do caso concreto / In. **Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito**; (org.) Elaine Harzheim Macedo, Daniela BoitoMaurmann Hidalgo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 66.

²⁷⁹MACEDO, idem, 2015, pp. 66-67.

²⁸⁰MACEDO, idem, 2015, p. 67.

“sobre o povo”), devem ser questionadas democraticamente²⁸¹”. Em face deste quadro, junto com a colaboração processual na formação participativa de precedentes (no devido processo formal), o judiciário brasileiro terá que dar efetividade à sistemática desses padrões jurídicos decisórios (no devido processo substancial), por meio da adequação do processo às *rationes* do “caso-precedente”, para fins de realização do direito ao processo justo.

2.5 A Individuação dos Fundamentos Decisórios no Processo

A efetividade do sistema de precedentes não imputa ao juiz a obrigatoriedade de sempre seguir o precedente. O juiz pode não seguir o precedente que é arguido no processo. Contudo, caberá ao juiz sempre observar o dever de motivação das decisões judiciais, seja para seguir, seja para não seguir as *rationes decidendi*. Por meio das técnicas processuais dos padrões decisórios, que levam a seguir ou a não seguir o "caso-precedente", há a motivação das decisões judiciais, em conformidade com o teor do art. 489 do CPC/2015. Deste modo, ao ser aplicada alguma dessas técnicas processuais na motivação judicial, é observado o aspecto formal do direito ao processo justo, pelo fato de ser exaurida a argumentação jurídica que racionaliza o que deve e o que não deve vincular a decisão judicial ao precedente.

No dever de motivação das decisões judiciais em que são expostos argumentos em relação aos padrões decisórios, aplicando-se, então, a técnica processual da distinção do caso ou da superação do entendimento jurídico vigente, ainda é preciso considerar a possibilidade de reforma da decisão judicial, com a garantia do direito ao contraditório. Tendo em mente que o princípio do contraditório é uma das maiores expressões da democratização processual, por exigir o diálogo racional, deve-se reconhecer que a aplicação de tais técnicas processuais têm relação com o direito de contraditar os argumentos jurídicos desenvolvidos no processo e, por isto, manifestar o direito fundamental ao processo justo.

O fato de seguir ou não seguir o padrão decisórios exige a aplicação das técnicas de fundamentação decisória, que está exposta ao contraditório do processo. A decisão judicial terá que enfrentar os contra-argumentos que são trazidos no processo, em sua motivação que vincula ou não-vincula o processo ao padrão decisório. Por tal motivo, a gramática jurídica do direito processual civil pode ser aperfeiçoada para compreender que o juiz ou colegiado irá "abrir" o texto jurídico do padrão decisório e depois fazer o juízo de "adequação" do processo. Ao abrir o texto jurídico, conforme expressou Maurício Ramires em trabalho anteriormente citado, há a interpretação do texto que forma o convencimento jurisdicional quanto a seguir

²⁸¹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** – a questão fundamental da democracia; trad. Peter Naumann; revisão da tradução: Paulo Bonavides – 7ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.

ou não seguir as *rationes decidendi* do "caso-precedente". Ao realizar o juízo de adequação dessas *rationes decidendi* no processo, há a aplicação dessas *rationes decidendi* individuadas nos fundamentos decisórios.

Neste processo dialógico²⁸², a norma fundamental da colaboração processual deve ser observada para contribuir com o resultado da exposição de motivos da decisão judicial. Os motivos expostos na decisão judicial podem gerar a vinculação do processo à *ratio decidendi* do precedente. Caso isto não aconteça, os motivos expostos devem justificar a não vinculação à *ratio decidendi* do precedente, através da aplicação de alguma técnica processual. Portanto, a primeira técnica a ser aplicada na concreção do direito ao processo justo é a interpretação do texto com a individuação da *ratio decidendi* do precedente; e, por conseguinte, o afastamento da “palavra morta” do precedente, a *obter dicta*, que nem sequer necessita ser expressa nos motivos da decisão judicial.

Possivelmente, tal individuação da *ratio decidendi* e o consequente isolamento da *obter dicta* venham a constituir o maior desafio técnico no horizonte de expectativa judicial do direito ao processo justo, não sendo diferente das dificuldades enfrentadas no sistema do *common law* em sua experiência judicial. É o que Thomas da Rosa de Bustamante salienta:

Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. 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 controverso. Talvez este seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*.²⁸³

No ângulo da teoria geral da interpretação, avançou-se na crítica de que há uma espécie de cognição da *ratio decidendi*, como se esta viesse a ser revelada pelo juiz. Porém, tal concepção ainda existe nas práticas judiciárias. Ainda que haja o espaço de experiência e o horizonte de expectativa normativo, nesta descrição das práticas judiciárias também é preciso interpretar a experiência judicial e a expectativa histórica e cultural das instituições jurídicas brasileiras. É na historicidade dos fenômenos jurídicos que a expectativa histórica se mostra assustada pela experiência racionalista.

Ao confrontar a experiência racionalista, o critério diacrônico de interpretação do processo procura superar este cognitivismo interpretativo. Pode-se empregar as palavras de Michele Taruffo nesta metódica diacrônica que individualiza a *ratio decidendi* no processo, ao dizer que “não se trata de simples ‘revelação’ ou ‘reconhecimento’ da norma idônea a

²⁸²Prefere-se a terminologia “dialógico” à expressão “dialético”, para ampliar a noção quanto à complexidade do diálogo que se faz ouvir, no lugar de se combater (o que a origem platônica e hegeliana da dialética sugerem).

²⁸³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

resolver a controvérsia, mas sim de escolha entre vários critérios de juízo relevantes (...) ²⁸⁴”. Os critérios de escolha quanto à individuação da *ratio decidendi* implicam, segundo o jurista, em “diversas ‘hipóteses’ ou ‘modelos de decisão’ alternativos, ou seja, uma série de possibilidades entre as quais o juiz escolhe a solução (e, portanto, a ‘norma’ que entende idônea para a decisão) da controvérsia ²⁸⁵”.

Nesta acepção técnica da individuação da *ratio decidendi*, o critério diacrônico de interpretação auxilia na indicação das “hipóteses” ou dos “modelos de decisão”, com base nos posicionamentos das Cortes Supremas e na interpretação da *ratio decidendi* sobre o caso concreto. Consoante Michele Taruffo: “os ‘modelos de decisão’ que constituem as diversas hipóteses possíveis de *rationes decidendi* são, portanto, construídos tendo-se em conta, além das normas, as características peculiares do próprio caso que deve ser decidido ²⁸⁶”.

O problema da vinculação à *ratio decidendi*, então, é transposto para o juiz natural do processo. Acontece que este juiz de primeiro ou de segundo grau deverá individualizar a *ratio decidendi*, tomando por referência o “caso-precedente” julgado pela Corte Suprema. Daí advém outra dificuldade, decorrente das decisões plurais nos colegiados das Cortes, qual seja: a *ratio decidendi* está no voto do relator do processo que foi acompanhado pelo colegiado ou está no conjunto seletivo dos votos?

Na primeira hipótese, a individualização da *ratio* é facilitada pela concentração do intérprete apenas sobre os fundamentos determinantes expostos pelo relator. Todavia, há uma falha grave nesta simplificação, mesmo quando a decisão do colegiado for unânime acerca do resultado principal do “caso-precedente”. A falha está nas entrelinhas da pluralidade de votos, aonde pode haver divergências nas razões relevantes do precedente. Por isto, tal método de só observar o voto isolado do relator pode não corresponder à interpretação adequada da *ratio* do precedente, por aproximá-la do enunciado normativo de súmula vinculante.

A segunda hipótese, portanto, parece ser a mais adequada, até mesmo por força do princípio da colegialidade. A lição de Ronaldo Cramer é direta neste ponto: “Considerando o princípio da colegialidade, o precedente somente pode resultar do julgamento do colegiado do tribunal, e não do julgamento monocrático do relator ²⁸⁷”. Para formar o precedente, então, é devido considerar a pluralidade dos votos do colegiado. Entretanto, o problema remanesce em

²⁸⁴ TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil**; trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 203.

²⁸⁵TARUFFO, idem, 2015, p. 203.

²⁸⁶TARUFFO, idem, 2015, p. 204.

²⁸⁷CRAMER, idem, 2016, p. 133.

razão da necessidade de individualização da *ratio* que é extraída de uma decisão plural não unânime, por decorrência da força hermenêutica dos argumentos jurídicos dissidentes.

No sistema do *common law*, a tentativa de resolver este problema gerou a técnica do *narrowest grounds*²⁸⁸, que consiste na individuação da *ratio* do precedente a partir da narrativa predominante que compõe os votos da decisão plural. Contudo, notou-se o equívoco jurídico desta técnica, que era o de ignorar “o motivo pelo qual a ‘narrowest’ posição deveria automaticamente ser considerada autorizativa²⁸⁹”, além de ser rejeitada a *opinion* dissidente para a formação plural da *ratio* do precedente. O fato é que o *narrowest grounds* considerava somente a narrativa que predominava sobre os votos, sem levar em conta as motivações vinculadas ao resultado do precedente, de modo que os fundamentos jurídicos secundários de uma decisão plural eram aproveitados nas razões relevantes de uma outra decisão.

O dissídio jurisprudencial não chega a ser uma técnica da teoria dos precedentes, por estar presente na história do sistema processual civil brasileiro. Entretanto, a hipótese do dissídio pode contribuir para a formação da *ratio* do precedente e constitui mais uma técnica de democratização do processo, por ampliar a interpretação jurídica no discurso dissidente. No caso do REsp.1.771.815²⁹⁰, a 3ª Turma do STJ interpretou o art. 942, do CPC/2015, que trata do resultado não unânime da apelação, aonde “o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores²⁹¹”, de forma a considerar a possibilidade de mudança do voto do julgador na outra sessão em que participam outros julgadores, visto que a ampliação dos argumentos jurídicos pode modificar a interpretação sobre o processo.

Esta abertura à modificação do voto quando há a nova sessão de julgamento com outros julgadores, na hipótese do art. 942, é um sinal de que a formação pluralista da *ratio* do precedente decorre do diálogo racional travado nas decisões colegiadas. As expectativas sobre a *ratio* nas decisões plurais não unânimes, assim, diversificam a interpretação jurídica e, no lugar de tornar mais dificultoso o argumento jurídico que individualiza a *ratio*, solidificam o teor democrático – pela discussão judicial – dos fundamentos jurídicos decisórios.

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 69-77.

²⁸⁹MARINONI, idem, 2017, p. 70.

²⁹⁰**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.771.815 - SP. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. APELAÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JULGAMENTO NÃO UNÂNIME. TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO. ART. 942 DO CPC/2015. NATUREZA JURÍDICA. TÉCNICA DE JULGAMENTO. CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DEVOTO. POSSIBILIDADE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA (Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; 3ª Turma do STJ; Data de Julgamento: 13/11/2018). Fonte eletrônica: <http://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa> [acesso em 23.01.19].**

²⁹¹Extraído do art. 942, do Código de Processo Civil: Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015; da República Federativa do Brasil.

Nada impede que haja a aplicação da técnica de ressalva de entendimento, que na teoria dos precedentes recebe o nome de *disapproval precedent*²⁹². No debate do colegiado, essa técnica tem aptidão "para influir concretamente na reformulação de entendimentos sem interferir negativamente na segurança jurídica e na expectativa das partes"²⁹³. Dessa forma, o precedente é seguido pelo colegiado, havendo a ressalva por parte de membro integrante da Corte com a fundamentação jurídica contrária às *rationes decidendi*, mas com a preservação do precedente na decisão colegiada.

2.6 A Expectativa de Igualdade na Coerência do Processo Justo

Na teoria dos precedentes, é conhecida a expressão *treat likes cases alike*, sendo o direito formal à igualdade o pressuposto básico do sistema de precedentes²⁹⁴. Em trabalho essencial sobre o tema da igualdade no direito processual civil, Rafael Sirangelo de Abreu tece a mesma relação desenvolvida nesta pesquisa entre o direito ao processo justo e o modelo de precedentes, conforme expressa:

A finalidade do processo só será plenamente atingida se, ao lado da preocupação *particular e subjetiva* na obtenção de uma *decisão justa*, for também considerado essencial, em perspectiva *geral e objetiva*, o respeito ao *precedente*. É possível, assim, colocar a *unidade da ordem jurídica - pela uniformidade de tratamento - como um dos resultados desejáveis* pelo estado ao estruturar um processo que respeita e promove os direitos fundamentais processuais e, portanto, o direito fundamental ao processo justo, na perspectiva da sociedade.²⁹⁵

O direito fundamental ao processo justo, nesta análise, está ligado à igualdade de tratamento jurídico-processual, que é pressuposta na democracia. Na justificativa pela busca de critérios de decisão justa baseados na coerência das *rationes decidendi*, o mesmo jurista argumenta que: "É tarefa do precedente reduzir o âmbito de equivocidade inerente à atividade interpretativa, permitindo que haja previsibilidade das decisões judiciais"²⁹⁶.

É por tal razão que Daniel Mitidiero, em obra publicada com Michele Taruffo, registra que os precedentes estão dentre os desafios da Justiça Civil Brasileira²⁹⁷. Ao comentar sobre a necessidade de compreender os precedentes, o autor enumera que: (1º) o "precedente é

²⁹² CARVALHO, Mayara de. Ressalva de Entendimento e Valorização da Primeira Instância no Sistema de Precedentes Brasileiro / In. **Precedentes**; (coord.) Fredie Didier Jr. [et al.]. Salvador: Juspodium, 2015, p. 745.

²⁹³ CARVALHO, idem, 2015, p. 745.

²⁹⁴ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de Precedentes e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 266.

²⁹⁵ ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e Processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 119.

²⁹⁶ ABREU, idem, 2015, p. 119.

²⁹⁷ TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A Justiça Civil**: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 490.

um conceito qualitativo, porque depende da qualidade das razões invocadas para a justificação da questão decidida (...) ²⁹⁸"; (2º) é um conceito material, pois "os precedentes operam sobre fatos que delimitam o contexto fático-jurídico a partir do qual surgiram ²⁹⁹"; (3º) é um conceito funcional, visto que "os precedentes são oriundos de cortes institucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito de como determinado desacordo interpretativo deve ser resolvido ³⁰⁰"; e (4º) o precedente sempre vincula o processo, "porque encarna a interpretação da Constituição ou da legislação federal em que se consubstancia a própria norma ³⁰¹".

Significa dizer que os precedentes são constructos histórico-dogmáticos do direito ao processo justo, tendo em vista que neles são invocadas as fundamentações jurídicas que se fundam nos elementos fáticos-jurídicos do processo que pode estar vinculado à padronização interpretativa das Cortes Supremas. Ou seja, a compreensão da historicidade dos precedentes brasileiros está na interpretação do "horizonte de expectativa" do processo justo e não apenas atrelada ao "espaço de experiência" do direito, a partir do critério diacrônico de interpretação da fundamentação jurídica ajustada ao processo judicial.

O direito ao processo justo e os precedentes, assim, têm relação na hermenêutica, por haver o padrão interpretativo dos fundamentos jurídicos colacionados para a decisão justa. De acordo com Nelson Saldanha, essa "ligação do *Direito* com a necessidade de explicitação e certeza revela, inclusive, a ordem jurídica como *ordem do previsível* (...) ³⁰²". Dessa forma, a previsibilidade jurídica é a expectativa legítima do direito ao processo justo, universalizável aos sujeitos do processo em igualdade de direitos e deveres.

O dever de coerência está relacionado à igualdade em seu efeito externo. Na lição de Fredie Didier Jr. em ensaio específico sobre o assunto, admite-se que nesse sentido externo a coerência é "uma imposição do princípio da igualdade ³⁰³". Isso porque o dever de coerência jurídica está associado a todos os processos judiciais conformados à padronização do direito. Além disso, essa dimensão externa da coerência jurídica, segundo Fredie Didier Jr., "reforça o inafastável caráter histórico do desenvolvimento judicial do Direito: o direito dos precedentes

²⁹⁸ MITIDIERO, idem, 2018, p. 491.

²⁹⁹ MITIDIERO, idem, 2018, p. 491.

³⁰⁰ MITIDIERO, idem, 2018, p. 491.

³⁰¹ MITIDIERO, idem, 2018, p. 492.

³⁰² SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 175.

³⁰³ DIDIER Jr., Fredie. O Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência / In. **Crise dos Poderes da República**: judiciário, legislativo e executivo; (coord.) George Salomão Leite, Lenio Streck, Nelson Nery Junior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 434.

forma-se paulatinamente, em uma cadeia histórica de decisões, que vão agregando sentido e dando densidade à norma jurídica geral construída a partir de um caso concreto³⁰⁴.

Esses apontamentos sobre a coerência jurídica no histórico dos precedentes estão refletidos no critério diacrônico de interpretação, para fins de justificar a fundamentação justa no processo judicial. Assim, procedimentaliza-se a dimensão interna do dever de coerência na "construção do precedente e, por isso, no dever de fundamentação³⁰⁵".

2.7 Conclusões Parciais: da expectativa à experiência

Neste segundo capítulo, o conceito de padrão decisório foi valorado ao modelo de precedentes. No critério diacrônico de interpretação, o "horizonte de expectativa" conceitual é discursivo e está articulado aos movimentos históricos prospectados numa nova compreensão da realidade. A realidade do direito processual civil brasileiro, com a promulgação e vigência do CPC/2015, foi impactada e até antecedida pela valoração ao modelo de precedentes. No anseio da segurança jurídica, proteção da confiança, isonomia e boa-fé objetiva, os discursos jurídicos científicos e a retórica jurídica das Cortes Supremas indicaram uma mudança com relação à compreensão dos fenômenos jurídicos.

O valor de precedente depende da capacidade exemplificativa e argumentativa das Cortes Supremas, no tocante a promover a auto-referência aos seus precedentes e a ampliar a participação processual. A expectativa que paira sobre a fundamentação justa no processo faz parte do critério diacrônico de interpretação. Entretanto, não é só através da expectativa que o critério diacrônico de interpretação sobre a realidade histórica do direito tem aplicação. Pelo contrário, a interpretação da experiência possui peso maior, por identificar aquilo que já está conhecido na reconstrução da história.

No próximo capítulo, é desenvolvida uma interpretação dessa experiência junto ao STJ, a partir das transformações operadas no campo do direito privado brasileiro. A proposta do terceiro capítulo inclui a formulação do conceito de devido processo dos precedentes, mas cabe considerar que a referência ao devido processo está ligada à ideia de processo justo, bem como, a referência aos precedentes corresponde ao conceito próprio que lhe é empregado no cotidiano da justiça, no sentido de indicar os "casos-precedentes" do STJ ou, como se sugere, para atribuir aos padrões decisórios a valoração jurídica-processual de precedentes.

³⁰⁴ DIDIER Jr., *idem*, 2017, p. 435.

³⁰⁵ DIDIER Jr., *idem*, 2017, p. 436.

3 A EXPERIÊNCIA DE PROCESSO JUSTO NA INTERPRETAÇÃO DIACRÔNICA DA HISTORICIDADE DO DIREITO

O terceiro e último capítulo está longe de pretender ser uma interpretação jurídica do passado anterior à democratização do regime jurídico-constitucional brasileiro. Por tratar do espaço de experiência jurisdicional do STJ, evita-se cometer o vício acadêmico que levou Luciano Oliveira a redigir um artigo intitulado nesta crítica aos trabalhos que versam sobre a história ou a historicidade do direito: “Não fale do Código de Hamurábi!³⁰⁶”

Desta maneira, a expectativa trazida para o leitor deste capítulo é positiva no que tange à recusa de fazer uma referência histórica descontextualizada, assim como, na recusa ao trabalho “manualesco”. Todas as referências históricas são trazidas para que a interpretação diacrônica seja utilizada como método de trabalho jurídico-processual, seja para compreender a historicidade do direito, seja para aplicar essa tese à interpretação jurídica de precedentes do STJ, conforme demonstrado nos três tópicos finais deste capítulo.

Este capítulo envolve dez itens, com subitens. Os dois primeiros itens abordam a temporalização crescente dos precedentes na história do direito brasileiro. A seguir, nos itens três e quatro, o “espaço de experiência” processual do STJ justifica os precedentes como uma fonte de interpretação do direito brasileiro. Os itens cinco e seis desenvolvem os argumentos jurídicos para um modelo diacrônico de devido processo dos precedentes e questionam a aplicação das técnicas decisórias restritas aos precedentes, no sentido de que são úteis para qualquer decisão judicial e funcionam para além de uma teoria dos precedentes.

O sétimo item abarca dois subitens, com a finalidade de tratar da *ratio decidendi*: o núcleo normativo que vincula as decisões posteriores. Consiste na norma do precedente. Por isto, pode-se dizer que é o elemento nuclear do precedente, em torno do qual existem textos sem a menor importância para as decisões posteriores, tratados como “letra morta” contida no precedente, a *obiter dicta* ou *obiter dictum*.

A autoridade do precedente está neste texto normativo do precedente (nas *rationes decidendi*) e, por tal razão, não dá para determiná-lo em termos abstratos, exceto no que concerne à ideia vaga e ambígua de que as *rationes* são os “motivos determinantes”, ou os “fundamentos nucleares” que justificam a vinculação processual ao precedente. A partir da noção de que a *ratio decidendi* só pode ser buscada na interpretação do processo, não há como ser pré-determinado o conceito jurídico de *ratio decidendi*. Ao contrário do que é debatido no

³⁰⁶ OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e Outros Ensaio de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, pp. 137-167.

direito processual civil quanto ao conceito de precedente, portanto, a *ratio* do precedente é o seu texto normativo, que só pode ser interpretado no momento em que o operador do direito está diante do processo judicial.

Por estar relacionado à autoridade do precedente, não há como distinguir o texto normativo (a *ratio*) da autoridade que o emana (a *autorictas*). O problema conceitual desta autoridade de direito, contudo, está na degradação política que o conceito de *autorictas* sofreu ao longo da história do direito público, em virtude da justificação do absolutismo monárquico formulada por Thomas Hobbes neste axioma: *auctoritas, non facit legem veritas*. No entanto, o conceito político-jurídico de *autorictas* na organização institucional dos deveres-poderes do Estado Democrático de Direito em nada equivale à *potestas* de um direito individual privado, indo muito além da concepção decisionista de Thomas Hobbes. Daí a justificação do resgate da história deste poder secular das “autoridades de direito”, como um paralelo à compreensão histórica da autoridade do precedente.

No segundo subitem (3.7.2) do item sobre a *ratio decidendi*, retoma-se a análise centrada nas narrativas jurídicas, com vistas a preparar o terreno para a apresentação da teoria diacrônica de processo justo dos precedentes. Nas articulações teóricas conduzidas pela teoria hermenêutica, após o excursus histórico pertinente ao conceito de *auctoritas* ligado ao “poder de decidir” o direito (a *ratio*), é abordada uma outra relação discutida na teoria geral do direito e na teoria dos precedentes, qual seja: a relação entre o direito processual civil e a literatura. O ponto de intersecção entre ambos está na análise da narrativa processual, mas em matéria de interpretação da obra jurídica não há dúvida de que a mesma requer objetividade, ao contrário do subjetivismo permitido na interpretação literária.

O capítulo é finalizado com a proposta teórica da interpretação jurídica diacrônica do processo justo de padrões decisórios. Ao final (e a todo o momento), o que se está a tratar é do direito à fundamentação justa no processo judicial vinculado ao padrão decisório.

3.1 O Processo Justo no Tempo dos "Casos-Precedentes"

A interpretação jurídica diacrônica parte da ideia de que a cultura brasileira de um devido processo dos precedentes é desenvolvida pela eficácia simbólica e pela temporalização da eficácia jurídica dos procedimentos advindos das autoridades de direito e da autoridade da *ratio decidendi* sobre o sistema de justiça. A história brasileira do sistema de precedentes está, assim, marcada pela repetição contínua dos processos judiciais que encontram orientação nos seus símbolos culturais que envolvem as autoridades de direito e nos seus ritos processuais. O

fato de que a cultura brasileira está imersa na ideia de autoridade da lei imprime uma marca simbólica de resistência à mudança para um sistema de precedentes.

Neste aspecto simbólico, o processo judicial reproduz o sistema de precedentes no tempo histórico deste devido processo. Ainda que o devido processo dos precedentes também tenha amparo na lei processual civil, assim como, nas normas constitucionais de organização judiciária, não há a cultura de precedentes neste espaço de experiência. Conforme anota Oscar Chase, “não é possível separar de maneira estanque as atividades simbólicas e instrumentais do processo³⁰⁷”. Nesta vertente sociológica, o autor faz uma analogia do processo judicial com o jantar comemorativo em família, aonde “o apetite é saciado ao mesmo tempo em que os laços afetivos são reafirmados³⁰⁸”.

Acontece que a autoridade dos precedentes brasileiros não é tão levada à sério na prática jurídica-processual. Há uma explicação retirada de Oscar Chase para este fenômeno cultural, qual seja: “Como a maioria dos rituais, o processo de pacificação de disputas possui uma tendência conservadora, recorrendo à tradição³⁰⁹”. Numa linguagem simbólica transposta ao devido processo dos precedentes, pode-se dizer que há o tabu da autoridade da lei e, por isto, ainda há de se superar o totem simbolizado na ideia de um direito jurisprudencial cuja função seria aquela de declarar o sentido da lei.

Assim sendo, há o equívoco de se pensar que os precedentes teriam a função de declarar o sentido da lei. Esta suposição hipotética deriva do modo como é compreendida a interpretação jurídica. Há juristas que entendem que a interpretação jurídica descreve uma norma pré-existente e que, logo, o objeto da interpretação não é o texto jurídico e sim esta norma pré-existente. O critério diacrônico de interpretação, ao contrário desse entendimento, compreende que o texto jurídico está dissociado da norma jurídica, com momentos distintos que se dão no “espaço de experiência” do texto e no “horizonte de expectativa” da norma.

O fato de existirem significados concorrentes é o que leva à não-neutralidade dos termos que são empregados na interpretação jurídica. Verifica-se, assim, que o imaginário em torno deste direito jurisprudencial que declara o único sentido do texto da lei constitui um dos maiores empecilhos à aceitação da autoridade de precedentes. No imaginário jurídico, há a ideia de que o sistema judicial não tem como se desvencilhar do “cognitivismo interpretativo” que formatou a teoria da jurisdição.

³⁰⁷ CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada; trad. Sergio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 168.

³⁰⁸ CHASE, idem, 2014, p. 168.

³⁰⁹ CHASE, idem, 2014, p. 169.

Este espaço de experiência interpretativo, fincado no cognitivismo interpretativo, insinua-se também na preferência que há por usar o termo “padrões decisórios”, quando se faz referência aos “precedentes”. Parece tratar-se de um subterfúgio conceitual que visa negar a possibilidade de precedentes brasileiros. O termo “padrões decisórios” está ligado à teoria da decisão jurídica e produz um distanciamento em relação à teoria dos precedentes. Vale dizer, desde logo, que há diferenças entre a teoria da decisão jurídica e a teoria dos precedentes.

O critério diacrônico de interpretação da fundamentação justa vem valorizar o termo “precedentes”. A expressão "padrões decisórios" pode elucidar a referência implícita aos precedentes brasileiros, tendo em conta que tais precedentes são uma espécie deste gênero que também inclui outras decisões jurídicas com efeito vinculante. No período que antecipou a mudança da lei processual civil, a partir do critério diacrônico de interpretação sobre a historicidade do direito, considera-se a possibilidade de um devido processo dos precedentes como aberta e a sua observação pode ser feita na eficácia jurídica dos "casos-precedentes".

A eficácia jurídica dos precedentes do STJ junto ao sistema judicial brasileiro é realizada mediante a eficácia simbólica de uma Corte de Precedentes. Todavia, só é possível considerar que há uma Corte de Precedentes quando esta Corte Suprema venha a observar os seus próprios precedentes, na eficácia jurídica horizontal dos precedentes. Este é um aspecto ligado à democratização processual do STJ, por conta do tratamento isonômico nas decisões judiciais. A igualdade formal das decisões judiciais vinculadas ao precedente reveste o mesmo manto democrático da igualdade formal perante a lei.

Pelo mesmo motivo, no âmbito da eficácia jurídica vertical dos precedentes, há a democratização processual nos níveis hierárquicos institucionais quando os juízos de primeiro e segundo grau de jurisdição resolvem, de forma motivada, seguir os precedentes do STJ em suas decisões judiciais. O tratamento judicial igualitário atribuído à unidade interpretativa das questões de direito é o que confere valor universal à decisão jurídica vinculada ao precedente. Do ponto de vista substancial, a universalidade do direito judicial já constitui, em si mesmo, o devido processo democrático dos precedentes; mas há ainda a democratização processual na vinculação das decisões judiciais aos precedentes do STJ, a partir da colaboração processual dos órgãos do judiciário para dar conta desta eficácia jurídica vertical.

Em termos simbólicos e jurídicos, a funcionalidade do STJ na posição de Corte de Precedentes requer que a citada Corte Suprema também respeite a eficácia jurídica vertical em face dos precedentes do STF. O devido processo dos precedentes depende desta harmonização processual entre as duas Cortes Supremas, em razão do espaço institucional democrático que é ocupado por cada órgão junto à ordem jurídica constitucional.

Assim, o aspecto formal da democratização processual está garantido, através do compromisso institucional com relação aos papéis jurisdicionais demarcados pela CF/88. Na acepção substantiva, a democratização processual tem fundamento na efetividade do processo justo. Tal conformação ao processo justo resulta da participação ampla no processo judicial e da adequação isonômica da *ratio decidendi* do precedente. Daí o motivo pela qual o exercício do processo civil democrático não é referente apenas às Cortes Supremas, mas também aos demais órgãos do judiciário, que devem efetivar a ampla participação processual e perseguir a interpretação adequada para igualar o caso concreto à *ratio decidendi* da decisão precedente.

O paradoxo de uma autoridade democrática reside no fato de que, no espaço em que há a decisão da autoridade, questiona-se a democracia. A autoridade das Cortes Supremas deve estar conformada ao processo justo; isto é, ao devido processo dos precedentes. Somente assim, pela atividade judicante do processo justo, é realizada a legitimidade democrática da autoridade dos precedentes. Na interpretação jurídica diacrônica dos precedentes das Cortes Supremas, o processo justo é aquele que deve expressar a transparência processual dos precedentes e a colaboração processual na formação da *ratio decidendi* dos precedentes.

O processo justo é o ideal normativo da interpretação jurídica diacrônica, em vista da realidade de decisões judiciais previsíveis que o “espaço de experiência” e o “horizonte de expectativa” apresentam. A proibição de decisões judiciais surpreendentes, neste sentido, é o efeito jurídico do processo justo dos precedentes. Mediante a participação no processo judicial e a ciência do precedente que pode ser aplicado ao caso concreto, efetua-se o espaço jurídico de experiência institucional que conduz à decisão judicial esperada pelos sujeitos do processo.

Este fundamento do processo justo reforça, inclusive, a tese do efeito retroativo do novo precedente. Desde a sistemática processual anterior ao CPC/2015, o jurista Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior defende a possibilidade de que o “novo precedente em sentido não surpreendente” venha a ser aplicado aos processos que ainda estão em curso e que, além disto, possa ensejar ação rescisória e impugnação ao cumprimento de sentença fundada na inconstitucionalidade do título judicial, a partir do art. 475-L, II, § 1º, do CPC anterior³¹⁰.

De acordo com o jurista, “o *novo precedente em sentido não surpreendente* é aquele que surge, quando os tribunais superiores, na função de dar a última palavra e unificar a interpretação da Constituição e da legislação federal (STF e STJ, respectivamente) julgam

³¹⁰ ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Lisboa: Editorial Juruá, 2012, pp. 240-242.

pela primeira vez a matéria (*leading case*), produzindo decisão paradigmática³¹¹”. Admite-se que o devido processo dos precedentes do STJ possa afetar os processos que ainda estejam em curso, desde que, por sua adequação processual contemporânea ao processo, haja a irradiação da *ratio decidendi* do novo precedente sobre o caso concreto.

A interpretação jurídica diacrônica do precedente poderá, portanto, contribuir com a mudança de expectativa sobre o resultado do processo que ainda está em curso. O respaldo jurídico desta mudança de expectativa, porém, requer a fundamentação justa do caso concreto ao "caso-precedente". Registra-se, com isto, que o espaço jurídico de experiência do processo justo do precedente não é adstrito às Cortes Supremas, uma vez que se revela na dinâmica do devido processo jurisdicional, realizada junto aos órgãos hierárquicos inferiores do judiciário, na adequação processual da *ratio decidendi* ao caso concreto.

Assim, os efeitos retroativos e prospectivos do devido processo dos precedentes competem também aos juízos de primeiro e segundo grau de jurisdição, na medida em que a temporalidade do precedente venha a acompanhar a temporalidade do processo judicial que está em curso. Entretanto, coadunam-se ao processo justo os princípios da boa-fé objetiva e da duração razoável do processo, de modo que a mudança de expectativa da decisão judicial no processo que ainda está em curso não pode ser repentina.

Significa afirmar que a duração razoável é requisito do processo justo, posto que não há legitimidade jurídica para aplicar o novo precedente nos processos que perduram sob a expectativa de *ratio decidendi* do precedente anterior. Neste sentido, convém lembrar que a norma de proibição do comportamento contraditório também vale para a atividade judicante, o que faz o processo justo também pressupor a boa-fé judicial. Dada a relevância disto, esta questão será retomada no item referente aos princípios do devido processo dos precedentes.

3.2 Uma Historicidade da Coletivização do Direito

Para entender a gênese da interpretação que alguns juristas brasileiros efetuam sobre o art. 927 do CPC/2015, deve-se partir do caráter constitutivo deste modo de ver a legitimidade da vinculação aos precedentes. Este modo de ver está lastreado na ideia de que o conceito de precedente brasileiro é amplo e decorre da lei. Este aspecto é normativo e entende que o precedente brasileiro é toda decisão anterior que vincula as decisões posteriores, como se dá, por exemplo, com os enunciados normativos de súmula vinculante, que estão previstos

³¹¹ATAÍDE Jr., *idem*, 2012, p. 240.

no art. 927 do CPC/2015, junto com outras hipóteses de vinculação. Esta é a forma tradicional de entender os precedentes brasileiros, por meio da ideia de que a legitimidade da vinculação ao que se considera ser precedente está baseada neste preceito legal do CPC/2015.

A forma tradicional de interpretação, portanto, coaduna-se com a própria tradição jurídica do direito brasileiro, tendo em conta que a tradição jurídico-romana é codificada em leis que legitimam o direito. Por isto, tanto esta forma de interpretação, quanto aquela que vê no art. 988, do CPC/2015, a fonte de legitimidade da vinculação aos precedentes, têm assento no espaço de experiência normativo da tradição jurídica.

O argumento histórico e cultural com respeito à tradição jurídica nem precisa vir à tona nestas interpretações dos precedentes brasileiros, em virtude deste espaço de experiência do sistema codificado ser pressuposto. Desta maneira, tal argumento jurídico está voltado para a interpretação das normas do CPC/2015, na compreensão acerca do sistema de precedentes; e, neste sentido, quanto maior o grau de regramento em torno das disposições legais tidas como precedentes, maior parece ser a legitimidade da vinculação jurídica aos precedentes.

Por causa disto, há obstáculos interpretativos quanto à ideia de que a vinculação aos precedentes possa prover apenas dos artigos 489 e 926, do CPC/2015, em razão das vagezas conceituais das expressões jurídicas que são empregadas nas referidas disposições legais. Para as interpretações apegadas à tradição jurídica, não há suficiente precisão técnica na semântica de termos aparentemente vagos do tipo “motivos determinantes”, “distinção”, “superação”, “direito estável”, “direito íntegro” e “direito coerente”.

Por isto, justifica-se a interpretação jurídica diacrônica sobre o devido processo dos precedentes, por relacionar-se ao repositório argumentativo em torno desses conceitos. Na diacronia do devido processo, revelam-se os passos do sistema de precedentes. Este item tem como propósito registrar quais foram estes passos que legitimaram a vinculação às decisões jurídicas das Cortes Supremas. O item posterior está destinado à análise específica da posição institucional do STJ como Corte Suprema de precedentes, com especial atenção ao campo do direito privado.

Um dos motivos que explica esse histórico de vinculação aos precedentes é de natureza política. Consiste no quadro global de avanço do judiciário sobre o vácuo dos demais poderes constitucionais³¹². Dois fenômenos jurídicos decorrem deste fato: o da judicialização da política; e o do ativismo judicial. José Tesheiner e RennanThamay esclarecem a diferença

³¹²TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? / In. **The Global Expansion of Judicial Power**; edited by C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder. New York: New York University Press, 1995, pp. 27-37.

entre tais fenômenos do seguinte modo: “A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política³¹³”; enquanto que “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance³¹⁴”.

Para abordar a judicialização e os ativismos do judiciário, Ran Hirschl realizou um estudo em quatro países: Canadá; Israel; Nova Zelândia; e África do Sul³¹⁵. Para o autor, o neoconstitucionalismo é um movimento político-jurídico que ajudou a estratificar a camada tecnocrática de uma nova elite (estatal), composta por juízes e membros do sistema de justiça. Ele definiu tal fenômeno político pelo nome de “juristocracia”, aonde a técnica jurídica estaria à serviço da política dominante. Sem querer entrar no mérito específico deste estudo, por fugir do alcance desta investigação, é válido lembrar que tal problema teve como causa a omissão política dos demais poderes, ao menos na realidade do continente americano.

Com respeito ao ativismo judicial, para além do constitucionalismo e sob o ângulo da efetividade dos resultados práticos do processo, o estudo de Marco Félix Jobim acerca da doutrina de Owen Fiss aponta para as medidas estruturantes³¹⁶. Na realidade processual do antigo Código Buzaid, Marco Félix Jobim trouxe a interpretação do art. 461 daquele diploma anterior para aplicá-lo não só no campo das obrigações, mas também como um instrumento jurídico apto a ser utilizado pelo STF na proposta de um ativismo judicial equilibrado pelas medidas estruturantes³¹⁷.

Verificou-se, neste sentido, uma preocupação da Ciência Processual Civil quanto à decisão de mérito justa e efetiva. A Emenda Constitucional nº 45, conhecida como Reforma do Judiciário, que introduziu o CNJ como órgão controlador, expressou a duração razoável do processo como norma fundamental e inseriu as técnicas de vinculação na CF/88, antecipando o programa normativo do CPC/2015 com a finalidade de gestão dos processos judiciais em curso. Elaine Harzheim Macedo e Daniele Viafore reconhecem que: “De modo geral, diversas

³¹³TESHEINER e THAMAY, idem, 2015, p. 275.

³¹⁴TESHEINER e THAMAY, idem, 2015, p. 275.

³¹⁵HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2007, pp. 50-99.

³¹⁶ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 92-105.

³¹⁷JOBIM, idem, 2013, pp. 197-199.

reformas têm sido implementadas na seara do processo civil brasileiro buscando, ainda que implicitamente, conter a grande litigiosidade da sociedade contemporânea³¹⁸”.

Portanto, tal interesse na gestão da crise judiciária para conter a numerosidade dos processos não passou despercebida pela doutrina jurídica, com críticas às mudanças que, na visão de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, não seriam convincentes apenas pelos argumentos de “violação ao princípio da igualdade e da segurança jurídica em face da multiplicidade e contrariedade de julgados em torno da constitucionalidade das leis³¹⁹”; e de “assoberbamento do Poder Judiciário com causas repetitivas, gerando lentidão processual e descrença na Justiça³²⁰”. À época, entendeu-se que tais argumentos prejudicariam o sistema brasileiro do *judicial review* no exercício do controle difuso de constitucionalidade, pois seriam “refratários às conquistas contemporâneas desde a tópica e a viragem linguística³²¹”.

Observa-se que a crítica às reformas voltadas ao efeito vinculante dos processos judiciais tinha duas preocupações: a primeira, era a de não tornar mecanizada a atividade jurisdicional, com padrões decisórios estanques, provindos de uma autoridade jurisdicional e não da autoridade da lei; e a segunda, mas não menos importante, era a da ferida narcísica de uma tradição jurídica que compreende a democracia a partir do procedimento legislativo, em virtude do sistema do *civil law* brasileiro. Mauro Cappelletti contesta esta última ideia, para justificar a legitimidade democrática do judiciário, com base na reflexão formulada por uma juíza federal norte-americana a seguir:

Enquanto, efetivamente, “a chave para abrir as portas de um tribunal” é, simplesmente, “o pedido da parte”, e enquanto as atividades do tribunal em grande parte são “conduzidas publicamente”, permanece “coberto de mistério”, pelo contrário, o modo pelo qual uma pessoa pode obter audiência “perante às câmaras legislativas” ou “nos escritórios internos do poder executivo”, mesmo quando, “o que certamente ajuda, é muito rica e poderosa”. Parece-me, portanto, que a produção judiciária do direito, nada obstante todas as limitações que lhe são inerentes e das quais já falei, não é em absoluto antidemocrática por si mesma.³²²

Por meio deste comparativo, percebe-se que a conformação judicial às normas do CPC/2015 legitima a participação processual para fins de vincular a decisão judicial. Além disto, a interpretação da historicidade do direito brasileiro pode trazer uma compreensão em relação à sistemática de precedentes permear o “espaço de experiência” das Cortes. Na prática

³¹⁸ MACEDO, Elaine Harzheim; e VIAFORE, Daniele. **A Decisão Monocrática e a Numerosidade no Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 131.

³¹⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 322.

³²⁰ CRUZ, idem, 2004, p. 322.

³²¹ CRUZ, idem, 2004, p. 322.

³²² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** – trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 106.

jurisdicional brasileira, de acordo com José Carlos Barbosa Moreira: “Ainda onde se repeliu, em teoria, a vinculação dos juízes aos precedentes, estes continuaram na prática a funcionar como pontos de referência, sobretudo quando emanados dos mais altos órgãos da Justiça³²³”. No direito privado brasileiro, os precedentes do STJ podem ser indicados como um exemplo deste “espaço de experiência” jurisdicional.

3.3 Os Padrões Decisórios no Espaço de Experiência do STJ

No relato de uma experiência jurisdicional de 1994 a 2003 no STJ, na 4ª Turma, da 2ª Seção, com competência para as matérias de direito privado, Ruy Rosado de Aguiar Jr. mencionou dois aspectos por ele observados³²⁴. O primeiro é a crescente atenção que a doutrina do sistema continental tem dado à jurisprudência; em suas palavras: “Basta ler os juristas franceses para verificar quanto deve a doutrina à experiência dos tribunais, de modo muito especial no desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil³²⁵”.

Pode-se pensar que o jurista está exagerando na comparação, tendo em vista que a organização judiciária francesa, reproduzida como modelo no direito processual italiano, fez a interpretação dos julgados das Cortes de Cassação constituir a doutrina. Isto em virtude destes julgados tomarem uma forma sintética, típica da tradição exegética de respeito ao dito da lei e de evitar reescrevê-la por meio da interpretação jurídica dos juízes. O estudo comparativo de Eugênio Facchini Neto ilustra tal quadro interpretativo, conforme segue:

Dada essa proverbial concisão dos julgamentos da cassação francesa, sua efetiva compreensibilidade depende da obra fundamental dos redatores dos *Repertoires* e dos *Recueils*, os quais acompanham a publicação das decisões com a indicação das anteriores decisões provenientes da *Cour* sobre a mesma matéria, enquadrando a particular decisão no mais amplo contexto, representado pela orientação até então observada pela própria Corte. Esses juristas, alguns dos quais especializam-se nessa atividade, são chamados de *arrêtistes*, ou comentadores de acórdãos (*arrêts*).³²⁶

No entanto, o outro ponto observado por Ruy Rosado de Aguiar Jr. diz respeito à metódica de trabalho processual do STJ. Ele justifica a análise desta metódica desta maneira: “O trabalho dos tribunais é importante para o desenvolvimento da ciência jurídica, pois é no

³²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos / In. **Temas de Direito Processual (nona série)**; José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 300.

³²⁴ AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. A Experiência no STJ / In. **O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado**; (coord.) Ana Frazão, Gustavo Tepedino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 15-18.

³²⁵ AGUIAR Jr., idem, 2011, p. 15.

³²⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. **A Sentença em Perspectiva Comparada**: estilos norte-americano, francês e italiano em confronto. Editora Revista dos Tribunais. Revista de Processo: RePro, V. 39, n. 235, p. 407-434, set. 2014. Fonte: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77475> [Acesso: 20.12.2018]

processo que estão expostos os fatos e discutidas as teorias (...) ³²⁷”. No exame dos processos do STJ, o jurista argumenta que o Código Civil de 1916 “não acompanhava a nova realidade negocial ³²⁸”, de modo que foi preciso modernizar o direito civil com a aplicação das normas do CDC, promulgado em 1990. De acordo com o jurista:

O Tribunal, em especial por meio de suas duas Turmas de Direito Privado, viu na aplicação dessa nova legislação a oportunidade de aperfeiçoar a jurisprudência civil. Deu-lhe a devida importância, percebendo que por intermédio dela estaria protegendo o cidadão, fazendo jus ao dístico de “Tribunal de Cidadania”, sempre buscando a adequada ponderação dos interesses em jogo (...). ³²⁹

Com este caráter complementar e supletivo, o CDC serviu de fonte jurídica apta a responder às mudanças exigidas pelo direito civil, mas também para preencher importantes lacunas jurídicas do direito processual civil, ligadas aos interesses coletivos e difusos. Toda a lógica processual dos legitimados para a ação de natureza transindividual e da ação individual homogênea, bem como, dos efeitos processuais da coisa julgada, conduziram à coletivização do direito, conferindo-lhe unidade em dois aspectos processuais: no aspecto processual que é intrínseco ao processo coletivo ³³⁰; e no aspecto processual extrínseco à integridade do sistema jurídico, cujo interesse é do sistema de justiça.

Neste sentido, a onda dos microssistemas jurídicos atingiu não só o direito civil, como também o direito processual civil, vindo a impactar neste último de uma forma distinta no CPC/2015, através de microssistemas formados no conjunto de normas jurídicas que estão inseridas numa mesma codificação legal. É o que Erik Navarro Wolkart vai tratar como sendo “o fetiche dos microssistemas ³³¹”, que aparece no CPC/2015. Por meio de um círculo menor de inferência normativa, há o microssistema de processos repetitivos; em relação a este, se dá sequência a um círculo maior que o abarcaria, segundo o citado jurista, no microssistema de formação de precedentes, por sua vez seguido do sistema processual (que não deixa de ser

³²⁷AGUIAR Jr., idem, 2011, p. 15.

³²⁸AGUIAR Jr., idem, 2011, p. 17.

³²⁹AGUIAR Jr., idem, 2011, p. 17.

³³⁰Neste sentido, reconhecendo a sistemática de vinculação aos precedentes do STJ e a superação da legalidade estrita, tive oportunidade de publicar com José Tesheiner um comentário à decisão que interpretou *contra legem* o art. 16, da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985): TESHEINER, José Maria; e GONÇALVES, Carlos Fernando de Barros Autran Gonçalves. Tese: os Efeitos e a Eficácia da Sentença no Processo Coletivo não estão circunscritos a Lindes Geográficos, mas aos Limites Objetivos e Subjetivos do que foi decidido / In. **Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: direito processual civil I**; (coord.) Araken de Assis. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 679-693.

³³¹WOLKART, Erik Navarro. O *fetiche* dos microssistemas no novo Código de Processo Civil: integrações normativas entre procedimentos para formação de precedentes e para julgamentos de processos repetitivos / In. **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015**; (org.) Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Jayme. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 363-399.

também um microsistema, quando visto sob o ângulo maior do sistema jurídico); e, por fim, o sistema de justiça, a envolver também o sistema (genérico) de precedentes³³².

Esta formulação sistêmica dos precedentes brasileiros é elogiável por promover a integridade e coerência normativa, regradas no art. 926, do CPC/2015. Interessante também é notar a ironia com que Erik Navarro Wolkart aborda o tema, a partir do que ele alega ser um fetiche do direito brasileiro em torno dos sistemas, ao qual, inclusive ele, está conformado em termos culturais e históricos.

A compreensão dos fatos históricos possibilita interpretar a teoria do direito no sentido de que, antes de chegarmos à onda dos microsistemas, já pensávamos nestes padrões sistêmicos, tal qual uma mania de sistematizar tudo o que pudesse ser racionalizável para que pudesse ser controlável no direito. A razão histórica disto remete à tradição escrita do direito romano, que germinou outras duas tradições jurídicas a ela vinculadas: a tradição germânica; e a tradição francesa.

Discorrer sobre o sistema jurídico alemão é o mesmo que pressupor a presença de Savigny, com o seu método hermenêutico da Escola Histórica. Em geral, porém, se ignora o pano de fundo histórico-cultural no qual Savigny esteve inserido, sendo isto relevante para dar a ideia do que o sistema representava no direito alemão, com repercussões sobre o que hoje significa o sistema jurídico. Isto nos leva ao objeto central deste item, acerca do espaço de experiência dos precedentes.

Afinal, o que a Ciência do Direito observa é o sistema de precedentes, ainda que este esteja temporalizado – isto é, concretizado no tempo presente – no espaço de experiência judicial das Cortes Supremas brasileiras. Além disto, não se pode esquecer que o conceito jurídico alemão de “sistema” impactou o direito brasileiro e a teoria da interpretação jurídica, podendo-se destacar neste sentido o raciocínio tópico problemático de Viehweg e o método sistemático de Canaris como referenciais.

O referido pano de fundo histórico-cultural que estruturou o conceito de sistema no direito alemão é o “romantismo”. A ideia de unidade de um “espírito do povo”, sustentada pela visão romântica alemã, compreendia a necessidade de um sistema jurídico para que tal ideal subjetivista de povo ganhasse corpo através da objetividade de uma unidade do direito. De acordo com Safranski: “Foram em primeiro lugar os professores Savigny e Creuzer, que

³³²WOLKART, idem, 2017, p. 377: o autor faz um quadro esquemático para ilustrar a sua proposta classificatória aonde é interpretado o sistema de precedentes brasileiro.

após a reinauguração da universidade em 1803 tudo fizeram para que Heidelberg, depois de Iena, se transformasse num ponto de encontro dos românticos³³³”.

Esta concepção romântica da homogeneidade de um “espírito do povo” também deu suporte à construção dos conceitos de direito subjetivo e direito objetivo. Duguit relata a experiência do ingresso de tais conceitos jurídicos alemães assim: “Quando da sua adoção pelos franceses, surgiram críticas considerando a incorporação de ambas as expressões uma manifestação de germanismo³³⁴”. Com o conceito de sistema não foi diferente: os iluministas franceses renegaram os ideais românticos alemães, com uma outra concepção de “sistema”.

Mario Losano explica: “À recusa do sistema abstrato os iluministas contrapõem a aceitação do sistema fundado sobre a análise dos fatos, o *esprit systématique*³³⁵”. Entretanto, nem este conceito contraposto de sistema agradou aos *idéologues*, cujo conceito de sistema, de forma paradoxal, foi anti-sistemático no início. Nas palavras de Mario Losano:

Para os iluministas, “sistema” é um vocábulo solene, do qual a filosofia racionalista abusou; donde a exigência de desmascarar o abuso, devolvendo ao termo sua solenidade originária. Com isso, todavia, o objeto da polêmica não se colocava mais no interior do sistema, mas o precedia: investia os princípios primeiros sobre os quais se fundava o sistema abstrato.³³⁶

Contrapondo-se, portanto, ao método sintético, cujos pontos de partida seriam as ideias *a priori* elevadas a axiomas ou princípios, “das quais se extraem deduções sem verificações empíricas³³⁷”, Condillac sugeriu o método analítico. Em tal acepção: “O sistema resultante é então baseado na experiência, e não na abstração; é um sistema que se refere em grandes linhas ao pensamento de Newton (...)”³³⁸. Ainda que tais controvérsias digam respeito ao sistema de conhecimento humano, elas acabam por refletir sobre o conceito de sistema jurídico enquanto método de interpretação do direito.

Aproximadamente cinquenta anos depois, em 1804, é promulgado o Código Civil dos Franceses, mais conhecido como Código Napoleônico³³⁹, que deu início à polêmica entre Savigny e Thibaut quanto ao projeto de codificação civil alemão. Neste ponto da controvérsia, o que Savigny defendeu foi a ideia de que o sistema jurídico não poderia ser enrijecido num

³³³SAFRANSKI, Rüdiger. **Romantismo**: uma questão alemã; trad. Rita Rios. São Paulo: Estação Liberdade, 2010, p. 166.

³³⁴DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**; Márcio Pugliesi – 2ª ed. – São Paulo: Ícone, 2006, p. 08.

³³⁵LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito (vol.01)**: das origens à escola histórica; trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 195.

³³⁶LOSANO, idem, 2008, pp. 196-197.

³³⁷LOSANO, idem, 2008, p. 199.

³³⁸LOSANO, idem, 2008, p. 199.

³³⁹ANDRADE, Fábio Siebeneichler. **Da Codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 71-83.

Código de leis, embora tenha admitido a inevitabilidade disto na modernidade³⁴⁰. Deste modo, duas tradições jurídicas provindas do mesmo tronco do direito romano desenvolveram ideais distintos sobre o significado de sistema jurídico, mas acabaram por se aproximar na matriz de um sistema codificado.

O sistema jurídico destas tradições, assim, sempre esteve associado à codificação. Por isto, pensar num sistema de precedentes brasileiro nos faz buscar o referido sistema nas normas do CPC/2015, em vista do “espaço de experiência” do direito brasileiro ser normativo e codificado. Até mesmo diante dos microssistemas jurídicos, há os “estatutos jurídicos” que são organizados na forma de microcódigos de leis. Todavia, tal fragmentação das fontes gerou uma descodificação do direito³⁴¹, provocando mudanças no pensamento jurídico sistemático.

A ideia de sistema jurídico, então, passa num primeiro momento a estar vinculada à unidade de um sistema constitucional e, com a chegada do CPC/2015, se torna ainda mais radicada na interpretação jurídica, pela integridade e coerência do direito como um todo. Não só os microssistemas codificados, como também a jurisprudência uniforme e os precedentes formados no sistema de justiça, aproximaram o “espaço de experiência” do direito brasileiro à sistemática de julgados do STJ reconhecidos como precedentes vinculantes.

No espaço de experiência norte-americano, a mudança de padrões decisórios em seus precedentes é maior do que na experiência inglesa e pode ser dito o mesmo quanto aos padrões decisórios brasileiros diante dos demais sistemas jurídicos. Pode-se dizer que a “regra dos precedentes³⁴²” do direito inglês não se confunde com a “regra do *stare decisis*” do direito norte-americano: “Existe nos Estados Unidos uma regra semelhante, mas esta regra americana do *stare decisis* não funciona nas mesmas condições e não tem o mesmo rigor que a atual regra inglesa do precedente³⁴³”. Desta forma, é importante considerar que existem diferentes sistemas de precedente, não só no direito inglês e norte-americano, como também no direito alemão, no direito francês e no direito brasileiro.

Em relação ao direito federal brasileiro, o STJ cumpre com o papel de estabelecer precedentes de uniformidade da interpretação jurídica. Nestes precedentes vinculantes, ocorre que o STJ pode interpretar a lei de forma a estender o seu alcance ou mesmo de restringir a sua aplicação. Como bem frisou Karl Engisch: “Pois que se nos deparam hoje diversos modos

³⁴⁰ANDRADE, idem, 1997, pp. 80-83.

³⁴¹DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 245-256.

³⁴²DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**; trad. Hermínio A. Carvalho – 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 427-433.

³⁴³DAVID, idem, 2002, p. 489.

de expressão legislativa que são de molde a fazer com que o órgão julgador (o órgão aplicador do Direito) adquira autonomia em face da lei³⁴⁴”.

Os exemplos de julgados neste sentido são, num primeiro momento, interpretados na perspectiva das transformações do direito privado brasileiro, como foi colocado por Luís Felipe Salomão³⁴⁵. Neste momento histórico, tais exemplos de julgados do STJ têm servido à interpretação da historicidade do direito brasileiro e, no campo do direito processual civil, à conceitualização de devido processo de precedentes. A decisão proferida na “Questão de Ordem³⁴⁶” do REsp. nº 1.721.705 – SP tece um “caso-exemplar³⁴⁷” em direção à hermenêutica jurídico-processual do devido processo dos precedentes do STJ.

Nesta decisão monocrática, o STJ avançou em sua posição institucional enquanto Corte de Precedentes, ao estabelecer quatro critérios jurídicos para a interpretação extensiva do art. 998, do CPC/2015. Isto porque esta regra de processo é cristalina, ao dispor que o recorrente poderá desistir do recurso a qualquer tempo. As exceções previstas nesta regra, quanto à impossibilidade de desistência do recurso, devem ser aplicadas ao procedimento de casos repetitivos. No entanto, a Corte entendeu pela impossibilidade da desistência do recurso em hipótese não prevista na lei processual civil, contra a recorrente Amil, prestadora de serviços médicos em planos de saúde privada.

Os critérios da aplicação extensiva da regra dos processos repetitivos à formação de precedentes vinculantes devem considerar, conforme a referida decisão do STJ: primeiro, o interesse coletivo em jogo no pedido de desistência do recurso; segundo, a evidência de má-fé na motivação do pedido de desistência, com a notória finalidade de evitar a formação de precedente; terceiro, se está havendo o risco de manipulação sobre os julgados da Corte, com

³⁴⁴ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**; trad. J. Baptista Machado – 7ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 208.

³⁴⁵SALOMÃO, Luís Felipe. O Superior Tribunal de Justiça e a Evolução do Direito Privado / In. **O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado**; (coord.) Ana Frazão, Gustavo Tepedino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 23-31.

³⁴⁶ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUESTÃO DE ORDEM, RECURSO ESPECIAL 1.721.705 - SP. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANOS DE SAÚDE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AFASTADA. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO SOB O FUNDAMENTO DE SE TRATAR DE TRATAMENTO EXPERIMENTAL. RESOLUÇÃO NORMATIVA DA ANS. USO FORA DA BULA (OFF LABEL). INGERÊNCIA DA OPERADORA NA ATIVIDADE MÉDICA. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. CONCRETO AGRAVAMENTO DA AFLIÇÃO PSICOLÓGICA DA BENEFICIÁRIA DO PLANO DE SAÚDE QUE SE ENCONTRAVA COM A SAÚDE DEBILITADA POR NEOPLASIA MALIGNA. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS (RELATOR: Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA - STJ, Data de Julgamento: 28/08/2018, DJe 06/09/2018). Fonte: www.stj.jus.br [acesso em 09.11.18].**

³⁴⁷Prefere-se falar de “caso-exemplar”, ao invés do vocábulo “paradigma” (de Khun), em razão da crítica de Karl Popper em torno da “normalização da ciência” gerada por tal uso terminológico.

prejuízo à uniformidade da jurisprudência; e quarto, o momento em que a Corte for instada a organizar o direito pelo sistema de precedentes.

Num outro caso bastante controvertido, que, devido às inconstâncias da Corte, não chega a estabelecer uma padronização decisória sobre a interpretação da lei processual civil, mas cujos fundamentos decisórios podem ser valorados, está no REsp. nº 1.696.396 - MT³⁴⁸. Neste caso julgado sob o rito dos recursos repetitivos, junto à Corte Especial do STJ, a relatora Min. Nancy Andrichi definiu a “taxatividade mitigada” do art. 1.015, do CPC/2015. Esse julgado contou com a participação dos *amici* da Corte, associados às entidades de estudo em direito processual civil, dentre elas: a Associação Brasileira de Direito Processual – ADBPRO; o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; e a Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP.

No seu voto, a relatora expressou que “a regra do art. 1.015 do CPC não é – e nem pode ser interpretada como – uma ilha oceânica, isolada e distanciada do seu sistema jurídico (...)”³⁴⁹. Do mesmo modo, ao indeferir o pedido de desistência do recurso da empresa Amil no voto da “Questão de Ordem” do REsp. nº 1.721.705 – SP, diante da hipótese legal de direito subjetivo da parte de desistir do recurso, a relatora entendeu que “a faculdade conferida pelo art. 998 do CPC/15 deve guardar coerência com a sistemática recursal vigente (...)”³⁵⁰. Ainda neste voto, a Min. Nancy Andrichi diz que “a exegese do art. 998 do CPC/15 deve ser feita à luz da Constituição e conforme **a missão institucional do STJ** (...)”³⁵¹. O grifo é nosso, para dar destaque à valoração do modelo de precedentes e à função esperada pela Corte Suprema.

Nos fundamentos jurídicos do julgado sobre a taxatividade mitigada das hipóteses de agravo de instrumento, a relatora faz citação à obra de Juarez Freitas, cujo valor é relevante para a compreensão da historicidade do direito brasileiro. De acordo com Juarez Freitas, “o princípio da legalidade merece o *status* de um dos irrenunciáveis princípios fundamentais,

³⁴⁸ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.696.396 – MT (2017/0226287-4). RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS (RELATOR: Min. NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, Data de Julgamento: 05/12/2018, DJe 19/12/2018). Fonte: www.stj.jus.br [acesso em 09.11.18].**

³⁴⁹ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.696.396 – MT (2017/0226287-4), idem, 2018.**

³⁵⁰ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUESTÃO DE ORDEM, RECURSO ESPECIAL Nº 1.721.705 – SP, idem, 2018.**

³⁵¹ Questão de Ordem; idem. Fonte: www.stj.jus.br [acesso em 09.11.18].

mas a fixação do seu alcance somente se viabiliza na leitura combinada com princípios de idêntico relevo, tais como os princípios da eficácia, da moralidade ou da legitimidade³⁵²”.

Desta forma, ainda com Juarez Freitas, deve-se considerar que “*interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito, para além da sua dimensão textual*³⁵³”. Portanto, esta proposta de interpretação jurídica diacrônica pressupõe, no espaço normativo da experiência judicial, uma sistemática de *rationes* na dimensão contextual do processo justo. A dimensão contextual tem como referências tanto o espaço normativo, como o espaço institucional, o que acarreta no desafio de uniformizar a interpretação jurídica no sistema federativo. Além disto, a dimensão contextual está instalada na temporalidade do direito, bem como, na interpretação temporalizada do processo judicial.

Com respeito ao significado dado ao sistema de precedentes, pode-se afirmar que o mesmo está sustentado por um corpo de normas jurídicas, constitucionais e processuais. Na interpretação jurídica diacrônica, junto com tal escopo normativo, o sistema de precedentes é concebido de modo não-sistemático no seu início, a partir do “espaço de experiência” judicial, ganhando a forma sistemática no âmbito deste espaço de experiência. Entretanto, não é apenas pelo espaço de experiência que o sistema de precedentes é interpretado, por razão de que, em torno desta interpretação jurídica, há também um “horizonte de expectativas” projetado sobre a sistemática dos precedentes brasileiros.

Portanto, aos juristas brasileiros que resistem à mudança da tradição codificada, a cultura jurisprudencial dos precedentes não está prospectada neste horizonte de expectativas. Por tratar-se de uma resistência cultural do pensamento jurídico, tais juristas evitam olhar para o futuro, ainda que tenham uma imagem negativa do passado jurisprudencial. Em relação a eles, cabe-lhes a imagem apocalíptica do “anjo da história” de Walter Benjamin, que mantinha a face assustada voltada para trás, enquanto era lançado para frente pelos ventos da história.³⁵⁴

3.4 Os Padrões Decisórios do STJ como Fonte de Interpretação Jurídica

Na história do sistema do *common law*, as fontes do direito estão asseguradas por duas espécies de processo, basicamente: o processo judiciário, pela formação jurisdicional dos

³⁵²FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito** – 5ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2010, p. 76.

³⁵³FREITAS, idem, 2010, p. 76.

³⁵⁴GAGNEBIN, Jeanne Marie. **História e Narração em Walter Benjamin**; trad. Jacó Guinsburg e Jeanne Marie Gagnebin – 2ª ed.; 4ª reimpressão – São Paulo: Editora Perspectiva, 2011, pp. 93-114.

precedentes; e o processo legislativo, por meio do *statute law* (da legislação)³⁵⁵. Ambos figuram como fontes do direito, sem que haja qualquer problemática em torno da legitimação democrática das autoridades de direito e do devido processo destas duas fontes. A razão pela qual não é problematizada a legitimidade da autoridade de direito é histórica, ainda que haja no sistema do *common law* o reconhecimento do paradoxo da autoridade³⁵⁶ quanto à definição de padrões interpretativos no processo vinculado ao precedente, sendo este um dos aspectos do problema de pesquisa discutido neste trabalho.

Joseph Raz, na sua teoria sobre a autoridade de direito, desenvolve as justificações que conduzem à obediência do direito expressado pela autoridade, entendendo que existem razões morais, razões prudenciais e “boas razões” para que o direito seja obedecido³⁵⁷. Não há coerção jurídica em relação à primeira destas razões, mas também no que concerne à última, há de se levar em conta a objetividade da interpretação jurídica para justificar o que venham a ser os “bons argumentos jurídicos” expostos na obediência ao direito.

Em referência à obra de Peter Singer, *Democracy and Disobedience* (Oxford, 1973)³⁵⁸, Joseph Raz articula a sua tese com a ideia de que tal obediência ao direito deva recorrer a dois aspectos democráticos: o primeiro, é o da participação na formação do direito, aonde há espaço para a colaboração processual; e o segundo, é o do procedimento jurídico processual para fins de formar o direito, em torno do qual pode haver a conceitualização de devido processo de precedentes no contexto do direito judicial.

Com base nestas justificações jurídico-democráticas, admite-se a possibilidade de que os precedentes do STJ sejam uma fonte do direito quando estiverem legitimados por um devido processo participativo na vinculação processual ao precedente. Nesta proposta de tese, por isto mesmo, pretende-se avançar mais sobre a função exemplificativa do STJ na dinâmica de abertura à participação nos processos que visam à formação dos precedentes. Esta mesma função exemplificativa também se aplica ao procedimento jurídico de auto-vinculação formal dos processos aos precedentes formados no próprio espaço de experiência judicial da Corte.

A interpretação diacrônica do devido processo dos precedentes é interdependente da funcionalidade da estabilização jurídica provinda do STJ, sendo esta a nota diferencial que a autoridade da Corte tem diante das autoridades políticas. De acordo com Josep Agiló Regla, “a visão típica das normas provenientes de autoridades políticas evidencia muito mais o

³⁵⁵DAVID, idem, 2002, pp. 477-508.

³⁵⁶RAZ, Joseph. **The Authority of Law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 251-253: trata-se de um paradoxo interpretativo, de acordo com o autor, acerca dos sentidos dados ao direito.

³⁵⁷RAZ, idem, 2002, pp. 233-249.

³⁵⁸SINGER, apud. Joseph Raz, idem, 2002, pp. 241-242.

aspecto voluntarista do que racional (...), enquanto que, pelo contrário, a perspectiva padrão das normas de origem judicial tende a fazer sobressair o aspecto racional em relação ao voluntarista (...)³⁵⁹. Esta questão confere ao devido processo de precedentes o significado de que a interpretação jurídica é legitimada pela fundamentação das autoridades jurisdicionais.

Justamente por isto, Josep Agiló Regla considera que a segunda diferença entre as autoridades políticas e jurisdicionais diz respeito ao devido processo, quanto às exigências de uma fundamentação correta, que são mais radicais para as autoridades jurisdicionais: “O juiz deve mostrar que a sua decisão é a ‘juridicamente correta’ e não uma de ‘várias juridicamente permitidas’”.³⁶⁰ Desta maneira, conforme o citado autor, “o valor que se atribui às normas de origem jurisdicional não provém tanto do valor que se atribui ao órgão de que emanam, quanto do facto de serem um produto da ‘elaboração racional do próprio Direito’”.³⁶¹

Na analogia de Herbert Hart sobre quando o pai chama o filho, ou quando o filho reconhece (interpreta) que há uma norma a ser seguida ao ver o seu pai tirar o chapéu quando adentra à igreja, a regra é confirmada pelo exemplo do tipo “faz como eu faço”³⁶². Neste viés comportamental, a função exemplificativa do STJ está na repetição dos seus julgados que dão ao precedente vinculante a qualidade de fonte do direito. Daí o motivo que levou Hans Kelsen a interpretar o uso metafórico de que “o galo chama as galinhas através do seu canto”³⁶³, ao examinar a autoridade jurisdicional na hierarquia do judiciário. No cantar do galo, observa-se que em “numerosos casos, o galo canta sem que as galinhas atendam”³⁶⁴. A partir disto, Hans Kelsen conclui:

Então, não mais se pode dizer: “o galo chama as galinhas através do seu canto”, assim como não se diz e não se pode dizer: o calor do sol causa a “dilatação dos trilhos”, senão apenas: um determinado cantar do galo tem como efeito o acudir das galinhas, assim como se diz: o calor do sol tem o efeito de dilatar os trilhos.³⁶⁵

Com isto, deve-se entender que nem toda decisão do STJ é atributiva de uma regra de precedente a ser seguido. Somente algumas decisões qualificadas como precedentes, num momento posterior e a partir da força dos seus fundamentos determinantes, têm o efeito processual de vincular as decisões posteriores. O dilema da qualificação dos precedentes que são vinculantes existe nesta questão: quando a decisão da Corte Suprema pode ser dotada de

³⁵⁹REGLA, Josep Agiló. **Teoria Geral das Fontes do Direito**; trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 144.

³⁶⁰REGLA, idem, 2014, p. 145.

³⁶¹REGLA, idem, 2014, p. 146.

³⁶²HART, idem, 2005, pp. 137-138.

³⁶³KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**; trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 50.

³⁶⁴KELSEN, idem, 1986, p. 51.

³⁶⁵KELSEN, idem, 1986, pp. 51-52.

autoridade para fins de formar o precedente? O jurista britânico Herbert Hart fez referência a esta dificuldade operacional do sistema de precedentes, ao se examinar “a distinção entre as incertezas da comunicação por exemplos dotados de autoridade (precedente) e as certezas de comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação)”³⁶⁶.

Do ângulo pluralista das fontes do direito, parece apropriado interpretar o direito processual civil a partir da história de um devido processo legal – que poderia ser embasado no art. 489, do CPC/2015 – a um devido processo jurisdicional de precedentes. Na criação jurisprudencial de um devido processo, pode-se entender que há uma *autopoeises* no devido processo jurisdicional de precedentes. Nesta perspectiva auto-reprodutora, a fonte do direito pode advir de precedentes: os precedentes são a fonte legitimadora da interpretação jurídica dos processos vinculados aos seus fundamentos decisórios. Como frisou Bobbio: “a crítica das correntes sociológicas se resolve frequentemente em uma revisão das *fontes do direito*, vale dizer, em uma crítica ao monopólio legal, e na reabilitação de duas outras fontes diversas da lei, o *direito consuetudinário* e o *direito judiciário* (...)”³⁶⁷.

Para que os precedentes sejam os constructos jurídicos do devido processo, cabe identificar quais são os fundamentos determinantes. Essa fundamentação jurídica deve estar legitimada na interpretação de outras fontes do direito: na lei; ou nos princípios jurídicos que garantam o processo justo. A legislação processual civil, neste ponto, dispõe os princípios do direito ao processo justo: da primazia do mérito; da boa-fé no contraditório; da colaboração processual; da segurança jurídica; da proteção da confiança; da isonomia; e da transparência dos precedentes na rede mundial de computadores; dentre outros.

Humberto Ávila explica que “segurança jurídica” e “proteção da confiança” são princípios que guardam uma autonomia funcional³⁶⁸, embora caminhem juntos, sendo possível falar em segurança jurídica mesmo quando a confiança resta frustrada, pois há uma dimensão subjetiva na proteção da confiança. Assim, a frustração subjetiva da confiança pode acontecer independente da segurança jurídica, visto que a confiança é subjetiva e a proteção esperada pelo sujeito depende de uma base que pode ser alterada pela dinâmica de mudança do direito.

Estes princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança prevalecem nos argumentos favoráveis ao sistema de precedentes, junto com a boa-fé e a isonomia. Quando é mencionada a isonomia no processo judicial, podem ser trazidas duas acepções: no tocante à

³⁶⁶HART, idem, 2005, p. 139.

³⁶⁷BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**; trad. Ariani Bueno Sudatti, Fernando Pavan Baptista – 5ª ed. – São Paulo: EDIPRO, 2014, p. 68.

³⁶⁸ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica** – 3ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 334-416.

“paridade de armas”, em termos processuais de ampla defesa; e quanto à igualdade jurídica dos julgados no sistema de justiça. Por meio do princípio do *venire contra factum proprium* (proibição do comportamento contraditório), tem-se a expressão da boa-fé na decisão judicial que segue o precedente vinculante, pois o juízo estará agindo conforme as regras de justiça.

Como compreende Reinhold Zippelius: “A *razão* verdadeiramente *legitimadora* do desenvolvimento do direito reside na função de justiça do direito: esta função prende-se, juntamente com o princípio da representação democrática, ao princípio segundo o qual as ideias de justiça maioritariamente consensuais na comunidade se devem fazer respeitar³⁶⁹”. De acordo com o citado jurista alemão:

O Tribunal Constitucional Federal alemão encontrou uma manifestação jurídico-constitucional desta ideia no art. 20º III da Lei Fundamental; nos termos deste artigo, o aplicador do direito não está apenas vinculado à lei mas também ao direito. Mas do “direito”, neste sentido, fazem parte as normas não escritas do direito consuetudinário, sustentadas pelas convicções jurídicas gerais, e as “ideias de justiça consolidadas e gerais da comunidade”.³⁷⁰

Trata-se de justificar os precedentes do STJ como fonte do direito brasileiro pela valoração jurídica do repositório argumentativo, em decorrência da sua posição constitucional como Corte de Interpretação na unidade do direito federal e por seu histórico. A interpretação diacrônica da historicidade dos argumentos jurídicos, padronizados num momento histórico, é aplicável na identificação das *rationes decidendi* em padrões contínuos e em mudanças.

A função exemplificativa do STJ consiste na auto-referência que a Corte realiza sobre os seus precedentes, ordenando-os de modo a que constituam um todo organizado. Vale dizer: o STJ é o gestor dos seus precedentes e tem o dever institucional de gestar o modelo de precedentes, para fins de atender à prestação jurisdicional de interpretação uniforme do direito federal. Deste modo, antes de conceber o direito judiciário como fonte do direito, trata-se de fazer notar o costume organizacional do sistema de justiça; isto é, o direito consuetudinário no interior da comunidade forense, na realização comum do trabalho participativo da Corte.

Portanto, em sua função de padronizar a interpretação do direito, os precedentes do STJ são uma fonte de interpretação jurídica. Porém, é no costume judiciário em seguir tais precedentes que está o seu espaço de experiência. Os costumes são uma fonte supletiva do direito, conforme preceitua o art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁷¹. Podem, neste sentido, circunscrever o sentido e o alcance da norma jurídica.

³⁶⁹ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria do Método Jurídico**; trad. António Franco, António Francisco de Sousa – 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 138.

³⁷⁰ZIPPELIUS, idem, 2016, p. 138.

³⁷¹Art. 4º; **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)**: antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Decreto-Lei n. 4.657/1942; redação dada pela Lei n. 12.376/2010. De acordo com o art. 4º:

Os precedentes do STJ cumprem, como se vê, um importante papel no campo da interpretação do direito federal. Por uma questão de mentalidade, como diz Betti, confere-se aos precedentes do STJ um valor puramente interpretativo, mas que estão no patamar das “máximas consolidadas” das Cortes de Cassação³⁷²; isto é, não são uma mera sugestão dada às decisões posteriores, por motivo de que tais decisões posteriores estão vinculadas à *ratio* do precedente que teve como objeto a interpretação uniforme do direito federal. Vale dizer: se o ordenamento jurídico brasileiro estabelece, no art. 105, III, “c”, da CF/88, que o STJ tem esta competência jurisdicional, é porque o reconhecimento de vinculação aos precedentes do STJ se estende a toda a jurisdição brasileira.

Portanto, o problema da vinculação aos precedentes retorna ao aspecto cultural da prática institucional. Diferente da historicidade do direito romano-germânico, compreende-se que o “direito inglês não é um direito de universidades nem um direito de princípios; é um direito de processualistas e de práticos³⁷³”. A partir do precedente da Chancelaria inglesa, por exemplo, foi formado o instituto do *trust*³⁷⁴. Com larga aplicação no universo anglo-saxônico, o *trust* não tem equivalente no direito romano, ainda que seja similar ao negócio jurídico fiduciário no campo sucessório (o “fideicomisso³⁷⁵”, restrito apenas para a garantia hereditária do nascituro no direito brasileiro). O desenvolvimento deste instituto se deu na jurisdição da *equity*, cujo sistema processual não era tão reconhecido pelos *common lawyers* no início, até ser absorvido pelo sistema do *common law*³⁷⁶.

No conteúdo jurídico do art. 926, do CPC/2015, dispõe-se que a jurisprudência – e não o precedente – deve atender ao direito estável, íntegro e coerente. No entanto, embora já tenhamos visto que a diferença entre jurisprudência e precedente é quantitativa e, nos termos da jurisprudência minoritária, qualitativa quanto à força vinculante do precedente, as diretrizes que norteiam a interpretação jurisprudencial incidem sobre a sistemática de ambos. Pois, primeiro, tais diretrizes são intrínsecas ao conceito de precedente; e, em segundo lugar, o legislador processual civil não discriminou os precedentes nestas diretrizes, de forma a trazer apenas a terminologia da jurisprudência por ser mais abrangente no direito brasileiro.

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

³⁷²BETTI, Emilio. **Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos**: teoria geral e dogmática; trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 167.

³⁷³DAVID, idem, 2002, p. 404.

³⁷⁴DAVID, idem, 2002, pp. 397-403.

³⁷⁵OLIVA, Milena Donato. **Do Negócio Fiduciário à Fidúcia**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pp. 99-103.

³⁷⁶DAVID, idem, 2002, pp. 388-397.

O art. 926, do CPC/2015, possui diretrizes interpretativas que são conjugadas com o direito fundamental ao processo justo, disposto no art. 5º, LIV, da CF/88. Contudo, o art. 5º, LIV, da CF/88, figura como uma cláusula geral aberta, referente ao sistema jurídico móvel. Em sentido oposto, o art. 926, do CPC/2015, determina que as decisões judiciais devam ser pautadas pelo direito estável, íntegro e coerente, no sentido de uma estabilização do direito. A dinâmica do processo justo, portanto, está aberta às especificidades do sistema móvel, que condizem, segundo Canaris, com “a ausência de uma formação rígida de previsões normativas assim como a permutabilidade livre e a igualdade fundamental de categoria dos princípios de valoração³⁷⁷”.

3.5 O Modelo Diacrônico de Diretrizes Interpretativas do Processo Justo

Em relação ao art. 5º, LIV, da CF/88, há de se firmar três pressupostos jurídicos. O primeiro deles, no esteio de Sérgio Gilberto Porto, é o de que a ideia de devido processo no Brasil “vai para muito além da compreensão estrita de devido processo como aquele que se encontra expressamente disciplinado na lei³⁷⁸”. Os outros dois pressupostos jurídicos ligados à interpretação do devido processo são creditados à tese de Sérgio Luís Wetzel de Mattos, que entende o devido processo substantivo na garantia dos indivíduos contra as arbitrariedades do Estado e na concretização da dignidade da pessoa humana; assim como, interpreta-o como um direito fundamental ao processo justo, informado pelas normas fundamentais de processo e articulado com a boa-fé e a lealdade processual de todos os participantes do processo³⁷⁹.

A interpretação jurídica diacrônica do devido processo dos precedentes, portanto, tem como pontos de partida a ideia de que, primeiro, o devido processo é uma cláusula geral e o seu comando normativo não está adstrito à lei; segundo: o devido processo dos precedentes afasta o arbítrio estatal, substancializando a dignidade humana; e terceiro: o devido processo dos precedentes está ajustado às normas fundamentais do processo justo, aonde se deve operar com a devida adequação das *rationes* do precedente no processo. A partir destes pressupostos teóricos, admite-se que a norma processual preceituada no art. 926 do CPC/2015 estabelece diretrizes interpretativas de devido processo dos precedentes, coadunada com a cláusula geral do devido processo dos precedentes, disposta no art. 5º, LIV, da CF/88.

³⁷⁷CANARIS, idem, 1996, pp. 141-142.

³⁷⁸PORTO, idem, 2018, p. 42.

³⁷⁹MATTOS, idem, 2009, pp. 255-256.

Assim, a interpretação diacrônica do citado art. 926 concebe que a estabilidade, a integridade e a coerência funcionam como diretrizes interpretativas de um devido processo dos precedentes. Por conta desta natureza diretiva, trata-se de uma regra de interpretação dos precedentes. Significa dizer, com Aulis Aarnio, que “é impossível dar uma definição geral de uma interpretação adequada utilizando como critério uma regra de interpretação³⁸⁰”. Por isto, não basta justificar que o direito é estável, íntegro e coerente sem a fundamentação processual adequada das *rationes* de aplicação do precedente.

Por outro lado, pode-se entender que há uma fundamentação processual adequada a partir de uma base mínima de aplicação destas regras de interpretação³⁸¹. Por isto, pode-se afirmar que tais regras de interpretação integram e dão coerência à cláusula geral de processo justo dos precedentes. Segundo Karl Engisch, entende-se “por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos³⁸²”. Tal formulação genérica da norma “se contrapõe a uma elaboração ‘casuística’ das hipóteses legais³⁸³”. Logo, quando houver o precedente firmado sobre uma questão jurídica, uma vez que a Corte Suprema interpreta o significado do direito estável, íntegro e coerente nesta questão jurídica, não podem as decisões judiciais posteriores que são vinculadas ao precedente julgarem o caso concreto de outra forma.

Por meio de Humberto Ávila, pode-se compreender como se dá a relação entre o devido processo dos precedentes e as diretrizes interpretativas. Ambos são normas de segundo grau, por constituírem a categoria das metanormas, que estruturam a interpretação das regras e dos princípios. As diretrizes interpretativas, que também podem ser chamadas de “postulados normativos”, todavia, não funcionam “como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas, a exemplo do que ocorre no caso de sobreprincípios como o princípio do Estado de Direito ou do devido processo legal³⁸⁴”. Como esclarece Humberto Ávila:

Isso porque esses sobreprincípios situam-se no próprio nível das normas que são objeto de aplicação, e não no nível das normas que estruturam a aplicação de outras. Além disso, os sobreprincípios funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, ao passo que os postulados normativos funcionam como estrutura para aplicação de outras normas.³⁸⁵

³⁸⁰AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica; trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 141; transposto para o idioma português pelo autor desta pesquisa doutoral.

³⁸¹AARNIO, idem, 1991, p. 141.

³⁸²ENGISCH, idem, 1996, p. 229.

³⁸³ENGISCH, idem, 1996, p. 228.

³⁸⁴ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos – 4ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88.

³⁸⁵ÁVILA, idem, 2005, pp. 88-89.

Enquanto que a integridade e a coerência normativa estão ligadas à interpretação do sistema jurídico, a estabilidade jurídica requer a estabilização das *rationes* do precedente. O processo justo dos precedentes é um direito fundamental do processo, que é realizado pela aplicação do direito íntegro e coerente, cuja estabilização se dá nas Cortes Supremas. Desde que seja identificada a questão jurídica pertinente ao processo, com a interpretação da *ratio decidendi* que deve ser aplicada ao processo, tem-se que os juízes e órgãos da justiça estão vinculados à estabilidade, integridade e coerência normativa desta questão jurídica.

Portanto, pode-se estruturar dois momentos de intelecção do aplicador do direito, apenas para fins didáticos: o primeiro momento, em que se identifica a *ratio decidendi* a ser vinculada ao processo, sendo este momento casuístico, por corresponder à interpretação do texto jurídico e do caso concreto; e o segundo momento, em que é aplicada a norma (*ratio decidendi*) do precedente, de forma não casuística, para fins de garantir a decisão de mérito justa e efetiva, por meio da aplicação do direito estável, íntegro e coerente no processo.

Vale reafirmar que o objetivo desta exposição é somente didático. Com isto, não se quer dizer que há uma separação entre a interpretação do texto e a aplicação da norma. No processo judicial, tais momentos intelectivos são simultâneos na decisão judicial. Contudo, há uma relevância teórica nesta ilustração dos momentos, pelo fato de que a interpretação de um precedente que seja adequado ao processo depende de caso a caso, enquanto que a aplicação da norma compreendida como adequada ao processo depende tão somente do precedente, que deve ser aplicado a todos os casos.

Com isto, há uma lógica de particularidade processual e outra de universalidade processual. No primeiro momento, os juízes e demais sujeitos do processo têm diante de si a interpretação de um texto jurídico (da *ratio decidendi*) que está em aberto. A abertura do texto jurídico existe em função do contexto processual adequado à norma que é interpretada neste texto. Na hipótese de não ser adequada ao contexto processual, a norma interpretada no texto jurídico pode ser afastada, para que outra tome o seu lugar no processo.

No segundo momento, uma vez sendo interpretada a norma jurídica adequada ao processo, deve-se aplicá-la em conformidade com o precedente da Corte Suprema. Mitidiero expôs este assunto de forma clara e direta, embora tenha sido mal interpretado³⁸⁶ quando tratou de diferenciar os dois momentos de interpretação do texto e de aplicação da norma. É

³⁸⁶Isto aparece na obra “Precedentes Judiciais e Hermenêutica”, de Lenio Streck: STRECK, idem, 2018, p. 134: “Mais: não adianta dizer que os juízes têm o ‘dever de interpretar’ o precedente (como se fosse possível não interpretar em algum momento) para depois dizer que ‘só podem se afastar do precedente se tiverem competência para fazê-lo’. Observemos: as palavras são de Mitidiero, não minhas”.

válido pontuar esta questão com as palavras do processualista, colhidas da obra “Cortes Superiores e Cortes Supremas”, sendo a ênfase do texto marcada nesta pesquisa doutoral:

O Superior Tribunal de Justiça pode *interpretar* a Constituição, mas não pode *aplicá-la* visando à formação de um *juízo de constitucionalidade*. O juízo oriundo do controle de constitucionalidade é uma forma de *aplicação* da Constituição que, portanto, avança para além do campo da interpretação. **É claro que a aplicação pressupõe a interpretação.** *Interpretação e aplicação* são conceitos que não se confundem. Do ponto de vista do *objeto*, a interpretação concerne a *textos*, ao passo que a *aplicação* atine a *normas*, com o que rigorosamente *pressupõe* a interpretação. Do ponto de vista da sua *finalidade*, a *interpretação limita-se à outorga de sentido ao texto*, ao passo que a *aplicação se vale da norma para produzir efeitos concretos sobre determinada situação jurídica*.³⁸⁷

Compreende-se que, talvez, os críticos desta posição teórica pretendam questionar as normas constitucionais de organização das competências jurisdicionais. Todavia, esta não é uma questão que deva ser tratada num trabalho científico, mas sim no Congresso Nacional. O fato é que o STJ exerce a competência de uniformizar a interpretação da legislação federal e os juízes devem aplicar o precedente do STJ que padroniza a interpretação ao processo judicial a ele vinculado. Mas quem vincula o precedente ao processo é o juiz diante do caso concreto; e não a Corte de Precedentes.

É válido frisar, mais uma vez, que a ideia de Corte de Precedentes se justifica na valoração jurídica atribuída ao modelo de precedentes. Tal modelo compõe a expectativa em relação ao direito à fundamentação justa nos processos judiciais. Logo, no critério diacrônico de interpretação dessa fundamentação justa, gera influência no espaço de experiência em que o processo judicial é interpretado.

A competência da Corte de Precedentes é de padronizar a interpretação do direito federal por meio de precedentes que podem ou não ser aplicados aos processos posteriores. A possibilidade está aberta para que os juízes, por meio da interpretação, não vinculem o precedente ao processo, na hipótese em que a vinculação for injusta; isto é, inadequada ao processo. Para isto, os juízes se servem do art. 489, § 1º e do art. 926, do CPC/2015.

A polêmica que paira sobre o STJ como Corte de Precedentes está apoiada sobre a função jurisdicional. Acontece que o STJ deve funcionar como Corte de Precedentes por uma questão de fato jurídico constitucional; e não por sua função jurisdicional. Para cumprir com a sua função enquanto Corte de Precedentes, o STJ deve agir de modo a dar exemplo. Assim, o que caracteriza uma Corte de Precedentes envolve: um, o fato de ser a Corte Suprema para dar unidade ao direito federal; e dois, o exercício da sua função exemplificativa.

³⁸⁷MITIDIÉRO, idem, 2014, p. 95.

Pela conduta exemplar de *stare decisis* vertical e horizontal nas decisões do STJ, garante-se que o sistema de justiça observe uma Corte de Precedentes em atividade, o que faz a unidade da jurisdição cumprir com os precedentes que levam à unidade do direito. A função interpretativa já está pré-estabelecida na norma de organização judiciária pela CF/88. Para afirmar-se neste papel, todavia, o STJ requer uma atuação prática exemplar que esteja voltada ao processo justo.

Por meio de seu comportamento de *stare decisis*, o STJ está legitimado de direito e de fato na posição institucional de Corte de Precedentes. A legitimidade de direito decorre da CF/88 e das demais normas do sistema jurídico. A legitimidade de fato resulta da atividade jurisdicional que provoca a expectativa de *stare decisis* nos juízes e órgãos da justiça. Quando há a consolidação institucional e normativa de um “horizonte de expectativa” de *stare decisis*, funda-se o “espaço de experiência” de um processo justo de precedentes.

A interpretação jurídica diacrônica, em termos linguísticos, se debruça sobre este aspecto comportamental da organização judiciária³⁸⁸, para analisar a atuação do STJ de forma a descrever precedentes, mediante a observação empírica de uma cultura organizacional. Pela interpretação do que pode ser descrito nesta conduta jurisdicional de agir em conformidade com o direito estável, íntegro e coerente, a historicidade do direito pode compreender que há uma dinâmica de processo justo pela fundamentação jurídica. Na abertura da cláusula geral de devido processo, tais diretrizes estabelecem as regras de interpretação para um processo justo vinculado ao precedente.

Na descrição diacrônica da experiência judicial, a legitimidade do STJ enquanto Corte de Precedentes pode ser vista como democrática por não impor os seus precedentes aos juízes e órgãos da justiça, deixando-os ser uma experiência de “ordem jurídica espontânea”, como expressou Hayek: “Trata-se da distinção entre as normas descritivas, que enunciam a recorrência regular de certas sequências de eventos (entre as quais ações humanas), e as normas prescritivas, que declaram que tais sequências 'devem' ocorrer³⁸⁹”. O art. 926 fixa quais são as diretrizes interpretativas, sendo uma norma prescritiva, mas o comportamento judicial que pode ser descrito é revelador deste ajustamento fático com a norma.

As diretrizes interpretativas de processo justo de precedentes são estruturadas na realidade dos processos judiciais vinculados aos precedentes. Quando a decisão judicial

³⁸⁸Como uma espécie de “análise da economia comportamental”, voltando a atenção para o comportamento do grupo de trabalho jurídico na atividade jurisdicional da Corte.

³⁸⁹HAYEK, Friedrich August von. **Direito, Liberdade e Legislação** – Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política; vol.01 (Normas e Ordem); trad. Anna Maria Capovilla... [et al.]. São Paulo: Visão, 1985, p.90.

observa a diretriz de vinculação ao precedente, está diante da interpretação do direito estável, íntegro e coerente. Não significa dizer que não seja possível a mudança do direito interpretado no processo, mas nesta hipótese há o ônus argumentativo maior para justificar a interpretação com base na integridade e coerência normativa. Ou seja, a diretriz interpretativa também deve servir para fins de justificar a mudança da interpretação jurídica.

O direito é íntegro quando atende à interpretação integral do sistema jurídico, no mesmo sentido da tese de Juarez Freitas quanto à interpretação tópico-sistemática do direito. Na interpretação jurídica diacrônica, então, considera-se a referida integridade do direito sob dois prismas: o do contexto do processo; e o do contexto do direito a ser aplicado ao processo. Isto porque uma interpretação jurídica que está integrando o direito ao sistema jurídico pode não guardar coerência com o processo.

A interpretação coerente, que está expressa no art. 926, tem por fundamento o direito ao processo justo. Neste espectro interpretativo, é importante distinguir a “coerência normativa” da “coerência narrativa” do direito e do processo judicial. Todavia, esta distinção entre as duas dimensões da interpretação sobre a coerência (a dimensão jurídica e a dimensão narrativa) não pode se exacerbar ao extremo de um cognitivismo interpretativo do direito, tal qual insinua Michele Taruffo ao defender que “as concepções radicalmente ‘narrativistas’ e ‘coerentistas’ não dizem em nada respeito com aquilo que acontece no processo³⁹⁰”.

A explicação fornecida por Michele Taruffo sobre a característica diferenciadora das “narrações processuais” é idêntica à teoria da “verdade-correspondência”, de Tarski. Pois, conforme as palavras de Michele Taruffo: “O processo não pode contentar-se em fundar-se senão em uma concepção realista da verdade como *correspondência* da descrição dos fatos à respectiva realidade efetiva³⁹¹”. Isto é: “No processo interessa saber se *na realidade do mundo externo* Tício assassinou Caio (...)”³⁹²; e assim por diante. Nesta perspectiva, a diferença entre “coerência normativa” e “coerência narrativa” está no fato de que a primeira encontra o seu texto na realidade do mundo externo, enquanto que a segunda é desenvolvida no interior do texto, por meio dos recursos estilísticos da linguagem narrada.

No entanto, segundo a crítica de Ernst Tugendhat contra tal ideia de uma “verdade como correspondência da realidade”, pode-se compreender que o seu formulador “Tarski está entre aqueles teóricos que pensam poder esclarecer o significado de ‘verdadeiro’ de modo totalmente independente da questão sobre como se pode vir a saber se um enunciado é

³⁹⁰TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios; trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 43.

³⁹¹TARUFFO, idem, 2013, p. 44.

³⁹²TARUFFO, idem, 2013, p. 43.

verdadeiro³⁹³”. Nesta acepção semântica, para Michele Taruffo, quando os fatos são coerentes com a norma aplicada, é porque há uma verdade descoberta sobre tais fatos, sobre os quais a interpretação confere o significado jurídico objetivo.

O critério diacrônico concebe a diretriz interpretativa da coerência na sua dupla dimensão, normativa e narrativa, mas não entende que a distinção entre tais dimensões da coerência tenha tal fundamento. Desta forma, o modelo jurídico diacrônico se recusa a aceitar tal concepção de Michele Taruffo. Para tanto, serve-se de um dos argumentos trazidos pelo processualista Beclaute Oliveira Silva em sua crítica à tese da "verdade-correspondência" de Michele Taruffo, tal como segue na referência que faz a ele:

Percebe-se assim que ele afirma que a verdade é correspondência, mas se vale da concepção consensual pautada pela justificação. Nela, a verdade de um argumento é (veri)ficada, a(veri)guada. Sendo assim, seria estabelecida, não necessariamente descoberta. Ademais, se a verdade é histórica, não pode ser descoberta, mas construída, o que contradiz a ideia difundida no texto.³⁹⁴

A vinculação ao precedente é coerente com o processo quando houver sincronia entre a norma (*ratio*) do precedente e o processo justo. Portanto, a distinção entre a coerência normativa e a coerência narrativa está na interpretação sincrônica da primeira e na diacronia da segunda. A interpretação jurídica diacrônica está na coerência narrativa do precedente e do processo judicial, enquanto que a coerência normativa envolve a aplicação jurídica no tempo presente, a partir da sincronia existente entre o precedente e o processo judicial.

Deste modo, o modelo diacrônico de devido processo dos precedentes acompanha a tese de Neil MacCormick neste sentido: “*A coherent narrative fits events and acts together in sets ordered through time, that is to say, in convincing diachronic linkages*³⁹⁵”. Diferente da diacronia de uma narração jurídica, após ser interpretado o texto jurídico com o propósito de adequar a norma (*ratio*) do precedente ao processo justo, tem lugar a coerência normativa na vinculação sincrônica do processo ao precedente. É o que Neil Mac Cormick expressa com clareza: “*normative coherence has an essentially synchronic character, contrasting with the essentially diachronic character of narrative coherence*³⁹⁶”.

A coerência normativa, logo, é sincrônica à aplicação da norma ao processo, por ser interpretada no tempo presente do precedente e do processo a ele vinculado. Anterior à norma, porém, há o texto de uma *ratio decidendi* e o texto de um processo judicial, a exigirem

³⁹³TUGENDHAT, Ernst. **Propedêutica Lógico-Semântica** / Ernst Tugendhat, Ursula Wolf; trad. Fernando Augusto da Rocha Rodrigues. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996, p. 184.

³⁹⁴SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como Objeto do Negócio Jurídico Processual / In. **Negócios Processuais**; (coord.) Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 389.

³⁹⁵MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 229.

³⁹⁶MACCORMICK, idem, 2010, p. 229.

uma interpretação jurídica diacrônica. Nestes termos, parte-se da distinção entre texto jurídico e norma jurídica, sendo o texto jurídico associado à coerência narrativa. Com isto, justifica-se o que Mitidiero concebeu como momento da interpretação (na coerência narrativa diacrônica) e momento da aplicação (na coerência normativa sincrônica). Portanto, o histórico deste texto do precedente e da narrativa processual constituem o “espaço de experiência” e o “horizonte de expectativa” de uma interpretação de processo justo do precedente.

3.6 Pressupostos Decisórios Fundamentais do Processo Justo

O interesse maior desta pesquisa tem como foco a interpretação jurídica do espaço de experiência jurisdicional do STJ e do seu horizonte de expectativa sobre o devido processo baseado no modelo de precedentes, de modo que não há o interesse de enumerar e procurar clarificar todas as técnicas dos precedentes. Portanto, dentre as variadas técnicas que têm sido transpostas para o direito brasileiro, duas delas merecem ser abordadas: a técnica da distinção; e a técnica da superação.

O motivo desta atenção maior às aludidas técnicas está no tratamento que o direito positivo brasileiro concedeu a elas, no art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015. A decisão judicial só pode ser considerada como fundamentada quando for vinculada ao precedente formado sobre a questão jurídica refletida no processo, ou quando a citada questão jurídica não for a mesma e se deve aplicar a técnica da distinção, ou ainda quando tal questão jurídica for superada por uma decisão da Corte Suprema que a originou. Esta última hipótese, da técnica da superação de entendimento quanto à *ratio* do precedente e dos seus efeitos processuais, parece despertar maior interesse nos estudos do direito processual civil, com destaque para as pesquisas de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior³⁹⁷ e de Ravi Peixoto³⁹⁸.

A possibilidade jurídica de modulação dos efeitos retroativos e prospectivos dos precedentes que tiveram a superação do entendimento é o objeto central da discussão dos aludidos trabalhos. Em relação à técnica da distinção do caso concreto ao caso-precedente, o objeto a ser analisado é de outra ordem: consiste na identificação dos elementos fáticos de distinção do processo não vinculado ao precedente. A segurança jurídica associada à técnica da distinção está na elucidação dos elementos fáticos que distinguem o caso concreto da *ratio* do precedente.

Enquanto que a técnica da superação deriva da expressão inglesa *overruling*, a técnica da distinção provém do vocábulo original *distinguish* ou *distinguishing*, de forma que,

³⁹⁷ATAÍDE JÚNIOR, idem, 2012, pp. 01-288.

³⁹⁸PEIXOTO, idem, 2015, pp. 01-418.

assim como a técnica da superação permite a modulação dos efeitos da decisão, também no que diz respeito à técnica da distinção não cabe fazer uma simples tradução para o termo legal “distinção”, como alertou Marco Félix Jobim³⁹⁹. Deve-se buscar, assim, uma compreensão mais apropriada desta técnica; sobretudo, quando são comparados os institutos do direito anglo-americano com as técnicas do direito processual civil brasileiro.

Por outro lado, a técnica processual da distinção presente no CPC/2015 pode ser associada ao *distinguish* do direito anglo-americano, na medida em que compreende a mesma função normativa de fundamentar a inaplicabilidade do precedente, por conta dos elementos de diferenciação que o fato do caso concreto apresenta em relação aos motivos determinantes enunciados no precedente. Ainda que seja, então, relevante entender o *distinguish* de maneira a não interpretar a técnica processual de distinção como um mero *legal transplant* do direito estrangeiro, pode-se questionar se é funcional à ordem jurídica brasileira.

Assim, a teoria funcional do direito comparado, segundo Benjamin Herzog, pode ser mais apropriada, pois busca as semelhantes soluções trazidas nos ordenamentos jurídicos, ao examinar as “funcionalidades” e não as “similaridades” de cada instituto como método de direito comparado⁴⁰⁰. Em tal viés funcional, pode-se referir ao *distinguishing* ou *distinguish* como sendo equivalente à técnica da distinção. Desta forma prática trata-a Didier Jr., quando observa duas acepções para o termo *distinguish*, conforme segue:

(i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método) – como previsto no art. 489, § 1º, V, e 927, § 1º, CPC; (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado), a chamada “distinção”, na forma em que consagrada no art. 489, § 1º, VI, e 927, § 1º, CPC.⁴⁰¹

É possível estender a primeira acepção do *distinguish* também ao termo distinção previsto no art. 1.037, § 9º, do CPC/2015, no que tange à distinção sobre a questão de direito afetada nos recursos repetitivos. Na hipótese dos processos repetitivos, a técnica da distinção é um procedimento que tem uma regulação muito maior, voltado a desvincular o caso-piloto do processo, mas continuam a vincular o julgador à aplicação da distinção como uma técnica de confronto. Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas:

³⁹⁹JOBIM, Marco Félix. Entendendo a Nomenclatura dos Precedentes / In. **Diálogos Constitucionais de Direito Público e Privado**; n. 2; (org.) Liane Tabarelli Zavascki, Marcia Andrea Bühring, Marco Félix Jobim. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 397-399.

⁴⁰⁰HERZOG, Benjamin. A Interpretação e a Aplicação do Direito na Alemanha e no Brasil: uma análise do ponto de vista da teoria de direito comparado funcional, da teoria de direito comparado pós-moderno e da teoria do *legal transplants* / In. **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**: encontro da Associação Luso-Alemã de juristas no Brasil; (org.) Stefan Grundmann... [et al.] – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 168-169.

⁴⁰¹DIDIER Jr., idem, 2015, p. 491.

Vale dizer, ou acatam a orientação da corte superior, ou realizam analiticamente o *distinguishing*. (...) Se, porém, no juízo de reenvio, o tribunal inferior realizar o *distinguishing*, demonstrando analiticamente os pontos de fato ou de direito que diferenciam o caso concreto da moldura delineada no recurso-piloto, e afirmando a inaplicabilidade do comando normativo, deve-se concluir que há nova decisão, impugnável por novo recurso, e não mais pelo que estava sobrestado.⁴⁰²

É interessante notar que a distinção existe também como sendo uma técnica geral aplicada a qualquer decisão jurídica. Neste sentido, não se reduz à aplicação dos precedentes, pois diz respeito a toda e qualquer decisão jurídica, compondo o que no âmbito da teoria geral do direito é chamado de teoria da decisão jurídica, aonde em Luhmann há a particularidade da expressão “distinção” servir para efeitos de delinear a comunicação entre sistema/ambiente, visto que, segundo Luís Fernando Schuartz, “o sistema que se diferencia passa a observar a si mesmo como sistema distinto de um ambiente⁴⁰³”.

No âmbito da teoria da decisão jurídica, pode-se entender que o teor das regras de processo civil, inclusive, estabelece normas a toda e qualquer decisão jurídica, algumas delas dirigidas ao juiz de direito e ao tribunal, como nos artigos 489 e 927 do CPC/2015. Por se referirem também aos precedentes, portanto, pode-se entender que a teoria da decisão jurídica abarca a teoria dos precedentes. Em função desta abrangência da teoria da decisão jurídica sobre os precedentes, é possível também entender o *distinguish* tomando por base um sentido amplo e outro restrito. A “distinção-método” é o sentido amplo; e a “distinção-resultado” está no sentido estrito. O sentido amplo de distinção corresponde à decisão jurídica; e o sentido estrito, à teoria diacrônica do devido processo dos precedentes.

Na explicação de Dierle Nunes e André Frederico Horta, “a distinção em sentido amplo consiste no processo argumentativo ou decisional por meio do qual o raciocínio por contra-analogias se manifesta⁴⁰⁴.” A citada contra-analogia é a contradita do que é análogo; ou seja, é o contraposto da analogia. A analogia e a contra-analogia integram a teoria do direito, não se confundindo com o precedente e a técnica de distinção no seu sentido estrito. No direito anglo-americano, tal diferenciação entre o precedente e a analogia é estudada por Frederick Schauer em termos de vinculação ao precedente⁴⁰⁵, enquanto que na analogia há apenas persuasão racional. O uso obrigatório define os precedentes, o que não se aplica ao uso persuasivo da analogia.

⁴⁰²WAMBIER, idem, 2016, p. 537.

⁴⁰³SCHUARTZ, Luís Fernando. **Norma, Contingência e Racionalidade**: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 77.

⁴⁰⁴NUNES, Dierle; e HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução / In. **Precedentes**; (coord.) Fredie Didier Jr. ... [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 311.

⁴⁰⁵SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012, pp. 85-88.

No prisma do direito positivo brasileiro, no entanto, há uma diferença marcante entre precedente e analogia. Conforme expressa o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a analogia é fonte supletiva do direito brasileiro, só cabível na hipótese de omissão da lei. Os precedentes são fonte de integridade do direito, em conformidade com o CPC/2015. A função da analogia é a de suprir a lei quando a mesma for omissa; e a função do precedente é a de uniformizar a interpretação do direito para conferir estabilidade, integridade e coerência ao sistema jurídico, conforme prevê o art. 926, do CPC/2015.

Entretanto, também é pertinente à analogia esta função jurisprudencial de manter o direito estável, íntegro e coerente. Sendo assim, quando for aplicada a técnica de distinção, seja ela para não seguir a analogia, seja para não seguir o precedente, deve-se atentar para que não haja o abuso processual. Na sistemática dos precedentes, a condição impeditiva do abuso exige que, na hipótese de não seguir o precedente, sejam expostos os elementos de distinção do caso concreto. A técnica de distinção, portanto, pressupõe a consistência na argumentação jurídica que pretende não seguir o precedente.

O requisito de consistência do direito alegado no processo judicial apresenta dois aspectos: o universal, nos termos da coerência normativa das normas que estão vinculadas ao processo; e o outro particular, com respeito ao direito ajustado à realidade das provas que são produzidas no processo. Manuel Atienza inclui tal aspecto particular deste requisito à ideia de consistência ligada apenas à coerência normativa da teoria de Neil MacCormick, por entender que esta exigência de consistência jurídica-processual “precisa ser estendida também à premissa fática; assim, quando há um problema de prova, as proposições do passado (o fato cuja existência se infere) não devem entrar em contradição com as afirmações verdadeiras sobre o presente⁴⁰⁶”.

Este conceito de consistência, proposto por Manuel Atienza, é fundamental para a compreensão da teoria diacrônica do devido processo dos precedentes, por razão de estruturar a interpretação jurídica no interior do processo judicial. Ou seja, a interpretação diacrônica diz respeito também às particularidades fáticas do processo judicial, que são fundamentais para o resultado esperado no processo, bem como, para a aplicação da técnica da distinção. Diante deste aspecto particular da consistência, a interpretação jurídica diacrônica tem no interior do processo judicial o seu “espaço de experiência” e nele encontra o “horizonte de expectativa” que garante a decisão justa do mérito. No item 3.8 deste capítulo, referente à proposta de uma

⁴⁰⁶ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica; trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino – 3ª ed. – São Paulo: Landy, 2003, p. 128.

teoria diacrônica de processo justo dos precedentes, o mencionado aspecto particular do requisito da consistência é justificado pela coerência processual com a *ratio* do precedente.

Ainda que o art. 926 do CPC/2015 nada expresse acerca da consistência do direito alegado no processo, admite-se que os argumentos jurídicos consistentes sejam baseados num postulado jurídico e num princípio jurídico, respectivamente, depreendidos dos parágrafos 2º e 3º, do art. 489, do CPC/2015. Na primeira hipótese legal, a máxima ou o postulado aplicado à fundamentação jurídica consistente decorre do juízo de ponderação que deve ser realizado pelo juízo, quando há o afastamento de uma norma jurídica válida no sistema, de modo que o sopesamento seja feito a partir da singularidade dos elementos fáticos narrados no processo. Na segunda hipótese legal, do § 3º, do art. 489, exige-se a boa-fé objetiva, posto que a decisão judicial tem que ser fundamentada com base na consistência jurídica da narrativa processual.

Neste âmbito da boa-fé dos argumentos que visam às identificações e distinções sobre os precedentes, a pesquisa jurídica de Maurício Ramires relata interessante método⁴⁰⁷ que pode ser aplicado ao direito, ainda que tal método seja oriundo de uma teoria matemática. O método consiste em se obter as respostas corretas fazendo para cada caso as perguntas corretas. De acordo com Maurício Ramires, quando Tribe e Dorf analisaram o caso *Bowers*, perceberam que a grande divergência na decisão colegiada aconteceu porque cada julgador fez perguntas diferentes sobre o caso; por isto, obtiveram respostas diferentes. A partir disto, Tribe e Dorf trouxeram o método matemático de Lakatos para justificar como as distinções e identificações podem ser realizadas no que se refere à vinculação aos precedentes.

Tribe e Dorf partem de um exemplo mais simples para o entendimento da teoria de Lakatos. O exemplo é o seguinte: suponha-se que seja comprovado que a soma dos ângulos de qualquer triângulo resulte em 180º (regra); porém, na hipótese de um dos ângulos se situar sobre a superfície de uma esfera, de modo que cada um dos ângulos seja um ângulo reto, a sua soma total ultrapassa os 180º (exceção). Este é o contraexemplo de uma regra. Para responder a um contraexemplo os matemáticos optam por duas abordagens típicas, segundo a crítica de Lakatos: a “exclusão do monstro” (*monster-barring*); e a “exclusão da exceção” (*exception-barring*). Maurício Ramires explica-as a seguir:

O *monster-barrer* vai sustentar que a palavra triângulo não inclui em seu significado o desenho de três ângulos retos na superfície de uma esfera e, portanto, não se trata de uma refutação, mas de uma monstruosidade. (...) o *exception-barrer* sabe que, para a grande maioria dos triângulos (que são desenhados em planos), a regra continua válida, razão pela qual ele não quer sacrificar o teorema por completo.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷RAMIRES, idem, 2010, pp. 130-137.

⁴⁰⁸RAMIRES, idem, 2010, pp. 131-132.

O argumento jurídico da “exclusão do monstro” opera quando o intérprete nega o “caso-monstro” identificado com o precedente, o que condiz com uma outra técnica especial de distinção: a “distinção-sem-diferença” (*distinction without a difference*)⁴⁰⁹. Ainda que seja possível esta interpretação do precedente, o argumento jurídico baseado nesta abordagem da “exclusão do monstro” é fraco e pode ser refutado como medida de boa-fé. Se constatado tal argumento, a técnica da “distinção-sem-diferença” viola também o princípio da isonomia, em decorrência da não identificação do caso com o precedente.

Na interpretação dos precedentes, a outra abordagem da “exclusão da exceção” se dá no ajustamento da proposição jurídica de uma regra. Nesta hipótese, a técnica de distinção pode gerar uma limitação do precedente e estabelecer uma nova *ratio decidendi*. Sabe-se que a *ratio decidendi* é o coração do precedente; são as “razões de decidir” invocadas no processo. No art. 489, § 1º, V, do CPC/2015, a *ratio* do precedente é representada nos “fundamentos determinantes” que justificam a decisão jurídica para seguir (identificação) ou para não seguir (distinção) a norma jurídica.

Nesta linha de raciocínio, só é possível aplicar as técnicas de distinção quando há a confrontação do caso com os fundamentos determinantes do precedente ou com a tese jurídica firmada sobre a questão de direito dos recursos repetitivos. Luiz Guilherme Marinoni formula a metódica desta técnica de distinção tomando por base o núcleo essencial do precedente, de modo a considerar que o “*distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente⁴¹⁰”.

Diante disto, a interpretação da norma (da *ratio*) do precedente pode ser restritiva ou extensiva no processo, assim como é possível aplicar as técnicas da distinção “de forma restritiva (*restrictive distinguishing*) ou de modo extensivo (*ampliative distinguishing*)⁴¹¹”. Na primeira técnica, os elementos fáticos reduzem o alcance da norma (da *ratio*); na segunda técnica, os fatos narrados no processo vão além do alcance da norma do precedente.

O requisito da consistência jurídica dos motivos determinantes da decisão judicial, por fim, possibilita a aplicação da técnica da “distinção inconsistente”, reconhecida por ser um procedimento de *drawing of inconsistent distinctions*, como explica Marinoni: “embora a razão imediata da distinção inconsistente seja a não revogação (total) do precedente, a sua justificativa está nos valores da estabilidade, especialmente na segurança jurídica⁴¹²”. Desta

⁴⁰⁹RAMIRES, idem, 2010, p. 132.

⁴¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios** – 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 325.

⁴¹¹WELSCH, idem, 2016, p. 192.

⁴¹²MARINONI, idem, 2013, p. 332.

forma, evita-se revogar o precedente, mas se aplica uma distinção quanto às razões do respectivo precedente, para proceder a uma outra solução jurídica.

3.7 A *Ratio Decidendi* como Conceito Jurídico Indeterminado

A interpretação jurídica diacrônica do devido processo dos precedentes postula a posição histórica de não-conceitualidade da *ratio decidendi* dos precedentes, a fim de evitar o conceitualismo em torno do que deve ser caracterizado para além das “razões de decidir” do precedente. Isto equivale a considerar a *ratio decidendi*, nos termos de Karl Engisch, como um “conceito jurídico indeterminado”, tendo em conta que, neste conceito de *ratio decidendi*, há um núcleo conceitual e um halo conceitual⁴¹³. O núcleo conceitual está na ideia de que a *ratio* é o “fundamento determinante do precedente”, sendo este um conceito normativo⁴¹⁴. O halo conceitual está na interpretação do fundamento determinante sobre o processo.

Na perspectiva não-conceitualista da *ratio decidendi*, o que pesa é a interpretação diacrônica das “razões de decidir”; isto é, interessa saber de onde parte a narrativa jurídica e para aonde caminha o direito posto no precedente. Por isto, esta interpretação diacrônica do devido processo dos precedentes do STJ tem assento na força hermenêutica das *rationes decidendi*. Tanto é assim que Michele Taruffo, a partir do direito inglês e norte-americano, chega a defender que não haja qualquer proposta classificatória referente à eficácia formal da vinculação aos precedentes, tendo em conta que, segundo ele:

(...) poder-se-á falar somente de *força* do precedente entendendo-se que essa pode ser maior ou menor conforme o caso, de modo que haverá um precedente “forte”, quando esse estiver em condições de determinar efetivamente a decisão de casos sucessivos, e um precedente “fraco”, quando os juízes posteriores tendam a não reconhecer a ele um grau relevante de influência sobre as suas decisões.⁴¹⁵

Com base em Frederick Schauer, estabelece-se a ideia de “força hermenêutica do precedente” tida como mais próxima à interpretação jurídica diacrônica do devido processo dos precedentes do STJ. Isto acontece por causa da análise diacrônica que é feita pelo autor; sobretudo, na obra “*The Force of Law*”⁴¹⁶, aonde são examinadas as tensões históricas da teoria do direito no desenvolvimento de uma cultura jurídica de precedentes. Ainda que a interpretação na citada obra do autor seja contextualizada no sistema do *common law*, ela é válida para fins de interpretar o modelo de precedentes a partir do “espaço de experiência” e do “horizonte de expectativa” nos quais se encontra o direito processual civil no Brasil.

⁴¹³ENGISCH, idem, 1996, p. 209.

⁴¹⁴ENGISCH, idem, 1996, p. 210.

⁴¹⁵TARUFFO, idem, 2013, p. 132.

⁴¹⁶SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015, pp. 01-168.

Para tratar destas tensões teóricas na história do *common law*, a citada obra situa a ideologização e a politização dos conceitos da teoria dos precedentes em William Blackstone, Edward Coke e Jeremy Bentham. O autor destaca que os dois primeiros exerceram influência para, respectivamente, venerar o sistema jurídico do *common law* e celebrar neste sistema a “razão artificial⁴¹⁷” – dando-se nesta expressão a ideia de evolução humana. Em oposição a tal pensamento, Jeremy Bentham questionou a indeterminação e a complexidade do sistema de precedentes, em vista do qual os juristas teriam promovido maior obscuridade à linguagem jurídica, “*thus served the conspiracy by increasing the income of lawyers and the power of judges, all to the detriment of the public good*⁴¹⁸”.

Nas tensões históricas para a construção científica de uma teoria dos precedentes, segundo François Ost, surgiram “vários argumentos a favor do respeito pelo precedente: uns perderam muito do seu crédito, como a ideia veiculada por Blackstone, de que o precedente deve ser seguido porque o juiz que o enunciou não o criou, mas descobriu-o como sinal do estado da *Common Law* de que é apenas o oráculo⁴¹⁹”. Os argumentos contrários ao sistema de precedentes, por outro lado, mostravam a preocupação com as “razões de decidir” do passado. Jeremy Bentham “via no recurso ao precedente uma ‘doutrina de carneiros’, uma prática pela qual ‘os mortos enterram os vivos’ (...)”⁴²⁰; e “o juiz do Supremo dos Estados Unidos, Holmes, escrevia: ‘é revoltante não ter outra razão para apoiar uma regra de direito que não seja o facto de ela ter sido assim estabelecida no tempo de Henrique IV’ (...)”⁴²¹. Ainda assim, François Ost entende que o alcance desta doutrina do *stare decisis*, que obriga os tribunais a respeitar as decisões jurídicas do passado, deve ser relativizado quando se observa que ela é compatível com o progresso do direito⁴²².

Para compreender os impasses de uma teoria dos precedentes no direito brasileiro, é importante este registro histórico de que no direito inglês também ocorreram mudanças que contribuíram para a formação do sistema de precedentes. Ao analisar tal histórico jurídico, Bobbio noticia o contraste entre duas formas de direito positivo no direito inglês: “a *common law* (direito comum ou consuetudinário) e a *statute law* (direito estatutário ou legislativo)”⁴²³. Pode-se visualizar duas fases na história política deste direito consuetudinário, de onde a *ratio*

⁴¹⁷SCHAUER, idem, 2015, p. 11.

⁴¹⁸SCHAUER, idem, 2015, p. 11.

⁴¹⁹OST, François. **O Tempo do Direito**; trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 115.

⁴²⁰OST, idem, 2001, p. 115.

⁴²¹OST, idem, 2001, p. 115.

⁴²²OST, idem, 2001, pp. 11-112.

⁴²³BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito; trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 33.

decidendi dos precedentes é legitimada: numa primeira fase, o direito “surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei; numa segunda fase, ele se torna um direito de elaboração judiciária (...)”⁴²⁴.

De forma paradoxal, diante do fortalecimento do poder monárquico, a passagem da monarquia medieval para a monarquia moderna trouxe dois princípios: o do primado do direito comum sobre o direito estatutário; e, por efeito lógico, o do primado do direito comum sobre o poder do Rei e do Parlamento⁴²⁵. Na posição política de gestor do direito comum, o judiciário inglês passou a representar os interesses consuetudinários do povo. É neste contexto histórico – de embate doutrinal entre os poderes políticos – que Thomas Hobbes se opõe ao sistema do *common law* e ao seu principal formulador, Edward Coke. Como leciona Bobbio:

(...) soberanos absolutistas, como Jaime I e Carlos I, tentaram fazer valer a preeminência absoluta do direito estatutário, negando aos juízes o poder de resolver as controvérsias com base no direito comum; encontraram, porém, uma firme oposição, da qual o porta-voz e expoente máximo foi sir Edward Coke (autor das *Instituições do direito inglês*, trabalho considerado como a “summa” da *common law*). No plano doutrinal, um dos aspectos da polêmica é a crítica de Thomas Hobbes, teórico do poder absoluto e fundador da primeira teoria do Estado moderno, movida contra Coke.⁴²⁶

Numa obra dedicada a criticar o sistema de precedentes, Thomas Hobbes dá voz a um filósofo para dizer aos juristas ingleses, “que a razão dos reis, seja ela maior ou menor, é aquela *anima legis*, aquela *summa lex* de que fala Sir Edward Coke, e não a razão, a erudição ou a sabedoria dos juízes; mas ao longo dos *Institutes of law* ele frequentemente encontra ocasião para exaltar a erudição dos juristas (...)”⁴²⁷. Este discurso de Thomas Hobbes não se voltava apenas contra o sistema de precedentes, mas sim a toda e qualquer doutrina que se contrapunha ao poder absoluto do monarca. De início, inclusive, a preocupação de Thomas Hobbes era dirigida contra a doutrina teológica.

Na história do poder institucional, a determinação conceitual da *ratio decidendi* não escapou da “teologia política”. Para o historiador Pocock, “As preocupações dos homens helênicos e latinos tinham sido políticas antes de ser eclesiásticas⁴²⁸”. Esta teologia política obedece, segundo Carl Schmitt, um princípio geral expresso por Gregório, que consiste na “formulação: ‘O Uno (*to Hen*) sempre se encontra em rebelião (*stasiatison*) contra si mesmo

⁴²⁴BOBBIO, idem, 2006, p. 33.

⁴²⁵BOBBIO, idem, 2006, p. 33.

⁴²⁶BOBBIO, idem, 2006, p. 34.

⁴²⁷HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**; trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino – 2ª ed. – São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 47.

⁴²⁸POCOCK, J. G. A. **A Liberdade Religiosa e a Dessacralização do Político** / In. *Linguagens do Ideário Político*; org. Sergio Miceli; trad. Fábio Fernandez. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2013, p. 402.

(*pros heauton*)⁴²⁹”. No contexto pós-eclesiástico, tal unidade do poder tem como referência a unidade da soberania, cujo histórico caminhou do absolutismo monárquico ao liberalismo, da soberania absoluta do Rei à soberania popular.

Neste traçado histórico, o termo “soberania jurisdicional” ocupou o seu lugar de destaque no exercício da *jurisdictio* (de “dizer o direito”). O poder judiciário, contudo, não está agindo sozinho, de forma isolada. Na colaboração processual, o judiciário interage com os participantes do processo, para torná-los co-responsáveis pela argumentação jurídica sobre a *ratio decidendi* vinculada ao processo. Pois, o que vincula o processo é a norma jurídica do precedente, devendo ser destacada daquele “dito morto” que está no texto do precedente.

Desta forma, a metódica processual de aplicação do precedente tem que envolver, primeiro, esta indicação da *ratio decidendi*, para afastá-la da *obiter dicta* (palavra morta do precedente); e, num segundo momento, adequar a *ratio decidendi* na concretização normativa do processo justo. Nestas duas fases da metódica processual, que consiste na indicação da *ratio decidendi* e na adequação desta sobre o processo, está presente a força hermenêutica do precedente. Porque a interpretação que circunscreve a norma jurídica do precedente é aquela mesma interpretação que almeja o processo justo.

Significa dizer que o conceito jurídico indeterminado de *ratio decidendi* virá a ser, em algum momento, determinado pelo intérprete. De acordo com Andreas Krell, a doutrina dos “conceitos jurídicos indeterminados” não expressa a discricionariedade judicial sobre os processos, uma vez que estes são “plenamente sindicáveis pelo Poder Judiciário mediante interpretação⁴³⁰”. Por isto, nesta hipótese em que se considera a *ratio decidendi* como um conceito jurídico indeterminado, deverá o judiciário estar conformado com a regra do inciso II, do art. 489, do CPC/2015, que determina que, quando for empregado o conceito jurídico indeterminado na decisão judicial, caberá ao julgador explicar o motivo concreto de sua incidência no caso⁴³¹.

No ângulo das Cortes Supremas, a ideia de “unidade em rebelião” (*stasiatison*), exposta na teologia política, pode ser refletida sobre a unidade da jurisdição em matéria de aplicação dos precedentes. Na cultura do direito codificado, juízes e órgãos do judiciário podem se rebelar contra o padrão interpretativo fixado pela Corte Suprema. A funcionalidade do sistema de precedentes, logo, requer também uma nova compreensão do judiciário quanto

⁴²⁹SCHMITT, **Teologia Política**, trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Editorial Struhart&Cía, s/ano, p. 194.

⁴³⁰KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos – 2ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 30.

⁴³¹Art. 489, § 1º, inciso II, do Código de Processo Civil: Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015.

à dupla finalidade da organização hierárquica, no sentido de que a unidade da jurisdição deve ir além do sistema recursal, para servir à unidade do direito. Isto não retira dos juízes o poder de interpretar a *ratio decidendi* no caso concreto.

Uma Corte de Precedentes, neste ponto, uniformiza a interpretação jurídica, mas não evita que os demais órgãos do judiciário também interpretem a *ratio decidendi* diante dos casos concretos. A função exemplificativa de uma Corte de Precedentes, no que tange ao seu dever processual de aplicar os precedentes, desta forma, é tão proeminente quanto a função de uniformizar a interpretação jurídica.

Eis a posição assumida nesta proposta de tese (que, neste plano da interpretação jurídica, afasta-se em parte da posição original de Mitidiero): a de que a qualificação de Corte de Precedentes do STJ tem legitimidade democrática perante o sistema de justiça brasileiro quando tal Corte exerce a “função exemplificativa” de auto-referência aos precedentes, tão relevante quanto a “função interpretativa” no estabelecimento dos fundamentos decisórios. O sistema processual civil brasileiro apresenta tal caráter pedagógico de fazer observar o devido processo dos precedentes. Um devido processo que invoca a *ratio decidendi* no caso concreto para seguir o precedente ou para fazer a devida distinção entre o caso concreto e o precedente.

É neste ponto específico em que esta proposta de tese se inclina como sendo mais favorável ao entendimento dos que criticam a qualificação da Corte de Precedentes. Porque, nesta interpretação jurídica diacrônica do devido processo dos precedentes, tal qualificação de cunho hierárquico só pode encontrar justificção por uma conduta exemplar do STJ, destinada a cumprir as técnicas processuais de enfrentamento da *ratio decidendi*, tais quais são dispostas no inteiro teor do art. 489; e no art. 926, ambos do CPC/2015. Pois, como alegam os críticos desta qualificação organizacional hierárquica, a atividade interpretativa é exercida em toda a atividade jurisdicional, na qual participam todos os sujeitos do processo.

Portanto, compreende-se que o devido processo jurisdicional de enfrentamento da *ratio decidendi* decorre também da aceitação dos sujeitos do processo quanto ao uso potencial de precedentes. Este uso potencial não parte só das Cortes Supremas quando há a produção da *ratio decidendi*, como também dos intérpretes que dão sentido ao precedente aplicado sobre o caso concreto. A eficácia institucional do sistema de precedentes resulta desta aceitabilidade do discurso jurídico de que, havendo *ratio decidendi* sobre uma questão de direito, deverá esta ser tratada como norma jurídica e, nesta condição, ser interpretada sobre o caso concreto.

Verifica-se, assim, que o poder de interpretar a *ratio decidendi* pertence àqueles que participam do processo, nos limites estabelecidos pela finalidade normativa para a qual o precedente foi gerado. Este poder de interpretar a *ratio decidendi* nem sequer está adstrito ao

juiz da causa, devido às possibilidades interpretativas abertas pela participação processual dos sujeitos que influem direta ou indiretamente na construção do direito objetivo. Quanto maior for a adesão processual ao relato da *ratio decidendi*, maior é a força do precedente.

Quando as mudanças de interpretação do direito privado foram operadas pelo STJ, não houve controvérsia quanto a aplicar os precedentes envolvidos nestes desdobramentos, pois havia uma força hermenêutica de mudança da interpretação jurídica. Em torno dos casos concretos, a força hermenêutica dos precedentes aparece no trabalho conjunto dos intérpretes que, de forma intencional ou não-intencional, aplicam a *ratio decidendi* nas decisões judiciais futuras. Do ponto de vista abstrato, a força hermenêutica dos precedentes tem sustento no histórico institucional de implemento do processo justo, aonde há o respaldo técnico-jurídico para motivar a decisão judicial baseada na *ratio decidendi*.

Neste último ponto, a lacuna histórica de um sistema de precedentes brasileiros gera obstáculos ao devido processo e potencializa o problema jurídico do conceitualismo. A determinação conceitual sobre a *ratio decidendi* reforça a falácia argumentativa de negação conceitual dos precedentes brasileiros. A falácia conceitualista está baseada na premissa de que “não existem precedentes brasileiros”, com base no argumento de que os precedentes só seriam aqueles do sistema do *common law*, aonde há a doutrina de decisões estáveis. Ainda que na perspectiva comparativa o conceito de precedente exija elementos que sejam comuns ao direito estrangeiro e brasileiro, a rigidez conceitualista que exclui qualquer outra realidade jurídica de aplicação do precedente tem como ponto de partida o equívoco racionalista.

Acontece que a própria negação da realidade jurídica de precedentes brasileiros pode constituir, nela mesma, a fórmula lógica de que os precedentes brasileiros não são “*P*” (precedentes do *common law*), mas representam “*P_v*” (precedentes brasileiros). Portanto, a negação de um conceito que está deslocado no tempo e no espaço – com a premissa de “não ser precedente” – possibilita a abertura semântica para a positivação de um conceito genuíno de precedentes, a partir da sua realidade institucional e da sua ambientação no sistema jurídico brasileiro. Enquanto “*P_v*” representa o precedente brasileiro e “*P*” figura como o precedente do sistema do *common law*, negar “*P*” consiste em positivar “*P_v*” ($P_v \sim P$).

Em suma, se o precedente brasileiro é um “não-precedente” ($\sim P$) na perspectiva do sistema do *common law*, é porque ele figura como um autêntico precedente brasileiro (*P_v*). Esta justificação negativa é possível no plano lógico-argumentativo, desde que haja a abertura do sistema jurídico para a conceitualização desses precedentes. Considerar o conceito de precedente na Ciência do Direito não significa determinar a *ratio decidendi* do precedente: tal

ratio decidendi, enquanto texto nuclear passível de interpretação jurídica para definir a norma jurídica no caso concreto, é um conceito jurídico indeterminado.

Uma negação de conceito jurídico pode vir sob a forma de uma das três hipóteses a seguir: numa primeira hipótese, a negação tem como finalidade afirmar o não-conceito, com o fito de rechaçar o que, em tese, não pode se enquadrar no conceito; numa segunda hipótese, a negação justifica um conceito negativo no interior de um sistema jurídico; e na terceira, a negação indica o espaço vazio que está para ser preenchido por um novo conceito. A primeira hipótese conduziria à proposta conceitualista, de tornar impossível o caminho para o conceito de precedente brasileiro, em termos apriorísticos. Na segunda hipótese, Torquato Castro Jr. vê paradoxos semânticos nas formas lógicas que operam com o functor da negação, no modo em que são justificados os conceitos de “nulo”, “inexistente” e “inválido⁴³²”.

No que corresponde à negação do precedente estrangeiro, que se apresenta como possibilidade aberta para a formação do conceito de precedente brasileiro, estar-se-á diante da terceira hipótese. Daí porque alguns processualistas se afastam da perspectiva de uma teoria dos precedentes, quando interpretam os precedentes brasileiros a partir do quadro fechado do art. 927, do CPC/2015. Quando os precedentes brasileiros são interpretados a partir do quadro aberto das diretrizes hermenêuticas do art. 926, do CPC/2015, o que está em jogo é a força do direito estável, íntegro e coerente.

Com base nesta força jurídica da *ratio decidendi*, que procura atender às diretrizes interpretativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se considerar uma teoria de devido processo dos precedentes. Portanto, nesta hipótese histórico-cultural da interpretação jurídica diacrônica, o devido processo dos precedentes encontra justificação na ideia de que a consolidação de um “espaço de experiência” normativo e institucional de precedentes do STJ acaba por rejeitar qualquer outra experiência de fato jurídico processual que seja estranha ao sistema jurídico brasileiro.

3.7.1 A História Secular da *Ratio Decidendi*: o problema simbólico da *autorictas*

Observa-se, assim, que a história conceitual da *ratio decidendi* envolveu também o poder político. Neste viés, as mudanças conceituais sobre a *ratio decidendi* dizem respeito a duas autoridades: a autoridade do texto jurídico, expressa na *ratio decidendi*; e a autoridade de proclamar o texto jurídico, de onde provém a *ratio decidendi*. Pode-se dizer que, no primeiro,

⁴³²CASTRO Jr., Torquato da Silva. **A Pragmática das Nulidades e a Teoria do Ato Jurídico Inexistente: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista.** São Paulo: Noeses, 2009, p. 185.

está localizada a *ratio* (fonte normativa) no texto nuclear do precedente; e, no segundo, há a *autorictas* (fonte institucional) na autoridade competente para estabelecer o precedente.

Em relação ao texto nuclear do precedente, a interpretação da *ratio* é destinada à aplicação da norma jurídica. No tocante ao poder de interpretar a *ratio* do precedente, este é da competência do juiz natural do processo, não sendo a interpretação jurídica uma atividade exclusiva da Corte de Precedentes. É importante o registro de que tal poder de interpretar o direito já esteve mais disperso na história política das instituições, bem como, quando houve a centralização deste papel, o poder de interpretar o direito já foi mais reduzido.

No plano da ciência jurídica, a interpretação diacrônica tem como examinar tal histórico-político do Estado e das instituições, o que leva à raiz do problema da legitimidade jurídica da *autorictas* (da fonte institucional) do precedente. Neste ponto histórico, em relação à imagem da “autoridade de direito”, ainda perdura no imaginário político-jurídico a célebre expressão de Thomas Hobbes, em sua obra “Leviatã”: “*auctoritas, non veritas facit legem*”⁴³³ (é a autoridade; não é a verdade que faz a lei).

A percepção político-jurídica refletida nesta imagem da “autoridade de direito” gerou o seguinte problema: o que não vier da “autoridade da lei” é tido como autoritário e ilegítimo. Assim, a autoridade das Cortes Supremas e dos precedentes ficou comprometida com esta visão de legitimidade; sobretudo, nos países pertencentes à tradição jurídica romana, aonde a lei era vista, primeiramente, como a “palavra sagrada” no período pré-moderno, no qual Platão ressignificou o seu conceito, de acordo com a filologia do conceito de *Nomos*⁴³⁴. Posteriormente, o conceito de lei passou a expressar a “verdade racional” para os modernos, caracterizando a ideologia racionalista.

O poder legítimo para instituir a lei no Estado, a princípio, esteve concentrado no monarca. Em torno do monarca, na fase pré-moderna da monarquia, duas associações eram feitas: uma, a de que o monarca estava próximo da imagem do Imperador Romano, em razão das marcas culturais deixadas por tal Império no território europeu; e, uma outra, a de que o monarca era um ser divino que representava a vontade cristã do todo criador.

Tais associações semânticas ganharam vulto no período do Império Carolíngio, cuja força política fundou uma primeira experiência de comunidade europeia, de acordo com van Caenegem⁴³⁵, com reflexos na busca pela unidade do direito. Os reis desta dinastia eram

⁴³³SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**; trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2009, p. 150.

⁴³⁴ SCHMITT, Carl. **O Nomos da Terra no Direito das Gentes do Jus Publicum Europaeum**; trad. Alexandre Franco de Sá et. al. - Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014, p. 66.

⁴³⁵CAENEGEM, R. C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental**; trad. Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 65-76.

considerados “soberanos pela graça divina e responsáveis perante Deus⁴³⁶”, o que fomentou “o interesse carolíngio pela legislação e pelos tribunais⁴³⁷”. Por conta desta tutela religiosa do saber erudito, o poder clerical passou a deter o monopólio da interpretação jurídica.

A interpretação canônica do direito romano chegou à codificação da “*Concordia discordantium canonum*⁴³⁸”, elaborada entre 1140 e 1142 por Graciano, monge e mestre na Escola de Bolonha. Tal código, que obteve “extraordinária difusão⁴³⁹” no território europeu, selecionou as “fontes (*auctoritates*), fazendo-as seguir de comentários seus (*dicta*)⁴⁴⁰”. Esta tradição de comentar as fontes jurídicas foi mantida com as glosas, que eram feitas à margem do texto, no movimento exegético da Escola dos Glosadores, de Irnério e Acúrsio⁴⁴¹, assim como, na Escola dos Comentadores, de Bártolo e Baldo⁴⁴².

Por conta desta influência do poder clerical, que ainda assombrava as monarquias europeias em sua *autorictas*, é que surge a teoria do poder soberano de Thomas Hobbes. Em tal contexto histórico, dois objetivos foram elucidados por Thomas Hobbes: o primeiro, o de combater o poder espiritual romano, por meio de uma ordem político-jurídica mais condizente com a razão humana; e o segundo, o de erigir a vontade do monarca como sendo a única fonte de poder. Deste último objetivo provém a crítica hobbesiana contra o sistema do *common law*, o que propiciou a criação de um novo sistema jurídico-processual, baseado na jurisdição do Chanceler do monarca, que julgava a partir do processo de *equity*⁴⁴³.

O fundamento deste sistema jurídico-processual era o de que o Rei tinha a última palavra; logo, tornou-se possível recorrer ao Rei, representado pelo Chanceler. O monarca, “fonte de toda a justiça, fez nascer no século XV uma nova jurisdição e um novo processo: o Chanceler decidia em equidade sem ter em conta as regras de processo e mesmo de fundo do *common law*⁴⁴⁴”. O processo era escrito e na *equity* assumia, curiosamente, a forma canônica; e “o Chanceler julgava seguindo princípios muitas vezes extraídos do direito romano⁴⁴⁵”.

Nos séculos seguintes, o direito britânico teve este sistema jurídico dualista, aonde funcionavam dois tipos de jurisdição e de processo: o *common law*; e o *equity*. Duas reformas

⁴³⁶CAENEGEM, idem, 2009, p. 68.

⁴³⁷CAENEGEM, idem, 2009, p. 68.

⁴³⁸SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito Português**: fontes de direito – 3ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 172.

⁴³⁹SILVA, idem, 2000, p. 172.

⁴⁴⁰SILVA, idem, 2000, p. 172.

⁴⁴¹SILVA, idem, 2000, pp. 200-201.

⁴⁴²SILVA, idem, 2000, pp. 203-205.

⁴⁴³GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**; tradução do original francês – 4ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 213.

⁴⁴⁴GILISSEN, idem, 2003, p. 213.

⁴⁴⁵GILISSEN, idem, 2003, p. 213.

na organização judiciária, em 1873 e 1875 (*Judicature Acts*), fundiram os dois sistemas; desde então, as regras de *equity* foram integradas ao *common law*, que as acomodou com correções. A sobrevivência do sistema do *common law* foi garantida, assim, com o apoio que os *common lawyers* receberam do Parlamento, em razão da disputa política que o Parlamento travou com a monarquia durante o século XVII⁴⁴⁶.

No contexto histórico que antecedeu a tal conflito entre o Rei e o Parlamento, foi redigido o “Leviatã”. A figura do “Leviatã” aparece no texto bíblico, precisamente no Livro de Jó, no corpo de um poderoso animal marinho⁴⁴⁷. Thomas Hobbes transforma esta imagem mítica do “Leviatã”, aplicando-lhe três qualificações não encontradas no mito bíblico original: primeiro, ele recorre aos antigos símbolos míticos para confundir a imagem do homem com a do animal; segundo, por influência do racionalismo, este “homem magno” é associado a uma “grande máquina”; e, por fim, este “animal artificial” é concebido como um Deus mortal⁴⁴⁸. Tal simbologia completa o quadro mítico político, que funda o poder da autoridade de direito no Estado Moderno.

Na teoria do direito de Austin, que marcou profundamente os *common lawyers* do século XX, constata-se tal simbolismo do poder soberano na produção do direito. Embora Austin tenha rejeitado as teorias contratualistas, pelo fato “de o contratualismo ser construção não-empírica⁴⁴⁹” e “por tratar-se de uma ficção⁴⁵⁰”, é evidente que toda a construção teórica do positivismo jurídico austiniano está apoiada na soberania da autoridade de direito. O seu interesse em justificar o direito positivo a partir das fontes jurídicas era devido ao motivo de que “para Austin a fonte de todo direito é o soberano⁴⁵¹”.

Trata-se de uma concepção jurídico-pragmática, que desenvolve os fundamentos políticos do direito. Conforme observa Adrian Sgarbi, a teoria do direito de Austin “apresenta a noção de soberano como central, tornando-a, conjuntamente com as de ‘comando’, ‘sanção’ e ‘hábito de obediência’, os elementos do que designa ser a ‘chave da teoria do direito’⁴⁵². O cerne da teoria do direito estaria fundamentado mais na *auctoritas* do que na *ratio decidendi*. A doutrina filosófica que deu início a tal concepção jurídica foi a “teologia política”.

⁴⁴⁶GILISSEN, idem, 2003, p. 213.

⁴⁴⁷SCHMITT, Carl. **El Leviathan em la Teoría del Estado de Tomás Hobbes**; trad. Javier Conde. Buenos Aires: Editorial Struhart& Cia., s/ano de edição, pp. 17-19.

⁴⁴⁸SCHMITT, idem, pp. 18-19.

⁴⁴⁹SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito** – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 14.

⁴⁵⁰SGARBI, idem, 2009, p. 14.

⁴⁵¹SGARBI, idem, 2009, p. 19.

⁴⁵²SGARBI, idem, 2009, p. 28.

Os estudos de “teologia política” estavam voltados para esta história de conflitos do poder político, nascida da preocupação eclesiástica de Agostinho na doutrina teológica das duas *civitates*. Agostinho desenvolveu sua “teologia da história” para firmar “o pressuposto de que de nenhum modo o reinado de Cristo pode identificar-se com um reino terreno, como o Império Romano⁴⁵³”. De acordo com Reinhart Koselleck, nesta teologia política “Gregório VII foi mais longe, ao desdobrar a pretensão de exclusividade tacitamente presente no par de conceitos ‘homem cristão/homem secular’⁴⁵⁴”.

Hoje, os conceitos de “homem secular” e de “secularização⁴⁵⁵” dão a ideia de que a humanidade herdou uma série de valores sociais que foram incorporados no decurso histórico dos tempos. Em termos de análise das *rationes decidendi*, caberia perquirir se tais valores sociais estão mais ou menos presentes na motivação das decisões judiciais. Isto em função de que tais oposições conceituais não desaparecem; apenas assumem uma nova forma.

Na história do direito, as tensões valorativas instaladas na gramática do devido processo de precedentes surgem em termos de “*autorictas e rationes*”. Quando a vinculação do processo ao caso-precedente tem por fundamento a autoridade da Corte Judicial, o que está a preponderar é a *autorictas*. Portanto, a realização do direito ao processo justo está baseada nas *rationes* do caso-precedente, de modo a legitimar a fundamentação justa no processo.

3.7.2 As Narrativas Jurídicas da *Ratio Decidendi*: história, direito e literatura

O primeiro referencial histórico deste espaço de experiência jurídico é o direito romano. As *Institutas* do jurisconsulto Gaio informam que, ao lado das *legis actiones*, estava o “processo formular”, que “à época do seu surgimento, não teve reconhecimento legislativo (era essencialmente pretoriano)⁴⁵⁶”, para suprir duas “lacunas das ações da lei: estas não se instauravam quando uma das partes fosse peregrino e também não autorizavam a nomeação de um *iudex* estrangeiro⁴⁵⁷”. Tamanha foi a sofisticação deste direito romano, que a aplicação do direito teve que ser descentralizada para atender às demandas de solução dos conflitos num período concomitante à uniformização destes institutos jurídicos.

⁴⁵³KOSELLECK, idem, 2006, p. 211.

⁴⁵⁴KOSELLECK, idem, 2006, p. 217.

⁴⁵⁵TAYLOR, Charles. **A Secular Age**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007, p. 423.

⁴⁵⁶TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luís Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano** – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 63.

⁴⁵⁷TUCCI e AZEVEDO, idem, 2013, p. 63.

Tais institutos de direito romano foram recepcionados pela monarquia moderna, devido ao ideal de razão humana que eles estampavam. A denominada doutrina da “razão do Estado⁴⁵⁸” criou um espaço “livre de prescrições morais, em que a política pôde se desenvolver independentemente da moral⁴⁵⁹”. A exigência racionalista de substituir a moral religiosa pelo direito estatal elevou a confiança depositada sobre estes institutos de direito romano; por isto, a monarquia contou com juízes e doutos romanistas para exercer a atividade da *jurisdictio*, o que causou efeitos históricos distintos nos sistemas jurídicos inglês, francês e alemão.

Em face da robustez das instituições monárquicas, na Inglaterra e na França houve um maior estreitamento entre o Rei e os magistrados que ele nomeava. Na monarquia inglesa e francesa, as “razões de decidir” o direito eram interpretadas como “razões de Estado”, até o momento histórico em que as revoluções liberais burguesas trouxeram as exigências jurídicas de proteção dos interesses individuais. Enquanto que o efeito institucional deste movimento revolucionário empoderou os magistrados no sistema do *common law*, gerando as críticas de Thomas Hobbes ao sistema de precedentes, no direito francês a desconfiança popular contra a nomeação dos juízes resultou na interpretação da *voluntas legis*, sem qualquer outorga política para que os juízes pudessem interpretar o direito para além da letra da lei.

O poder político de interpretar o direito teve um outro desenvolvimento histórico no *Rechtsstaat*. Nos principados germânicos, prevaleceu o culto à doutrina romano-germânica para a solução dos conflitos jurídicos, o que institucionalizou o poder dos doutos romanistas nas “razões de decidir” o direito, pois estes eram os guardiões da “ciência das pandectas⁴⁶⁰”. De orientação formalista e sistemática, a “pandectísta” do direito germânico procurou atribuir à interpretação jurídica um caráter científico, por meio da reconstrução histórica e lógica de conceitos jurídicos. De acordo com Franz Wieacker: “A justificação programática para esta missão deu-a Puchta quando (na sequência do ‘Beruf’ de Savigny) atribuiu à ‘cientificidade’ da ciência jurídica da actualidade e ao jurista por ela formado um monopólio da aplicação e desenvolvimento do direito⁴⁶¹”.

Nos países impactados por tal histórico-jurídico conceitualista, como é o caso do direito brasileiro, deve-se cuidar para que a teoria do direito não seja fundamentada por uma pirâmide de conceitos lógico-jurídicos. Afinal, é notória a influência do pensamento jurídico

⁴⁵⁸KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e Crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês; trad. Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999, p. 20.

⁴⁵⁹KOSELLECK, idem, 1999, p. 20.

⁴⁶⁰WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**; trad. A. M. Botelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 491.

⁴⁶¹WIEACKER, idem, 2015, pp. 491-492.

germânico sobre o direito brasileiro, desde o “anteprojeto de consolidação do direito civil” de Teixeira de Freitas⁴⁶², com a sua estrutura sistemática de parte geral e parte especial. O jurista brasileiro, assim, treinado “no mais acabado formalismo retórico, soube reproduzir a primazia da segurança, da ordem e das liberdades individuais sobre qualquer outro princípio⁴⁶³”. Isto contribuiu para o maior distanciamento da realidade social, como descreve Wolkmer:

Não se pode deixar de chamar a atenção para o divórcio entre os reclamos mais imediatos das camadas populares do campo e das cidades e o proselitismo acrítico dos profissionais da lei que, valendo-se de um intelectualismo alienígena, inspirado em princípios advindos da cultura inglesa, francesa ou alemã, ocultavam, sob o manto da neutralidade e da moderação política, a institucionalidade de um espaço marcado por privilégios econômicos e profundas desigualdades sociais.⁴⁶⁴

O modelo jurídico germânico também circulou, com a particularidade brasileira, nas ideias da “Escola Jurídica do Recife⁴⁶⁵” (também chamada “Escola Filosófica do Recife”) e na formulação dos conceitos da Teoria dos Fatos Jurídicos de Pontes de Miranda⁴⁶⁶, da qual Ovídio Baptista da Silva foi herdeiro⁴⁶⁷. Na atualidade, este impacto do pensamento jurídico alemão no direito processual civil brasileiro ainda pode ser visto na pretensão de uma “teoria geral do processo”, aonde há uma busca por conceitos jurídicos-processuais logicamente articulados às áreas do processo⁴⁶⁸.

Portanto, as narrativas jurídicas em torno da *ratio decidendi* podem ser analisadas a partir de dois enfoques: no enfoque universal, de um histórico-jurídico da *ratio decidendi*, tal qual pode ser estruturado nesta associação entre os modelos jurídicos alemão e brasileiro; e do ponto de vista particular, que envolve as histórias da *ratio decidendi* no processo judicial. No primeiro sentido, referente a um modelo jurídico universal sobre a *ratio decidendi*, há um interesse maior pelos conceitos jurídicos. Na segunda acepção, com respeito às narrativas da *ratio decidendi* nos processos judiciais, a intenção de conceituar a *ratio decidendi* desaparece no fluxo empírico dos processos, pois a determinação processual da *ratio decidendi* é o seu equivalente conceitual particularizado na experiência do processo judicial.

⁴⁶²ANDRADE, idem, 1997, p. 96.

⁴⁶³WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil** – 9ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 115.

⁴⁶⁴WOLKMER, idem, 2015, p. 115.

⁴⁶⁵CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no Século XIX (1824-1891)**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 64: segundo Marcelo CassebContinentino, “a particularidade brasileira foi muito bem observada pelo professor Gláucio Veiga. No primeiro volume da obra *História das Ideias da Faculdade de Direito do Recife*, Gláucio Veiga, na esteira de ReinhartKoselleck, observou que as distinções entre o tempo universal (europeu) e o tempo particular (brasileiro) causariam refrações e distorções entre as histórias das ideias brasileira e europeia (...)” (p. 64).

⁴⁶⁶MELLO, Marcos Bernardes de. **Condições da Ação: questões de mérito ou não mérito?** / In. Pontes de Miranda e o Direito Processual. Salvador: Editora *JusPodivm*, 2013, pp. 829-867.

⁴⁶⁷SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 165-192.

⁴⁶⁸DIDIER Jr., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida** – 3ª ed. – Salvador: *Juspodivm*, 2016, pp. 74-91.

Neste âmbito da teoria da interpretação, ao considerar as duas narrativas jurídicas sobre a *ratio decidendi*, a universal e a particular, promove-se a articulação entre a história, o direito e a literatura. O ponto de interseção entre estes três campos de estudo é a narrativa: no aspecto universal, é a narrativa histórica do direito; no sentido particular, é a narrativa jurídica do processo judicial. É na construção destas narrativas jurídicas que há o encontro da história e do direito com a literatura.

Na relação específica entre direito e literatura, segundo Judith Martins-Costa, há três perspectivas teóricas: “o Direito *como* Literatura; o Direito *na* Literatura; e o Direito *da* Literatura⁴⁶⁹”. A primeira destas expressões teóricas encontra na obra de Dworkin um dos seus principais marcos; desde o seu trabalho intitulado “Um Questão de Princípio⁴⁷⁰”, aonde tece um paralelo entre a interpretação jurídica e literária. A segunda perspectiva teórica citada por Judith Martins-Costa visa utilizar a narrativa literária para fins de interpretar o direito. Para a terceira e última perspectiva, o propósito de relacionar direito e literatura decorre do marco regulatório da propriedade intelectual do autor e da responsabilidade civil do escritor.

É no processo judicial, contudo, que a forma literária pode contribuir com o estilo linguístico do direito. Esta observação foi feita pelo juiz da Suprema Corte estadunidense, Benjamin Cardozo, num artigo publicado em 1925 com o título de “*Law as Literature*”⁴⁷¹. De acordo com Cardozo, a forma jurídica não era apenas um adorno acrescido à substância, uma vez que há um vínculo consubstancial entre forma e substância. Por tal motivo, é falso dizer que o caso judicial é um “grande caso” por ter uma natureza intrínseca atrelada a ele, porque, em suas palavras: “Os casos são grandes pelo que nós fazemos deles⁴⁷²”. Nestes termos:

Um “juiz de gênio”, acrescentava (lembrando a decisão do juiz Marshall no caso *McCulloch v. Maryland*), articula estilo, lógica, precedente e história e, tal qual um romancista, emprega a linguagem para reconstituir os menores detalhes da realidade, as palavras elevando sua tarefa à “altura divina”.⁴⁷³

Esta visão formal-substancial de que o juiz atua tal qual um romancista quando, em especial, julga os *hard cases* do direito, ganhou relevo com Dworkin na teoria do direito como integridade⁴⁷⁴. A proposta interpretativa do encadeamento da narrativa jurídica como se

⁴⁶⁹MARTINS-COSTA, Judith. A concha do marisco abandonada e o *Nomos* (ou os nexos entre narrar e normatizar) / In. **Narração e Normatividade: ensaios de direito e literatura**; (coord.) Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2013, p. 02.

⁴⁷⁰DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 217-266.

⁴⁷¹MARTINS-COSTA, idem, 2013, p. 03.

⁴⁷²CARDOZO, apud. MARTINS-COSTA, idem, 2013, p. 03.

⁴⁷³MARTINS-COSTA, idem, 2013, p. 03.

⁴⁷⁴DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**; trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2014, pp. 213-331.

o juiz estivesse diante de um novo capítulo a ser integrado na história do direito é atrativa. Na ideia de um “romance em cadeia⁴⁷⁵”, a interpretação jurídica possui um vínculo estreito com a história e a literatura. O seu vínculo com a história decorre do fato de que a decisão judicial só pode dar continuidade à história do direito que está em curso, para atender a integridade com a “única resposta correta”, o que preferimos interpretar como a “única resposta **justa**”.

O vínculo entre direito e literatura é ainda mais explícito na teoria de Dworkin, a ponto de ser utilizada a analogia do “romance em cadeia” na construção colaborativa da obra jurídica. Há aqui uma clara conexão com a norma fundamental do processo civil colaborativo. Quando o art. 6º, do CPC/2015, determina que todos os sujeitos do processo devem colaborar para a decisão de mérito justa e efetiva⁴⁷⁶, está regulando a conduta judicial em direção à única resposta adequada no processo. Tal adequação processual do precedente sobre o caso judicial tem fundamento na colaboração de todos os autores da obra jurídica para a decisão de mérito justa e efetiva.

O problema do subjetivismo interpretativo é sanado pela ideia de que tais autores da obra jurídica partilham da mesma “comunidade de princípios jurídicos”, o que pode ser um argumento fraco na tradição jurídica brasileira, mas que se ajusta bem ao sistema jurídico do *common law*. Isto em razão de tal teoria já ter como berço a prática jurídica de precedentes e ter por sustento a aplicação de princípios jurídicos, o que pode não satisfazer a complexidade das demandas jurídicas dos países de tradição codificada. Nas palavras de Dworkin:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.⁴⁷⁷

Na perspectiva teórica de Estefânia Maria de Queiroz Barboza, “é possível aplicar o romance em cadeia nos sistemas de *civil law*, como o Brasil, especialmente no âmbito da Jurisdição Constitucional, quando se trata de buscar o significado dos princípios e direitos fundamentais, que não está no texto constitucional⁴⁷⁸”. Junto com esta tese, tal interesse pelo “romance em cadeia” no direito processual civil brasileiro reflete uma tendência na “Escola

⁴⁷⁵DWORKIN, idem, 2014, pp. 275-286.

⁴⁷⁶Art. 6º, do Código de Processo Civil; Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

⁴⁷⁷DWORKIN, idem, 2014, p. 291.

⁴⁷⁸BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 254.

Mineira de Processo Democrático⁴⁷⁹”, tomando o referencial das posições de Dierle Nunes⁴⁸⁰, no que se refere à democratização processual do sistema de precedentes brasileiro.

Com todo o respeito às referidas posições teóricas, deve-se considerar que a busca pelo direito alienígena para justificar o modelo de precedentes brasileiro não leva em conta o “espaço de experiência” que está presente na nossa tradição jurídico-processual, de maneira que tais perspectivas podem indicar, ao menos, o “horizonte de expectativa” teórico. É válido precaver o seguinte: quanto maior a separação entre esse “horizonte de expectativa” teórico e a realidade interpretada por ele, maior é a possibilidade de frustração agregada à interpretação jurídica do seu “espaço de experiência”.

Assim sendo, por pretender partir da realidade histórico-cultural do processo civil brasileiro, a proposta de interpretação jurídica diacrônica sobre o devido processo democrático dos precedentes do STJ está apoiada no “espaço de experiência” institucional e normativo, em aspectos descritivos e prescritivos de processo justo de precedentes. A partir dos registros de que os precedentes de direito privado do STJ já eram uma realidade institucional do judiciário brasileiro, constata-se o “espaço de experiência” que antecipou a norma jurídica-processual.

Nesse “espaço de experiência”, a efetividade das normas do CPC/2015 junto às práticas processuais do judiciário são os componentes concretos e normativos do “horizonte de expectativa” que é lançado sobre o processo justo de precedentes. Disto nasce a proposta da teoria diacrônica de fundamentação justa, que pretende trazer fundamentos para justificar a legitimidade democrática do STJ na dinâmica de vinculação do processo ao precedente.

3.8 O Critério Diacrônico de Vinculação do Processo ao Padrão Justo

No campo da história, os métodos inspirados na “história-narrativa”, “que reserva o primeiro plano aos indivíduos e aos acontecimentos⁴⁸¹”, foram recusados pelos historiadores alemães, por causa da relevância do “conceito de *Geschichte*: história no singular, a história em si, a História⁴⁸²”. Este modo de interpretar a história não mais como “as histórias narradas” fica claro no método da história conceitual; inclusive, quando o objeto é a história

⁴⁷⁹JOBIM, idem, 2016, pp. 110-111: segundo Marco Félix Jobim, “a Escola também é conhecida como Escola *Habermasiana* de Processo” (p. 111).

⁴⁸⁰NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; e HORTA, André Frederico de Sena. Os Precedentes Judiciais, o Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes / In. **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015**; (org.) Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Jayme. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 305-361.

⁴⁸¹HARTOG, François. **Evidência da História**: o que os historiadores veem; trad. Guilherme João de Freitas Teixeira, com a colaboração de Jaime A. Clasen. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013, p. 175.

⁴⁸²HARTOG, idem, 2013, p. 179.

do direito: “Não é mais a história individual, como em Heródoto, que manifesta uma justiça que lhe é inerente⁴⁸³”. De acordo com Reinhart Koselleck:

A justiça, qualquer que seja, sempre se realiza no conjunto da história do mundo e através dela. A predeterminação do “sempre já” e do “ainda não” cria no homem a necessidade de converter, de forma reflexiva e autoconsciente, suas limitações em justiça. Assim, a história pode ser interpretada em sua diacronia como caminho para o estado de direito, para a sociedade das nações.⁴⁸⁴

Neste sentido, observa-se que a interpretação jurídica diacrônica é uma proposta metodológica ligada à história do direito processual civil. Todavia, na diacronia de um devido processo dos precedentes, pode-se estabelecer uma linguística do texto jurídico. Luís Alberto Warat menciona que a linguística de Saussure tratou de considerar a sincronia e a diacronia como campos distintos de análise: “uma estática e outra evolutiva e histórica⁴⁸⁵”. Desta forma, “considera-se a possibilidade de estudar os signos no interior de uma linguística sincrônica e de uma linguística diacrônica⁴⁸⁶”.

Entendida como uma linguística diacrônica do texto jurídico, a interpretação sobre a *ratio decidendi* retoma os laços com a análise da narrativa judicial, podendo-se voltar para a história dos processos. Nesta condição, esta proposta de tese avança sobre o método histórico alemão para considerar a diacronia das narrativas jurídicas que configuram a *ratio decidendi*. Deste modo, torna-se possível estruturar conceitos jurídicos, tal qual o conceito de “equidade” no direito privado brasileiro, a partir das narrativas jurídicas situadas na *ratio decidendi* dos processos judiciais. Isto permite interpretar a *ratio decidendi* empiricamente.

Por outro lado, em face do reconhecimento de que a *ratio decidendi* é um conceito jurídico indeterminado, o processo justo dos precedentes é efetuado a partir do momento em que, por meio da decisão motivada, o operador do direito seleciona qual é a narrativa jurídica adequada ao processo judicial. Esta seleção da narrativa jurídica mais adequada ao processo, entretanto, não é tida como discricionária, em função da “rede de intriga” criada no histórico do processo e da *ratio decidendi* que o vincula.

Em razão da narrativa jurídica da *ratio decidendi* apresentar tal “rede de intriga”, junto com a hermenêutica filosófica de Paul Ricoeur, entende-se que “o tipo de universalidade que a intriga comporta deriva do seu ordenamento⁴⁸⁷”. O ordenamento dos processos judiciais

⁴⁸³KOSSELLECK, Reinhart. **Estratos do Tempo**: estudos sobre história; trad. MarkusHediger. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2014, p. 323.

⁴⁸⁴KOSSELLECK, idem, 2014, p. 323.

⁴⁸⁵WARAT, Luís Alberto. **O Direito e sua Linguagem** – 2ª ed. – com a colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 33.

⁴⁸⁶WARAT, idem, 1995, p. 33.

⁴⁸⁷RICOEUR, Paul. **Tempo e Narrativa** – volume 01: a intriga e a narrativa histórica; trad. Claudia Berliner; revisão da trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 74.

vinculados à *ratio decidendi* compõe, assim, a hermenêutica da ordem jurídico-política, sobre a qual é compreendida no critério diacrônico de interpretação para dar seguimento à narrativa jurídica. Nos processos judiciais, os sujeitos estarão diante do “espaço de experiência” e do “horizonte de expectativa” ajustados à narrativa jurídica do processo vinculado ao precedente.

Na narrativa jurídico-processual, “os universais que a intriga gera não são ideias platônicas. São universais parentes da sabedoria prática, portanto da ética e da política⁴⁸⁸”. Em tal prática de processo justo, dois conceitos se interligam no desenvolvimento da narrativa processual, “o da composição da intriga (*mythos*) e o de atividade mimética (*mimesis*)⁴⁸⁹”. A diretriz interpretativa da coerência jurídica faz com que a atividade mimética, consistente na representação da *ratio decidendi* sobre o processo, acompanhe o *mythos*.

O *mythos* que está presente no “horizonte de expectativa” de precedentes é o da certeza do direito. Ainda que tal ideia de “certeza do direito” seja um mito, os mecanismos do sistema jurídico-processual funcionam para perseguir este mito, de modo que toda a atividade jurisdicional resulta numa atividade mimética que atua na representação da decisão de mérito em tempo razoável, da decisão justa e efetiva; da boa-fé; da segurança jurídica; da proteção da confiança; da isonomia; da colaboração processual; da transparência; e da decisão motivada.

No que concerne às diretrizes interpretativas do direito estável, íntegro e coerente, a atividade dos juízes mimetiza a conduta judicial das Cortes Supremas. Deste modo, a teoria diacrônica de processo justo dos precedentes concebe que as Cortes Supremas possuem uma função hermenêutica na atividade jurisdicional; porém, distanciando-se da concepção original de Mitidiero, a teoria diacrônica compreende que o STJ mimetiza uma “Corte de Precedentes” quando age com a conduta exemplar de prospectar no horizonte de expectativa do precedente as mesmas *rationes decidendi* colhidas do seu espaço de experiência. Ainda quando a *ratio decidendi* é superada, a deliberação judicial sobre a sua superação parte do seu “espaço de experiência” e caminha para o seu novo “horizonte de expectativa”.

Portanto, a distinção entre a teoria diacrônica da fundamentação justa e o modelo de Cortes Supremas proposto por Mitidiero está na delimitação da função jurisdicional que dá significado à Corte de Precedentes. Enquanto que na teoria do modelo de Cortes Supremas há um forte apreço à função interpretativa, a teoria diacrônica dos precedentes circunscreve uma dupla valoração de Corte de Precedentes: o valor interpretativo do caso-precedente; e o valor mimético, sendo este baseado no exemplo do modelo de precedentes. Este último consiste na representação do STJ enquanto atuante no papel de Corte de Precedentes, por meio do dever

⁴⁸⁸RICOEUR, idem, 2010, p. 74.

⁴⁸⁹RICOEUR, idem, 2010, p. 57.

de coerência nos seus julgados, que permitem interpretar a conduta exemplar de respeito às eficácias vertical e horizontal dos precedentes.

A função interpretativa, neste sentido, abarca toda a jurisdição; todos os juízes e órgãos da justiça. No que tange à função mimética, cada qual deve representar o seu papel que a CF/88 institucionaliza na organização judiciária. Por isto, somente ao STJ cabe representar o papel de uma Corte de Precedentes na uniformidade interpretativa do direito federal, à luz do art. 105, III, alínea “c”, da CF/88. O papel que é dirigido aos juízes está delineado no sistema jurídico-processual: que é o de observar a vinculação aos precedentes e aos demais padrões decisórios. Portanto, está preservada a nomofilaquia interpretativa do STJ na padronização do direito, com a posição de Corte de vértice da interpretação.

Num certo sentido, isto reforça a interpretação proposta por Mitidiero quanto ao modelo de Cortes Supremas. Contudo, a interpretação jurídica diacrônica sobre a legitimidade do STJ como Corte de Precedentes estende mais radicalmente para todo o corpo do judiciário a possibilidade de interpretar a *ratio decidendi* em sua diacronia institucional e normativa, a partir do “espaço de experiência” e do “horizonte de expectativas” das *rationes decidendi*. A autoridade do precedente, segundo Neil Duxbury, “deve-se muito mais ao fato de que os precedentes são entendidos e valorados como fontes de razão jurídica do que mera aplicação de regras em casos idênticos materialmente⁴⁹⁰”.

Quanto à hierarquia das Cortes de Justiça, Neil Duxbury detalha que as mesmas foram consolidadas muito tempo depois da efetividade da doutrina do *stare decisis*⁴⁹¹. Esta doutrina contou com a sistemática do Relatório de Casos (*Law Reports*⁴⁹²) para organizar os dados sobre os precedentes, algo que hoje pode ser feito de maneira bem mais eficiente junto à rede mundial de computadores, conforme determina o art. 927, § 5º, do CPC/2015.

A força hermenêutica da *ratio decidendi* é o barômetro de mimetização judicial: quanto mais forte for o direito, maior é a vontade de fazê-lo representar no processo judicial. O ato decisório escolhe o direito positivo que pertence à moldura jurídica, como frisou Hans Kelsen⁴⁹³, o que equivale à seleção da narrativa jurídica coerente ao processo na teoria

⁴⁹⁰DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2008, p. 57 (livre tradução do idioma original): “The authority of precedent has much to do with the fact that precedents came to be understood, and valued, as sources of reason, not merely as rulings, in materially identical cases”.

⁴⁹¹DUXBURY, idem, 2008, p. 56.

⁴⁹²BARBOZA, idem, 2014, p. 196.

⁴⁹³KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; trad. João Baptista Machado - 7ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 392-395: de acordo com Kelsen, o legislador possui uma liberdade maior do que a do juiz, mas também o juiz é relativamente livre para criar o direito. “Justamente por isso, a obtenção da norma individual no

diacrônica de interpretação do processo justo. A atividade mimética de julgar conforme a *ratio decidendi* passa pelo filtro da interpretação jurídica do caso concreto. A interpretação da lei decorre do seu caráter formal de validade, bastando que a lei esteja vigente para ser aplicada, o que não acontece na interpretação jurídica da *ratio decidendi*.

O grau de eficácia do precedente, então, é determinado pela força do direito, que está exposta nos fundamentos jurídicos determinantes da decisão da Corte Suprema. Ou seja, não é o aspecto formal que define o grau forte de eficácia do precedente. O aspecto formal irá definir a eficácia dos processos repetitivos, mas não a força de vinculação dos precedentes. A regra processual que orienta o julgador nesta vinculação do processo ao precedente é prevista no art. 489, do CPC/2015. Ao analisar a realidade da tradição jurídica codificada, Hassemer coloca o problema da vinculação ao precedente desta maneira:

O juiz “pode” desviar-se do direito jurisprudencial; não é, pois, determinado pelo precedente com o mesmo rigor formal do postulado da vinculação à lei. Contudo, se se afasta dos precedentes, é obrigado a um muito maior esforço argumentativo para justificar a sua decisão.⁴⁹⁴

É exatamente o que exige o art. 489, do CPC/2015, quando o juiz deve motivar a decisão que está vinculada ao precedente. Seja para vincular-se ou não ao precedente versado no processo judicial, a decisão judicial apenas é tida como fundamentada quando o juiz faz o confronto do caso concreto com as “razões de decidir” do precedente. Nesta circunstância da motivação da decisão judicial, está claro que o juiz interpreta a *ratio decidendi* para aplicá-la ou não ao processo. Ainda que o precedente tenha uniformizado a interpretação do direito, é preciso elucidar quais são os elementos fático-jurídicos que compõem a decisão motivada, de modo que tais elementos podem não ser identificados na *ratio decidendi*.

Daí que a interpretação jurídica diacrônica reafirma a *ratio decidendi* como sendo um conceito jurídico indeterminado, a ser interpretado no “espaço de experiência” processual. Por estar aberta ao “horizonte de expectativa” do processo justo, a interpretação determina a *ratio decidendi* do padrão decisório ajustado ao processo judicial.

processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária” (p. 393).

⁴⁹⁴HASSEMER, Winfried. Sistema Jurídico e Codificação: a vinculação do juiz à lei / In. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**; (org.) A. Kaufmann e W. Hassemer; trad. Marcos Keel; revisão científica de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 296.

3.9 A Conceitualização do Processo Justo de Padrões Decisórios

Para analisar o problema do conceito no espaço de experiência cultural, a teoria da não-conceitualidade, de Hans Blumenberg, auxilia o critério diacrônico de interpretação. Para essa teoria, “O conceito não é capaz de tudo que a razão requer⁴⁹⁵”. Ou seja, os fundamentos jurídicos decisórios não pressupõem que os conceitos estejam determinados pelo precedente. Os conceitos jurídicos importados do sistema do *common law* servem como parâmetro, mas não satisfazem plenamente o direito processual civil brasileiro em seus anseios explicativos e pragmáticos. Nas palavras de Hans Blumenberg: “O conceito se originou da *actio per distans*, do agir em vista da distância espacial e temporal⁴⁹⁶”.

Na medida em que os participantes do processo exigem a objetividade do modelo de precedentes, as indeterminações conceituais quanto ao referido modelo no direito brasileiro permitem alargar o conceito de precedentes, como é o caso da citada exegese do art. 927, para que nele as novas experiências de *ratio decidendi* se acomodem. No conceito de precedentes há essa vantagem hermenêutica. Neste sentido, de acordo com Hans Blumenberg: “O conceito deve possuir indeterminação suficiente para ainda poder apreender tais experiências futuras, de modo que eventos correspondentes e adequados também possam ser relacionados a elas, ainda que no detalhe da concreção plena haja divergências quanto a experiências passadas⁴⁹⁷”.

A mudança conceitual dos precedentes ao longo da história e da cultura, tal qual se deu nos precedentes ingleses e na experiência de precedentes em outros países, assim como a mudança conceitual observada no *law of the land* para o *due process*, tiveram um espaço de interpretação para receber as novas experiências que transformaram o conceito. Esse espaço é a historicidade que deve ser compreendida para que haja a interpretação do conceito.

A expressão linguística deste espaço aberto para a mudança conceitual não está só no nível da retórica acerca dos conceitos de devido processo e de precedentes. É por meio da metáfora que a linguagem expressa a não-conceitualidade, tendo em vista que o espaço aberto pelo uso metafórico de um conceito não reivindica o lugar de uma verdade universal sobre o respectivo conceito. Nesta acepção metafórica, os padrões decisórios podem ser valorados e conceitualizados como precedentes.

⁴⁹⁵BLUMENBERG, Hans. **Teoria da Não-Conceitualidade**; trad. Luiz Costa Lima. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013, p. 45.

⁴⁹⁶BLUMENBERG, idem, 2013, p. 46.

⁴⁹⁷BLUMENBERG, idem, 2013, p. 47.

Na explicação de Paul Ricoeur: “A metáfora põe em jogo a aptidão da linguística sincrônica de dar conta de fenômenos de mudança de sentido⁴⁹⁸”. A mudança de sentido em torno da vinculação aos padrões decisórios aproxima o direito brasileiro do uso metafórico do conceito de precedentes. Na descrição de Hans Blumenberg, pode-se entender que a metáfora “é, em um texto determinado, uma perturbação das conexões, da homogeneidade que possibilita a leitura mecânica. A metáfora bloqueia a recepção do texto⁴⁹⁹”. Isto impacta tanto a compreensão sobre os conceitos, como a interpretação do texto jurídico.

A ideia de que a *ratio decidendi* é um conceito jurídico indeterminado propicia o uso metafórico da linguagem, ao contrário dos textos legais. Conforme Hans Blumenberg: “A metáfora é impossível, por exemplo, em um texto legal, que se destaca ou pelo menos deveria se destacar por sua determinação forte⁵⁰⁰”. Neste quadrante, é maior o desafio da objetividade da interpretação jurídica, mas o objetivo comportado por um direito estável, íntegro e coerente corresponde à previsibilidade do direito, não a sua determinação. Isto porque a determinação conduz ao mito da certeza do direito, ainda que essa crença ajude a atividade mimética do judiciário a interpretar com objetividade jurídica.

Como refletiu Hans Blumenberg: “O conceito termina na mística, a metáfora no mito⁵⁰¹”. Há uma mística no conceito de precedente: pode ser compreendido como a solução para os problemas da incerteza do direito; ou ser entendido como um problema a mais na crise do poder judiciário. No direito ao processo justo, o interesse pela fundamentação jurídica ajustada ao padrão de decisões judiciais está ligado à racionalidade do direito. Dessa maneira, a busca pela conceitualização do devido processo de precedentes pode perseguir essa mística, a fim de suprir o déficit de segurança jurídica na irregularidade dos padrões decisórios.

Na metáfora da peça de teatro, o STJ é o roteirista e diretor da encenação, mas não é o ator que interpreta o texto quando está em cena. Assim é com a interpretação do texto jurídico: as diretrizes interpretativas são estabelecidas pelo STJ; porém, a atuação dos sujeitos do processo segue interpretando o texto jurídico. Enquanto o STJ representa o papel de Corte de Precedentes, os sujeitos do processo representam os atores jurídicos em cena. A atividade mimética do STJ como Corte de Precedentes envolve a definição das diretrizes interpretativas do que é uma *ratio decidendi* estável, íntegra e coerente. Porém, não é a Corte de Precedentes que determina a *ratio decidendi* no caso concreto. Na determinação da *ratio decidendi* é que há o juízo de adequação do processo ao precedente.

⁴⁹⁸RICOEUR, Paul. **A Metáfora Viva**; trad. Dion Davi Macedo - 2ª ed. - São Paulo: Loyola, 2005, p. 173.

⁴⁹⁹BLUMENBERG, idem, 2013, p. 108.

⁵⁰⁰BLUMENBERG, idem, 2013, p. 109.

⁵⁰¹BLUMENBERG, idem, 2013, p. 128.

A interpretação jurídica de uma Corte de vértice é bem representada, desta forma, pela observância das diretrizes interpretativas. O art. 926, do CPC/2015, prevê tais diretrizes interpretativas, de modo que, nesta proposta de interpretação jurídica diacrônica, entende-se que o art. 926 está vinculado à cláusula geral do processo justo de padrões decisórios. Esta cláusula geral do processo justo de padrões decisórios possibilita, nela mesma, a fórmula da mudança sobre a *ratio decidendi*, pois a abertura hermenêutica da integridade e coerência é interpretada na diacronia do “espaço de experiência” com o “horizonte de expectativas”.

Esse foi o motivo que levou Lucas Buril a entender que, em suas palavras: "O art. 926 do CPC/2015 é, certamente, o dispositivo mais importante sobre a teoria dos precedentes judiciais, fornecendo material suficiente para a construção do *stare decisis* brasileiro⁵⁰²". Na dinâmica do processo justo, são as diretrizes interpretativas do art. 926 e não a lei imperativa que orientam as fundamentações jurídicas padronizadas com força vinculante.

A interpretação jurídica dos juízes e demais órgãos do judiciário, assim, também diz respeito à *ratio decidendi*, mas a sua função interpretativa é bem representada quando for exercido o juízo de adequação do precedente vinculado ao processo. O art. 6º e o inteiro teor do art. 489, do CPC/2015 são os preceitos normativos implicados nesta atividade mimética da fundamentação jurídica justa do processo judicial. A narrativa jurídica da *ratio decidendi* assume o seu lugar no “espaço de experiência” e “horizonte de expectativa” do processo justo.

A autoridade dos precedentes, então, entendida como sendo a autoridade do texto jurídico (da *ratio decidendi*) e a autoridade de direito que interpreta o texto jurídico, não está apenas no STJ. A colaboração processual na interpretação jurídica da *ratio decidendi* atua de forma coordenada, como se houvesse a representação de uma peça teatral, aonde cada um dos atores representa o seu papel no palco jurídico-processual. Nessa jurisdição dos precedentes, não há um ator mais importante do que outro, por razão de que todos os participantes estão legitimados pelo direito para interpretar a *ratio decidendi*: o STJ no papel de estabelecer um juízo abstrato do texto normativo e nele fixar a sua conduta; e os demais juízes e órgãos no papel de estabelecer um juízo de adequação do texto ao caso judicial.

⁵⁰² MACÊDO, Lucas Buril de. A Disciplina dos Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil / In. **Precedentes**; (coord.) Fredie Didier Jr. [et. al.]. Salvador: Juspodium, 2015, p. 476.

3.10 Revisitação da Caminhada: síntese dos enunciados desta tese

Neste item que finaliza o último capítulo, há o propósito de preparar a conclusão desta pesquisa com a elucidação clara dos enunciados desta tese. Vale lembrar que o método de abordagem hipotético-dedutivo, utilizado nesta pesquisa, considera tais enunciados como sendo as hipóteses a partir das quais se inferem os resultados. Com tal dado metodológico, é válido apresentar tais hipóteses com a aplicação das mesmas sobre os "casos-precedentes" do STJ. Dessa forma, procura-se ter clareza em relação aos resultados teórico-dogmáticos desta pesquisa e justificar a aplicação desta tese à interpretação jurídica-processual.

Essas deduções hipotéticas, no entanto, não dizem respeito apenas à compreensão da historicidade dos padrões decisórios, mas também ao modo de compreender o momento histórico do direito processual civil. A análise diacrônica, nesta linha metodológica, aplica-se: primeiro, à compreensão do direito ao processo justo a partir da vinculação ao padrão jurídico decisório interpretado no processo; e segundo, à compreensão de como a experiência histórica do direito pode demarcar a expectativa de valoração processual dos "casos-precedentes".

Com base nesta perspectiva hermenêutica, podem ser sintetizados dois enunciados do critério diacrônico de interpretação: (1º) o "espaço de experiência" do processo demarca a interpretação das *rationes decidendi* no "horizonte de expectativa" da vinculação aos padrões decisórios como manifestação do direito ao processo justo; e (2º) a "experiência-expectativa" (diacrônica) da interpretação de padrões decisórios do STJ demarca a historicidade do direito a partir da fundamentação justa no processo. Esses enunciados desenvolvidos nesta tese são analisados nos dois subitens que antecedem à conclusão da pesquisa.

3.10.1 Enunciado (1): o processo justo é o "espaço de experiência" das *rationes decidendi*

O espaço de interpretação do direito padronizado pela Corte é o processo judicial. A vinculação ao padrão decisório é um fenômeno jurídico-processual que está relacionado ao tempo presente, ainda que o intérprete se volte para o "caso-precedente" quando busca a fundamentação justa. Logo, há o momento (passado) de estabelecimento do padrão decisório pela Corte Suprema; e existe o momento (presente) de interpretação deste padrão decisório no processo. A interpretação jurídica-processual está no "presente-passado" do texto jurídico, ou seja, no repositório argumentativo que demarca o "espaço de experiência" da fundamentação justa. O direito ao processo justo está expresso nesse repositório argumentativo.

Quando o processo é julgado na Corte Suprema que já estabeleceu as *rationes* em julgado anterior, está claro que a vinculação horizontal ao "caso-precedente" visará também o futuro dos demais casos semelhantes. Pois a finalidade da Corte Suprema deve ser esta: a de garantir que as decisões sejam estáveis, íntegras e coerentes. Por isto mesmo, na sede da Corte Suprema, não há de se tratar apenas do "espaço de experiência" do processo, visto que existe o "horizonte de expectativa" referente à unidade e à padronização do direito.

Quando o STJ estabiliza o direito em decisões subsequentes que tenham o mesmo fundamento decisório, está reforçando a argumentação jurídica que concerne ao "horizonte de expectativa" dos processos futuros. Dessa maneira, o "espaço de experiência" que fundamenta o padrão decisório é o que norteia o "horizonte de expectativa" ligado à função da Corte. Esse é o critério diacrônico de interpretação: o que se apresenta no "espaço de experiência" e, a um só tempo, no "horizonte de expectativa" da fundamentação justa do processo.

Tome-se como exemplo o REsp. 1.270.983 - SP, da relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, julgado pela Quarta Turma do STJ⁵⁰³ em 2016. No voto do relator, são mencionadas três orientações normativas do STJ quanto ao termo inicial dos juros de mora: (1ª) aquela que é de pleno direito, a partir do termo fixado no título da obrigação; (2ª) aquela que depende de interpelação ou de citação judicial; e (3ª) aquela que decorre de ato ilícito extranegocial. A Súmula 54 do STJ enuncia esta última modalidade. O Min. Luis Felipe Salomão especifica a *ratio decidendi* do caso concreto, para excluir a aplicação do enunciado da súmula, como se depreende da síntese do julgado a seguir:

4. Da *ratio decidendi* refletida na Súmula 54, infere-se que a fixação do valor indenizatório - sobre o qual incidirá os juros de mora, a partir do evento danoso - corresponde a uma única prestação pecuniária.

5. No tocante ao pensionamento fixado pelo Tribunal de origem, por ser uma prestação de trato sucessivo, os juros moratórios não devem iniciar a partir do ato ilícito - por não ser uma quantia singular -, tampouco da citação - por não ser ilíquida -, mas devem ser contabilizados a partir do vencimento de cada prestação, que ocorre mensalmente.⁵⁰⁴

Nesse caso concreto, as prestações periódicas tinham como origem o processo que condenou a empresa ré ao pagamento de indenização civil por dano reflexo ao dependente econômico da vítima. Essa indenização civil tem natureza alimentícia. Entendeu-se que o

⁵⁰³ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.270.983 - SP. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS REFLEXOS. VERIFICAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALORES MANTIDOS. PENSÃO FIXADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM AO MENOR. JUROS DE MORA. TERMO A QUO. JUROS CONTADOS A PARTIR DO VENCIMENTO MENSAL DE CADA PRESTAÇÃO. PARCELAS VINCENDAS. EXCLUÍDAS** (Rel. Min. LUÍS FELIPE SALOMÃO; QUARTA TURMA, julgado em 08/03/2016; DJe 05/04/2016). Fonte: <https://stj.jusbrasil.com.br> (acesso em 20/06/2016).

⁵⁰⁴ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.270.983 - SP; voto do Rel. Min. LUÍS FELIPE SALOMÃO; QUARTA TURMA, julgado em 08/03/2016; DJe 05/04/2016.**

termo inicial da mora não deveria ser o do momento do dano, mas o do vencimento da pensão alimentícia. É interessante apontar que o STJ apresenta os padrões decisórios, nesse julgado, para fins de interpretar as regras do Código Civil sobre cada hipótese fático-normativa acerca do termo inicial da mora nas obrigações, fundamentando as *rationes* de "casos-precedentes" que devam ser aplicadas aos processos futuros.

O processo é o "espaço de experiência" da interpretação dos padrões decisórios, mas essa interpretação é objetivada pela Corte Suprema. No critério diacrônico, ainda há de se considerar o "horizonte de expectativa" construído sobre a fundamentação justa no processo, pois o direito ao processo justo requer a conformação ao padrão decisório da Corte. Deve-se ter em mente, além disso, o contexto histórico decisório das *rationes decidendi*, evitando-se a sua inadequação aos fundamentos jurídicos do processo. Esse argumento é trazido pelo Min. Luís Felipe Salomão no julgado desse REsp., conforme segue:

É de conhecimento cursivo que, nos precedentes que ensejaram a criação da referida súmula, houve exaustivo debate acerca do termo inicial dos juros da mora em caso de responsabilidade, contratual e extracontratual. Na ocasião, firmou-se a tese de que tais juros deveriam começar a correr a partir do ato danoso - ou, como se denominava à época, do delito civil -, e não a partir da citação, como normalmente ocorre nas relações contratuais. Da *ratio decidendi* refletida na Súmula 54, infere-se, contudo, que a fixação do valor indenizatório - sobre o qual incidirá os juros de mora, a partir do evento danoso - corresponde a uma única prestação pecuniária. É justamente nesse aspecto - do *modus operandi* da prestação pecuniária - que reside a **distinção** entre o caso concreto e aqueles que recebem amparo da Súmula 54/STJ.⁵⁰⁵

No grifo que fizemos à palavra "distinção", está demonstrado o uso da técnica de distinção do caso, aplicável aos precedentes, aos enunciados de súmula e, em procedimento específico, às demandas repetitivas. A partir dos conteúdos enunciados nesse caso concreto, é possível verificar que há padrões decisórios que tenham o valor de precedente, isto é, que não sejam pré-qualificados pela lei processual civil com efeito vinculante, mas cujos fundamentos jurídicos devam ser considerados relevantes na manifestação do direito ao processo justo.

O critério diacrônico de interpretação procura aferir, sobretudo, essa identificação de *rationes decidendi* em padrões decisórios que não estejam caracterizados pelo CPC/2015 com efeito vinculante e que constituem a sua vinculação ao processo justo pela qualidade dos argumentos jurídicos desenvolvidos pela Corte Suprema. O efeito vinculante desses padrões decisórios não está diretamente na lei, não compreendendo a estática jurídica, que qualifica o IRDR, as súmulas e as decisões constitucionais do STF com valor vinculante apriorístico. É a partir da dinâmica jurídica que tais padrões decisórios são identificados e o critério diacrônico de interpretação, que é sustentado pela narrativa jurídica do processo enquanto "espaço de

⁵⁰⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.270.983 - SP; voto do Rel. Min. LUÍS FELIPE SALOMÃO; QUARTA TURMA, julgado em 08/03/2016; DJe 05/04/2016.

experiência" da interpretação e pelo "horizonte de expectativa" do direito à fundamentação justa no processo, pode demarcar a vinculação às *rationes decidendi* estabelecidas pelo STJ.

O direito ao processo justo está manifestado nos fundamentos decisórios que têm a interpretação no seu "espaço de experiência". Assim, com Luis Alberto Reichelt, defende-se que "o compromisso do julgador de prolatar uma decisão em face de um problema que lhe é proposto pelas partes pressupõe não só o conhecimento das versões possíveis da realidade histórica produzida nos autos, mas também o respeito aos limites impostos por um regime jurídico fortemente marcado por orientações lógicas e éticas⁵⁰⁶".

Nessa narrativa jurídica do processo justo, a atividade jurisdicional brasileira pode mimetizar o sistema de precedentes. A mística em torno dos precedentes é sustentada pelo mito da certeza do direito. Esse mito da certeza do direito tem uma importantíssima função: a de buscar a maior objetividade possível na interpretação jurídica-processual. Por isso mesmo, a valoração aos "casos-precedentes" e ao modo de pensar o direito através dessa sistemática de precedentes contribui com a fundamentação justa no processo.

Esse aspecto simbólico de valoração aos precedentes está implicado para além do "espaço de experiência" do direito brasileiro. No critério diacrônico, porém, tal valoração aos precedentes é vista no "horizonte de expectativa", tal qual uma narrativa ficcional: na mística dos precedentes, está o mito da certeza do direito. Ainda que seja uma ficção do direito, ou ainda que essa narrativa não seja uma ficção, o fato é que ela está baseada numa corrente de narrativa histórica que, inclusive, envolve a Ciência do Direito. Na versão dos fatos históricos legada pelos *common lawyers*, o sistema de precedentes é adequado para prover estabilidade, integridade e coerência ao direito.

No direito brasileiro, as Cortes Supremas estabelecem os padrões interpretativos em matéria constitucional (no STF) e infra-constitucional (no STJ), dando unidade ao direito. Quando há o padrão decisório sobre o direito federal, o STJ exerce a função interpretativa de fixar teses, súmulas ou fundamentos decisórios que tenham o valor de "casos-precedentes". Para além desta função de vértice, há o caráter exemplar do STJ na auto-vinculação aos seus precedentes. Contudo, no juízo de adequação da *ratio* ao processo, os juízes e demais órgãos da justiça também funcionam como intérpretes do precedente, de modo que a interpretação jurídica não é um monopólio da atividade jurisdicional do STJ.

Esse juízo de adequação do processo ao "caso-precedente" é feito por todo o sistema de justiça. Todos exercem um papel específico na organização judiciária brasileira,

⁵⁰⁶ REICHELT, idem, 2009, p. 155.

mas todos interpretam o direito. No palco da história do direito, os atores do processo judicial são todos aqueles que dele participam, tratando de adscrever sentido ao texto jurídico. Quando todos interpretam tal papel na história, tornam-se protagonistas da narrativa jurídica que gera a expectativa do processo justo.

Portanto, a atividade mimética de reprodução de uma sistemática de precedentes e a historicidade desta valoração aos "casos-precedentes" aproximam o "espaço de experiência" do direito brasileiro ao "horizonte de expectativa" de objetividade na fundamentação justa do processo. Nesse critério diacrônico de interpretação da historicidade do direito associada à narrativa do processo, pode ser formulado o conceito de devido processo dos precedentes nos juízos de primeiro grau de jurisdição civil. A partir disso, propõe-se compreender a doutrina de *stare decisis* do direito brasileiro, alcançada pelo repositório argumentativo de precedentes do STJ. As particularidades dessa sistemática de precedentes brasileiros podem ser vistas na experiência forense, sem desconhecer as expectativas geradas sobre as Cortes Supremas.

3.10.2 Enunciado (2): a padronização decisória é o "horizonte de expectativa" do direito ao processo justo

Na relação entre o direito ao processo justo e a unidade do direito, dois comandos normativos imperam com maior clareza: o primeiro é o direito à igualdade dos jurisdicionados no sistema de justiça; e o segundo é o dever de coerência jurídica do sistema processual com relação aos argumentos jurídicos consistentes. Do ponto de vista prestacional, no sentido da prestação de um serviço fundamental (de jurisdição) no Estado de Direito, é possível associar tal vínculo entre o direito à igualdade e o dever de coerência ao plano da eficácia dos padrões decisórios, por expressar o princípio jurídico da corresponsabilidade de direitos e deveres⁵⁰⁷.

O padrão decisório que compõe o repositório argumentativo das Cortes Supremas é eficaz no momento (futuro) em que há a fundamentação justa no processo judicial. Ou seja, o momento (presente) de estabelecimento do padrão decisório prospecta o momento (futuro) da fundamentação justa no processo judicial. O critério diacrônico de interpretação está aqui na perspectiva decisória da Corte Suprema, que estabelece as *rationes decidendi* para que elas sejam prospectadas no "horizonte de expectativa" da vinculação aos fundamentos decisórios, para fins de manifestar o direito ao processo justo.

⁵⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia, 1ª parte - 7ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 199-200.

A individuação das *rationes decidendi* nos processos julgados pela Corte, quando realizada a contento, é interpretada no "espaço de experiência" do processo judicial; logo, o momento de interpretação desses padrões decisórios com a vinculação às *rationes decidendi* está nos processos futuros. A padronização decisória é o "horizonte de expectativa" do direito fundamental ao processo justo, por realizar a argumentação jurídica consistente na unidade do direito. A consistência do direito está relacionada à historicidade do padrão decisório junto à Corte Suprema que o estabeleceu. O critério diacrônico de interpretação procura atender essa metódica de compreensão do padrão decisório.

Portanto, defende-se a ideia de que a padronização decisória, por parte das Cortes Supremas, é uma exigência do Estado Democrático de Direito que compõe uma expectativa de fundamentação justa no processo judicial. Nesta acepção histórica do Estado de Direito, assim, compreende-se que o "horizonte de expectativa" do processo justo é democrático, na medida em que procedimentaliza a abertura ao debate processual em torno dos fundamentos jurídicos que vinculam o processo judicial. Neste aspecto histórico-político, a interpretação do direito processual civil através da abordagem popperiana do critério diacrônico de Koselleck converge com o *ethos* democrático do Estado de Direito.

Vale lembrar que o CPC/2015 é a primeira legislação processual civil brasileira que foi promulgada na vigência de um Estado Democrático de Direito, sendo esta codificação vigente antecedida pelas legislações processuais de 1939 e de 1973⁵⁰⁸. Portanto, compreender o direito ao processo justo pela fundamentação jurídica adequada não deixa de ser uma defesa do Estado Democrático de Direito e dos princípios do processo civil democrático. O direito ao processo justo é contemplado nas normas fundamentais de processo, bem como, no comando normativo do art. 489, do CPC/2015; e nas diretrizes interpretativas, previstas no art. 926, do CPC/2015, que conduzem à padronização decisória.

Portanto, considera-se que os padrões decisórios brasileiros são dotados de valor jurídico-político pressuposto na representação democrática das Cortes Supremas. Reafirmar o caráter democrático do direito ao processo justo pela padronização decisória, além disso, diz respeito à intensificação dos juízos de adequação processual da *ratio* vinculada ao processo e à exigibilidade da política judicial comprometida com uma doutrina de *stare decisis* que esteja associada à história do processo civil brasileiro. Neste aspecto, é a função exemplificativa que qualifica o STJ como Corte de Precedentes, tendo em vista que a sua função de vértice já está pré-estabelecida pela norma constitucional de organização do judiciário brasileiro.

⁵⁰⁸JOBIM, Marco Félix. **Teoria, História e Processo**: com referências ao CPC/2015. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, pp. 111-113.

Nos dois modelos de Corte Judicial analisados por Daniel Mitidiero, o modelo de Cortes Superiores é controlador-revisor, enquanto que o modelo de Cortes Supremas tem um caráter interpretativo-padronizador. No modelo de Cortes Supremas, o STJ não é visto apenas como a última instância recursal. A interpretação jurídica diacrônica se coaduna ao modelo de Cortes Supremas, devido à função que o STJ tem de padronizar a interpretação do direito e de conformar a fundamentação jurídica aos princípios processuais que melhor traduzem o Estado Democrático de Direito. Tal dever jurisdicional de fazer respeitar as normas da CF/88 e do CPC/2015 é o passo decisivo para a conformação democrática do processo civil.

Assim sendo, propõe-se que o devido processo de precedentes seja interpretado no modelo do processo justo, aonde as normas fundamentais de processo sejam observadas pelas Cortes Supremas e pelos demais órgãos jurisdicionais que estarão atuando nesta direção. Esta proposta interpretativa pressupõe o devido processo substancial, cujo significado é o de evitar o arbítrio e garantir a dignidade da pessoa humana neste Estado Democrático de Direito, junto com o significado processual que exige a decisão de mérito justa e efetiva.

Na expectativa quanto à eficiência do sistema processual, os padrões decisórios atuam para dar funcionalidade ao sistema de justiça nas acepções quantitativa e qualitativa da decisão justa e efetiva. No sentido qualitativo, a eficiência do sistema processual tem relação com a efetividade dos padrões decisórios. No critério diacrônico de interpretação, voltado à historicidade dos padrões decisórios, a efetividade é concebida a partir da ideia de êxito dos argumentos jurídicos desenvolvidos nos padrões decisórios junto ao sistema de justiça.

Em sociedades menos complexas, as normas primárias satisfaziam a vinculação aos padrões normativos. No direito moderno, porém, as exigências quanto à padronização das normas jurídicas é sofisticada, operando-se por meio da legislação, dos atos da administração pública e da jurisdição. A juridicidade é uma fonte de padronização interpretativa. De acordo com Herbert Hart: "Claro que, se existir uma estrutura social tão simples que a única 'fonte do direito' seja a legislação, a regra de reconhecimento limitar-se-á a especificar a promulgação como a única marca identificadora ou critério de validade das regras⁵⁰⁹". O critério diacrônico de interpretação, portanto, procura atender a essa necessidade axiológica de identificação das *rationes decidendi* dos "casos-precedentes".

Na diacronia das mudanças semânticas, o processo justo dos precedentes do STJ caminha no espírito do contraditório forte, interpretado a partir do dialogismo processual que, numa acepção ampla, envolve tanto os sujeitos que estão diretamente envolvidos no processo,

⁵⁰⁹ HART, idem, 2005, p. 106.

como também todos os operadores do sistema de justiça. O preceito normativo fundamental de colaboração processual, que também pode ser referido por participação processual ou por princípio processual cooperativo, é um pressuposto democrático que possibilita tal dialogismo processual. O dissenso jurisdicional está incluído neste processo civil cooperativo, tal qual é previsto no art. 942, do CPC/2015.

Neste sentido, o padrão decisório enunciado no REsp. 1.771.815 - SP, já citado no capítulo anterior, definiu que a rediscussão do julgado com julgador que não havia participado do processo permite que o voto de membro do colegiado seja alterado. Compreende-se como o direito ao processo justo está articulado neste REsp., de acordo com esse trecho do voto do relator prescrevendo que: “o prosseguimento do julgamento com quórum ampliado em caso de divergência tem por objetivo a qualificação do debate, assegurando-se oportunidade para a análise das teses jurídicas contrapostas e das questões fáticas controvertidas, com vistas a criar e manter uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente⁵¹⁰”.

A referência ao texto do art. 926 do CPC/2015 é expressa nesta decisão do STJ. O art. 926 trata das diretrizes interpretativas relacionadas à formação de "casos-precedentes" no direito brasileiro. Esta norma do art. 926 não é apenas uma norma de processo, pois atinge o sistema jurídico como um todo integrado e coerente. Ou seja, tal norma também abarca o teor do art. 927, aonde estão estabelecidas as técnicas de vinculação de padrões decisórios. Nesta tipologia processual civil, os "casos-precedentes" são uma espécie de padrão decisório, mas há outras espécies (no art. 927). Por isto, não cabe confundir as decisões do STJ que tenham valor de precedente e o efeito vinculante estatuído por lei nos demais padrões decisórios. O valor de precedente pode ser aferido na estabilização, integridade e coerência decisória.

O critério diacrônico de interpretação que valoriza o "caso-precedente" não parte de uma fonte formal taxativa, diferente do que ocorre com os padrões decisórios do art. 927. As decisões do STJ não nascem com o valor de precedente; elas são reconhecidas como tais no apelo argumentativo que as *rationes decidendi* possuem para que seja efetivado o processo justo. Após a decisão do STJ, são os juízes e órgãos da justiça que adequam o processo (justo) às *rationes* do precedente. Este é o momento (futuro) da interpretação do "caso-precedente". Nos padrões decisórios do art. 927, dá-se que os mesmos surgem tão logo são veiculados.

Portanto, a padronização decisória está no "horizonte de expectativa" do processo justo pelo fato de que: primeiro, há uma expectativa de que o direito seja estável no sistema de justiça; segundo, há uma expectativa de que os fundamentos jurídicos decisórios integrem

⁵¹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.771.815 - SP; idem, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; Terceira Turma do STJ; Data de Julgamento: 13/11/2018.

o sistema jurídico; e terceiro, há uma expectativa de fundamentação ajustada ao processo. O direito ao processo justo, assim, se manifesta pelo ajustamento do caso concreto às razões de decidir do caso-precedente. Essas são expectativas legítimas que interagem com o "espaço de experiência" do processo judicial, estruturando o critério diacrônico de interpretação.

CONCLUSÃO

O ajustamento do caso concreto ao caso-precedente é o que fundamenta o direito ao processo justo, ao passo que o critério diacrônico de interpretação tem essa finalidade. Por meio da identificação das *rationes decidendi* na dinâmica dos casos-precedentes estabelecidos pelo STJ, os momentos temporais da interpretação do padrão decisório pela Corte Suprema e da vinculação aos processos futuros que interpretam o padrão decisório estruturam regimes de historicidade no processo judicial, no caso-precedente e no sistema jurídico. Na interpretação diacrônica, essas historicidades fundamentam a vinculação do processo ao caso-precedente, sendo esta a fundamentação jurídica que concretiza o direito ao processo justo.

O que caracteriza o critério diacrônico de interpretação, assim, são as categorias de historicidade. Em Reinhart Koselleck, tais categorias de interpretação são diacrônicas, por compreender o "espaço de experiência" e o "horizonte de expectativa" da história. Ao compor esse critério de análise, Reinhart Koselleck procurou interpretar a mudança dos conceitos no processo histórico. Em razão da necessidade de identificar os padrões decisórios do passado, o critério diacrônico de interpretação pode ser aplicado para a compreensão das historicidades do direito brasileiro, dos padrões decisórios e, a partir da abordagem popperiana, também do processo judicial. Em decorrência deste método de interpretação, verificou-se a possibilidade de interpretar o processo judicial como o "espaço de experiência" das *rationes decidendi* e o seu "horizonte de expectativa" na fundamentação justa do processo.

No momento em que a experiência é coerente com o "horizonte de expectativa", a expectativa integra o "espaço de experiência" das fundamentações jurídicas. No entanto, há a noção de que a história sofre descontinuidades, podendo haver momentos históricos nos quais o direito interpretado nas Cortes Supremas passa por instabilidades decisórias que dificultam a identificação de casos-precedentes. Assim, a interpretação que se apóia num determinado "espaço de experiência" está contextualizada no processo judicial, no mapeamento de padrões decisórios e na dinâmica do sistema jurídico-processual. Ao mesmo tempo em que se efetua tal interpretação, ela mesma comporta o "horizonte de expectativa" que é esperado no direito ao processo justo, concernente à fundamentação justa no processo. Esse é o motivo do critério de interpretação ser "diacrônico", pois nele estão o "espaço de experiência" e o "horizonte de expectativa" que é interpretado na história do processo judicial, do caso-precedente e de toda a unidade do ordenamento jurídico.

Na dinâmica jurídica, a unidade do direito é interpretada como uma unidade em movimento. Em outras palavras, há intervalos de tempo entre a estabilização e a mudança do

direito. Em se tratando das Cortes Supremas no Brasil, tais intervalos entre a estabilização de um padrão decisório e a sua mudança podem ter uma duração temporal menor do que aquela do sistema de precedentes, mas isto não leva à conclusão de que não há *stare decisis*. Trata-se de mais uma peculiaridade do direito brasileiro, criticada por Thomas da Rosa Bustamante, Luiz Guilherme Marinoni e José Rodrigo Rodriguez, em ensaios referenciados nesta pesquisa. O critério diacrônico de interpretação pode também servir para identificar tais mudanças nos padrões decisórios, demarcando as instabilidades do sistema de justiça na história ou mesmo para qualificar a superação de entendimentos vigentes nas Cortes Supremas.

A conceitualização do direito é um elemento identificável nos padrões decisórios, sendo esta uma das suas funções: a de estabelecer conceitos que visam ajustar a interpretação do direito. Com o critério diacrônico de interpretação, há a identificação do conceito jurídico no padrão decisório. Ao final do primeiro capítulo, na explicação sobre o critério diacrônico, houve a aplicação deste critério de interpretação para identificar a determinação conceitual da "equidade" na possibilidade judicial de redução do valor da cláusula penal. Assim, em razão da integridade do ordenamento jurídico, o critério diacrônico de interpretação pode identificar o preenchimento de lacunas jurídicas, a determinação de conceitos jurídicos antes tidos como indeterminados e a interpretação do direito sobre as cláusulas gerais.

Em relação à história ou à historicidade do direito, quando esta é compreendida no passado histórico ou no tempo presente, o critério diacrônico de interpretação está voltado à compreensão do "espaço de experiência" e "horizonte de expectativa" do sistema jurídico. A partir deste quadro da historicidade do direito, propõe-se a formulação do conceito de devido processo de precedentes, ainda que não haja a experiência histórica de sistema de precedentes. A interpretação diacrônica da historicidade do direito, neste sentido, é diferente da história do direito, pois se constitui no tempo presente. As exigências verificadas na doutrina jurídica quanto ao estabelecimento de padrões decisórios demonstram que há expectativa no discurso jurídico brasileiro acerca da sistemática de "casos-precedentes". Observa-se, desse modo, uma valorização de precedentes, que podem ser refletidos nos processos judiciais. O fundamento do valor jurídico atribuído aos precedentes está no direito ao processo justo.

O critério diacrônico de interpretação tem relação com o pensamento sistemático do direito e a tópica jurídica. Nessa linha propugnada por Juarez Freitas, o critério diacrônico considera o conjunto do sistema jurídico, mas não ignora que o processo judicial é o ponto de partida da interpretação. Deste modo, o raciocínio tópico problemático de Theodor Viehweg e o pensamento jurídico sistemático de Canaris compõem o método de interpretação jurídica diacrônica do direito à fundamentação justa, tendo em mente que a interpretação jurídica está

imersa na diacronia do caso concreto, sobre os *topoi* do processo judicial; e na interrelação sincrônica que o processo tem com o sistema jurídico, referido por Daniel Mitidiero como o momento de aplicação do precedente que está ajustado ao processo.

A tese está enunciada nos dois últimos tópicos deste trabalho. São eles: primeiro, o enunciado de que o processo justo é o "espaço de experiência" da interpretação das *rationes decidendi* no juízo de adequação do processo judicial aos fundamentos jurídicos decisórios de precedentes do STJ; e, segundo, o enunciado de que a padronização decisória e a valoração de precedentes do STJ está no "horizonte de expectativa" da interpretação do direito fundamental ao processo justo. O critério diacrônico de interpretação compreende "espaço de experiência" e "horizonte de expectativa" a um só tempo, dentro do qual não se pode prever a história do direito processual civil brasileiro.

Além disso, vale salientar que o critério diacrônico de interpretação do direito ao processo justo pela fundamentação jurídica adequada não tem a pretensão de esgotar todas as possibilidades hermenêuticas atinentes à identificação das *rationes* que geram a vinculação aos padrões decisórios do STJ. A investigação de critérios científicos de interpretação, para a compreensão das historicidades do direito, do processo judicial e dos fundamentos jurídicos decisórios, é o que justifica a construção dessa pesquisa.

Finalmente, ressalte-se que a aplicação desse critério diacrônico de interpretação na teoria do direito não é nova, como se pôde notar nas referências do primeiro capítulo, mas a interpretação do direito fundamental ao processo justo a partir da identificação de *rationes* estabelecidas pelo STJ com a aplicação hermenêutica das categorias de Reinhart Koselleck ao processo judicial representam uma inovação nessa pesquisa doutoral.

Portanto, essa pesquisa conclui propondo uma teoria diacrônica de fundamentação justo ao processo judicial, como método de interpretação jurídica das *rationes decidendi* do STJ. A atividade mimética das Cortes Supremas na representação do modelo de precedentes é interpretada no "horizonte de expectativa" do direito fundamental ao processo justo. Quanto às diretrizes interpretativas da fundamentação justa, com base no art. 926 do CPC/2015, estas recebem essa qualificação nesta teoria diacrônica e devem ser convalidadas na interpretação do processo judicial, pois nele há o "espaço de experiência" da interpretação processual, que é o lugar dos fundamentos jurídicos decisórios compreendidos a partir das *rationes decidendi* e da historicidade do direito.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica; trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e Processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. A Experiência no STJ / In. **O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado**; (coord.) Ana Frazão, Gustavo Tepedino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ALVIM, Arruda. **Novo Contencioso Cível no CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____; SCHMITZ, Leonard. Ementa. Função Indexadora. (Ab)Uso Mecanizado. Problema Hermenêutico / In. **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015**; (coord.) Dierle Nunes, Aluisio Mendes, Fernando Jayme. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler. **Da Codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz; e PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e Casos Repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? / In. **Precedentes Judiciais**: diálogos transnacionais; (org.) Marco Félix Jobim, Ingo W. Sarlet. Florianópolis, SC: Tirant lo Blanch, 2018.

ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Lisboa: Editorial Juruá, 2012.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica; trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino – 3ª ed. – São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos – 4ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Teoria da Segurança Jurídica** – 3ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2014.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; e SILVA, Diogo Bacha e. Transcendentalização dos Precedentes no Novo CPC: equívocos acerca do efeito vinculante – Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia, Diogo Bacha e Silva / In. **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015**; (org.) Dierle Nunes, Aloísio Mendes, Fernando Jayme. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2014.

BETTI, Emilio. **Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos:** teoria geral e dogmática; trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BLUMENBERG, Hans. **Teoria da Não-Conceitualidade;** trad. Luiz Costa Lima. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia:** uma defesa das regras do jogo; trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **O Positivismo Jurídico:** lições de filosofia do direito; trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria da Norma Jurídica;** trad. Ariani Bueno Sudatti, Fernando Pavan Baptista – 5ª ed. – São Paulo: EDIPRO, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política** – 10ª ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

BOTELHO, Guilherme. Uma Análise Crítica sobre a Fungibilidade Recursal e o Uso da Interpretação Extensiva no Rol Taxativo do Agravo de Instrumento Frente ao Processo de Corte Cooperativo / In. **Desafios do Processo Civil Contemporâneo:** os dois primeiros anos de vigência do Novo CPC; (org) Fernando Rubin; Luís Alberto Reichelt. Porto Alegre: Paixão, 2018.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico;** trad. Fernando Tomaz (português de Portugal) – 16ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e Interpretação Constitucional / In. **Interpretação Constitucional;** (org.) Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. A "Lei da Boa Razão" e a cultura jurídica oitocentista: prolegômeno para uma proposta de compreensão da cultura jurídica brasileira contemporânea à luz do pensamento de Antônio Manuel Hespanha / In. **Revista Estudos Filosóficos nº 14/2015** - versão eletrônica - ISSN 2177-2967 - São João Del Rei: UFSJ, 2015.

_____. *Obiter Dicta* Abusivos: esboço de uma tipologia de pronunciamentos judiciais ilegítimos / In. **Revista Direito GV;** v. 14; n. 2 (Maio-Ago. 2018). ISSN 2317-6172. São Paulo: FGV Direito.

CABRAL, Antonio do Passo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil;** (coord.) Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental;** trad. Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México; trad. Maurício Fonseca Andrade - 2ª ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. O Devido Processo Legal / In. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca** - ISSN 1983-4225 - v. 11, nº 2, dez. 2016, pp. 233-261 - <http://www.revista.direitofranca.br> (acesso: 30/04/2019).

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMPOS, Ricardo; e LADEUR, Karl-Heinz. Entre Teorias e Espantalhos: deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens / In. **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**; (org.) Ricardo Campos. Coleção Teoria e História do Direito; trad. de Ricardo Campos (do texto de Karl-Heinz Lauder). São Paulo: Saraiva, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**; trad. A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. - Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** - 7ª ed. - Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Interconstitucionalidade e Interculturalidade** / In. "Brançosos" e Interconstitucionalidade - Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. reimpressa. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** – trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Mayara de. Ressalva de Entendimento e Valorização da Primeira Instância no Sistema de Precedentes Brasileiro / In. **Precedentes**; (coord.) Fredie Didier Jr. [et al.]. Salvador: Juspodium, 2015.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade** – 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CASTRO Jr., Torquato da Silva. **A Pragmática das Nulidades e a Teoria do Ato Jurídico Inexistente**: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009.

CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada; trad. Sergio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIGNOLA, Sandro. História dos Conceitos e História da Filosofia Política; trad. Noeli Correia de Melo Sobrinho / In. **História dos Conceitos: diálogos transatlânticos**; org.: João Feres Júnior, Marcelo Jasmin. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; Ed. Loyola: IUPERJ, 2007.

COLEMAN, Jules L.; e LEITER, Brian. Determinação, Objetividade e Autoridade / In. **Direito e Interpretação**: ensaios de filosofia do direito. (org.) Andrei Marmor; trad. Luís Carlos Borges, Silvana Vieira, Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e Tecnica del "Giusto Processo"**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2003.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil**: percursos do pensamento constitucional no Século XIX (1824-1891). São Paulo: Almedina, 2015.

COSTA, Newton C. A. **Lógica Indutiva e Probabilidade**. - 3ª ed. - São Paulo: Hucitec, 2008.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law** - fourth edition - New York: Clarendon Press, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**; trad. Hermínio A. Carvalho – 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER Jr., Fredie; e SOUZA, Marcus Seixas. Formação do Precedente e Amicus Curiae no Direito Imperial Brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876 / In. **Revista de Processo**, Ano 38: vol. 220, junho-2013, p. 409. Fonte: www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/vie4447 [acesso em 13.01.19].

_____. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**; (coord.) Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira – 10ª ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

_____. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida** – 3ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. O Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência / In. **Crise dos Poderes da República**: judiciário, legislativo e executivo; (coord.) George Salomão Leite, Lenio Streck, Nelson Nery Junior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**; Márcio Pugliesi – 2ª ed. – São Paulo: Ícone, 2006.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**; trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. O Direito como Interpretação; trad. André Pedreira Ibañez / In. **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**; (org.) Anderson Vichinkeski Teixeira, Elton Somensi de Oliveira. Barueri, SP: Manole, 2010.

_____. **O Império do Direito**; trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**; trad. J. Baptista Machado – 7ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FACCHINI NETO, Eugênio. **A Sentença em Perspectiva Comparada**: estilos norte-americano, francês e italiano em confronto. Editora Revista dos Tribunais. Revista de Processo: RePro, V. 39, n. 235, p. 407-434, set. 2014. Fonte: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77475> [Acesso: 20.12.2018].

_____; e CORDEIRO, Karine da Silva. O Precedente Vinculante no Sistema Norte-Americano: quando reproduzir o passado é mais importante do que modificar o presente / In. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**; v. 13, n. 75, p. 81-121, nov./dez. Porto Alegre: Magister, 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/107949>. Acesso: 24/ 07/2018.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito** – 5ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice; trad. Ênio Paulo Giachini; rev. da trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. **História e Narração em Walter Benjamin**; trad. Jacó Guinsburg e Jeanne Marie Gagnebin – 2ª ed.; 4ª reimpressão – São Paulo: Editora Perspectiva, 2011.

GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição**: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. New York: Oxford University Press, 2008.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**; tradução do original francês – 4ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GUASTINI, Ricardo. **Interpretate e Argomentare**. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição; trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo / In. **Dimensões da Dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. (org.) Ingo Wolfgang Sarlet – 2ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**; trad. A. Ribeiro Mendes. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HARTOG, François. **Evidência da História**: o que os historiadores veem; trad. Guilherme João de Freitas Teixeira, com a colaboração de Jaime A. Clasen. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

HASSEMER, Winfried. Sistema Jurídico e Codificação: a vinculação do juiz à lei / In. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**; (org.) A. Kaufmann e W. Hassemer; trad. Marcos Keel; revisão científica de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, Liberdade e Legislação** – Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política; vol.01 (Normas e Ordem); trad. Anna Maria Capovilla... [et al.]. São Paulo: Visão, 1985.

HERZOG, Benjamin. A Interpretação e a Aplicação do Direito na Alemanha e no Brasil: uma análise do ponto de vista da teoria de direito comparado funcional, da teoria de direito comparado pós-moderno e da teoria do *legal transplants* / In. **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**: encontro da Associação Luso-Alemã de juristas no Brasil; (org.) Stefan Grundmann... [et al.] – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2007.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**; trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino – 2ª ed. – São Paulo: Landy Editora, 2004.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. Entendendo a Nomenclatura dos Precedentes / In. **Diálogos Constitucionais de Direito Público e Privado**; n. 2; (org.) Liane Tabarelli Zavascki, Marcia Andrea Bühring, Marco Félix Jobim. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo** – 3ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

_____. **Teoria, História e Processo: com referências ao CPC/2015.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

_____. **As Funções da Eficiência no Processo Civil Brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

JUST, Gustavo. **Interpretando as Teorias da Interpretação** / Gustavo Just; tradução do autor. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** – 11ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**; trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria Pura do Direito**; trad. João Baptista Machado - 7ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **O Texto e a Construção dos Sentidos** – 9ª ed., 2ª reimpressão – São Paulo: Contexto, 2009.

KOERNER, Andrei. A Análise Política do Direito, do Judiciário e da Doutrina Jurídica / In. **Constituição e Política na Democracia: aproximações entre direito e ciência política**; (org.) Daniel WeiLiang Wang. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e Crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**; trad. Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999.

_____. **Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**; trad. Wilma Patrícia Maas; e Carlos Almeida Pereira; rev. César Benjamin; 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

_____. **Estratos do Tempo: estudos sobre história**; trad. Markus Hediger. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2014.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de Precedentes e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos – 2ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LANES, Júlio Cesar Goulart. **Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**; trad. José Lamego – 3ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; e CARVALHO, Jorge Cruz de. Precedentes: caminhos e descaminhos para o direito processual brasileiro / In. **Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro** – ano 15, n. 59 (jul./set. 2007). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito (vol.01)**: das origens à escola histórica; trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Democracia / In. **Lexico da História dos Conceitos Políticos do Brasil**, org. João Feres Júnior - 2ª ed. - Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MACEDO, Elaine Harzheim; e VIAFORE, Daniele. **A Decisão Monocrática e a Numerosidade no Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. Jurisdição e Processo: soberania popular e processo democrático como espaço de construção do direito do caso concreto / In. **Jurisdição, direito material e processo**: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito; (org.) Elaine Harzheim Macedo, Daniela BoitoMaurmann Hidalgo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____; e CHAPPER, Alexei Almeida. O Papel Institucional do Superior Tribunal de Justiça no Sistema Processual e o Novo Código de Processo Civil / In. **Revista Brasileira de Direito**, 11(2): 115-125, jul.-dez. 2015, p. 117.

Fonte: www.seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/851 [acesso: 13.01.19].

MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Editora JusPodium, 2015.

_____. A Disciplina dos Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil / In. **Precedentes**; (coord.) Fredie Didier Jr. [et. al.]. Salvador: Juspodium, 2015

MAGEE, Bryan. **As Idéias de Popper**; trad. trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1973.

MARCATO, Antônio Carlos. Os Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro / In. **Novo Código de Processo Civil**: principais alterações do sistema processual civil; (coord.) Luís Antônio Giampaulo Sarro. São Paulo: Rideel, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios** – 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**; vol. 01. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **A Ética dos Precedentes**: justificativa do novo CPC. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. A concha do marisco abandonada e o *Nomos* (ou os nexos entre narrar e normatizar) / In. **Narração e Normatividade: ensaios de direito e literatura**; (coord.) Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2013.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: the Brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MATTEI, Ugo. **Stare Decisis** - il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti D'America. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.

MATTOS, Sérgio Luis Wetzell de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia**, 1ª Parte - 7ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Condições da Ação: questões de mérito ou não mérito?** / In. Pontes de Miranda e o Direito Processual. Salvador: Editora *JusPodivm*, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MEZZAROBBA, Orides; e MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MINOGUE, Kenneth. Popper Explica a Explicação Histórica? / In. **Karl Popper: filosofia e problemas**; (org.) Anthony O'Hear; trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: UNESP, 1997.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOORE, Michael S. Interpretando a interpretação / In. **Direito e Interpretação**: ensaios de filosofia do direito. (org.) Andrei Marmor; trad. Luís Carlos Borges, Silvana Vieira, Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos / In. **Temas de Direito Processual (nona série)**; José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOTTA, Francisco José Borges; e HOMMERDING, Adalberto Narciso. **O que é um Modelo Democrático de Processo?** – Porto Alegre: Revista do Ministério Público do RS, n. 73, jan./abr.-2013 Fonte: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf [acesso em 13.12.2018].

MOUFFE, Chantal. **El Retorno de Lo Político**: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical; traducción de Marco Aurelio Galmarini. Buenos Aires: Paidós, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** – a questão fundamental da democracia; trad. Peter Naumann; revisão da tradução: Paulo Bonavides – 7ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NALINI, Renato. **A Rebelião da Toga**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2006.

NUNES, Dierle; e HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução / In. **Precedentes**; (coord.) Fredie Didier Jr. ... [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____; PEDRON, Flávio Quinaud; e HORTA, André Frederico de Sena. Os Precedentes Judiciais, o Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes / In. **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015**; (org.) Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Jayme. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVA, Milena Donato. **Do Negócio Fiduciário à Fidúcia**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica / In. **Revista de Processo** - ISSN 0100-1981 - v. 155/2008 - Jan. 2008. <http://www.thomsonreuters.com.br>. (Acesso em 30/04/2019).

OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e Outros Ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

OST, François. **O Tempo do Direito**; trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. Salvador: JusPodium, 2015.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos Precedentes**: universalidade das decisões do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PERELMAN, Chäim. **Ética e Direito**; trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica / Chäim Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca; trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PFERSMANN, Otto. **Positivismo Jurídico e Justiça Constitucional no Século XXI**; trad. e org. de Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Saraiva, 2014.

POCOCK, J. G. A. **A Liberdade Religiosa e a Dessacralização do Político** / In. Linguagens do Ideário Político; org. Sergio Miceli; trad. Fábio Fernandez. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2013.

POPPER, Karl. **A Miséria do Historicismo**; trad. Octany S. da Mota; e Leônidas Hegenberg. 2ª ed. - São Paulo: Cultrix, 1993.

_____. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**; trad. Milton Amado. 3ª ed. Tomos 01 e 02. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

_____. **Conjecturas e Refutações** – O desenvolvimento do conhecimento científico; trad. Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **A Lógica da Pesquisa Científica**; trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 18ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2012.

_____. **Os Dois Problemas Fundamentais da Teoria do Conhecimento**; trad. Antonio Ianni Segatto. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Processo Civil Contemporâneo**: elementos, ideologia e perspectivas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**; trad. Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

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

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos** – 6ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RAZ, Joseph. **Engaging Reason: on the theory of value and action**. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. **The Authority of Law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

REGLA, Josep Agiló. **Teoria Geral das Fontes do Direito**; trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

REICHELT, Luís Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

RICOUER, Paul. **A Metáfora Viva**; trad. Dion Davi Macedo - 2ª ed. - São Paulo: Loyola, 2005.

_____. **Tempo e Narrativa** – volume 01: a intriga e a narrativa histórica; trad. Claudia Berliner; revisão da trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**; trad. Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1997 (ano da edição original)

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Para uma Pedagogia da Incerteza: a dogmática jurídica como experimento e como imaginação / In. **Dogmática e Conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Como decidem as Cortes?** – Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Romantismo: uma questão alemã**; trad. Rita Rios. São Paulo: Estação Liberdade, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. A Jurisdição Constitucional e o Caso da ADIN n. 3.510: do modelo individual – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo / In. **Jurisdição e Processo: efetividade e realização da pretensão material**; (org.) Jefferson Dytz Marin. Curitiba: Juruá, 2008.

SALDANHA, Nelson. **Teoria do Direito e Crítica Histórica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

_____. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. 2ª ed. São Paulo: Editora QuartierLatin, 2010.

SALOMÃO, Luís Felipe. O Superior Tribunal de Justiça e a Evolução do Direito Privado / In. **O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado**; (coord.) Ana Frazão, Gustavo Tepedino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHAUER, Frederick. **Las Reglas em Juego**: un examen filosófico de la toma de decisiones basada em reglas en el derecho y em la vida cotidiana; trad. Claudina Orunesu, Jorge L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. **Thinking Like a Lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012.

_____. **The Force of Law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

SCHMITT, Carl. **Concepto de La Política**; trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Editorial Struhart&Cía, s/ano de edição.

El Leviathan en la Teoria del Estado de Tomás Hobbes; trad. Javier Conde. Buenos Aires: Editorial Struhart& Cia., s/ano de edição.

_____. **Teoría de la Constitución**; trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

_____. **O Nomos da Terra no Direito das Gentes do Jus Publicum Europaeum**; trad. Alexandre Franco de Sá et. al. - Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014.

SCHUARTZ, Luís Fernando. **Norma, Contingência e Racionalidade**: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito** – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge, Massachusetts: Belknap of Havard University Press, 2013.

SILVA, Beclaute Oliveira. **A Cognição no Mandado de Segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. Tese (Doutorado). Recife: Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco, 2011; Fonte: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3794> [acesso em 11.01.2019].

_____. Verdade como Objeto do Negócio Jurídico Processual / In. **Negócios Processuais**; (coord.) Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **Para uma História dos Conceitos no Direito Civil e no Direito Processual Civil**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1983.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito Português: fontes de direito** – 3ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista** – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Epistemologia das Ciências Culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SMITHURST, Michael. Popper e o Ceticismo da Epistemologia Evolucionista, ou, para que foram feitos os humanos? / In. **Karl Popper: filosofia e problemas**; (org.) Anthony O'Hear; trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**. Salvador: Editora JusPodium, 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.270.983 - SP**. Relator. Min. LUÍS FELIPE SALOMÃO; QUARTA TURMA, julgado em 08/03/2016; DJe 05/04/2016. Fonte: <https://stj.jusbrasil.com.br> (acesso em 20/06/2016).

_____. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.353.927 - SP**. Relator. Min. Luís Felipe Salomão; Quarta Turma; data de julgamento: 17/05/2018. Fonte: www.stj.jus.br (acesso em 20/04/2019).

_____. **RECURSO ESPECIAL 1.721.705 - SP**. RELATOR: Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA - STJ, Data de Julgamento: 28/08/2018, DJe 06/09/2018. Fonte: www.stj.jus.br [acesso em 09.11.18].

_____. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.771.815 - SP**. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; Terceira Turma do STJ; Data de Julgamento: 13/11/2018. Fonte eletrônica: <http://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa> [acesso em 23.01.19].

_____. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.696.396 – MT (2017/0226287-4)**. RELATOR: Min. NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, Data de Julgamento: 05/12/2018, DJe 19/12/2018. Fonte: www.stj.jus.br [acesso em 09.11.18].

TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado: ensaios**; trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. **A Motivação da Sentença Civil**; trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? / In. **The Global Expansion of Judicial Power**; edited by C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Charles. **A Secular Age**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

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

_____; e GONÇALVES, Carlos Fernando de Barros Autran Gonçalves. Tese: os Efeitos e a Eficácia da Sentença no Processo Coletivo não estão circunscritos a Lindes Geográficos, mas aos Limites Objetivos e Subjetivos do que foi decidido / In. **Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: direito processual civil I**; (coord.) Araken de Assis. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

THEODORO Jr., Humberto (et al.). **Novo CPC - Fundamentos e Sistematização** / Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia, Flávio Quinaurd Pedron - 2ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TROPER, Michel. **La Théorie Du Droit, Le Droit, L'État**. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luís Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano** – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TUGENDHAT, Ernst. **Propedêutica Lógico-Semântica** / Ernst Tugendhat, Ursula Wolf; trad. Fernando Augusto da Rocha Rodrigues. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

VERONESE, Alexandre. Revisitando o Conceito de Direito em Rede: uma crítica sociológica à teoria normativista do direito / In. **Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 15, n. 1 (2013). Fonte: www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/322 [acesso em 16.01.2019].

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos; trad. da 5ª edição alemã, de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito** – 5ª ed. – São Paulo: Noeses, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: *Civil Law e Common Law* / In. **Teoria Geral do Direito**; (org.) Gilmar Ferreira Mendes, Rui Stoco; Vol. 01 (Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Civil, Parte Geral). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**: (de acordo com CPC/2015 e a Lei 13.256/16) / Teresa Arruda Alvim Wambier, Bruno Dantas – 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WARAT, Luís Alberto. **O Direito e sua Linguagem** – 2ª ed. – com a colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WEBER, Max. **Economía y Sociedad** – Esbozo de sociología comprensiva; traducción de José Medina Echavarría [et al...]. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2002.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**; trad. A. M. Botelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

WOLKART, Erik Navarro. O *fetice* dos microssistemas no novo Código de Processo Civil: integrações normativas entre procedimentos para formação de precedentes e para julgamentos de processos repetitivos / In. **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015**; (org.) Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Jayme. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil** – 9ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WROBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y Teoría General de La Interpretación Jurídica**; traducción de Arantxa Azurza. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il Diritto Mite: legge, diritti, giustizia**. Torino: Einaudi, 1992.
_____. **A Crucificação e a Democracia**; trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANETI Jr., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes** – o Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial: uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Editora JusPodium, 2015.

_____. O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro Contemporâneo / In. **Reconstruindo a Teoria Geral do Processo**; (org.) Fredie Didier Jr. - Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. **Reformas Processuais na Teoria dos Sistemas: certeza do direito e as decisões judiciais**. Curitiba: Juruá, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos** [Tese de Doutorado; orientação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2005, pp. 24-26: www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf [Acesso em 03.01.19].

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria do Método Jurídico**; trad. António Franco, António Francisco de Sousa – 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.