

Panóptico e sistema de precedentes à brasileira
Panopticon and binding precedents in Brazil

Olivier Haxkar Jean ¹

SUMÁRIO

- 1 Introdução
 - 2 Formação do Poder Judiciário e do *common law*
 - 3 O papel do Poder Judiciário no pós-positivismo e na sociedade de massas
 - 4 Precedentes à brasileira: juízes boca do precedente
 - 5 Conclusão
- Referências

RESUMO – O presente artigo tem por objetivo verificar a adequada interpretação a ser dada ao novo sistema de precedentes trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, de modo a evitar que a aplicação silogística dos precedentes reduza a atividade jurisdicional à simples subsunção dos precedentes editados pelos Tribunais Superiores e a um modelo de constante vigilância e controle, que conduziria a um regime de *panoptismo judiciário*.

Palavras-chave: Precedentes. Efeito vinculante. Norma. Interpretação judicial.

ABSTRACT – The purpose of this article is to verify the proper interpretation to be given to the new system of precedents brought by the Civil Procedure Code of 2015, in order to prevent the syllogistic application of precedents which can reduce jurisdictional activity to the simple subsumption of precedents edited by the Superior Courts and a model of constant vigilance and control, which would lead to a judicial panoptism regime.

Keywords: Precedents. Binding effect. Ratio decidendi. Judicial interpretation.

¹ Bacharel, Especialista e Mestrando (Direitos Difusos e Coletivos) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP).

1 Introdução

Neste artigo, temos como objetivo analisar o modelo de direito jurisprudencial trazido pelo novo Código de Processo Civil a fim de verificar sua natureza jurídica, e, principalmente, se deve e de que forma pode ser aplicado em nosso sistema jurídico.

Para tanto, pretendemos verificar as origens da formação do Poder Judiciário para a solução das disputas, assim como o surgimento do *common law* enquanto modelo jurídico, no qual o legislador buscou inspiração para elaborar o novo Código.

Além de verificar as origens e os interesses por trás da solução estatal dos conflitos, nossa intenção é abordar de que forma tal interesse e controle por parte do Estado tem se revelado em um modelo jurídico pós-positivista, no qual a norma jurídica passou a ser integrada por valores morais e cláusulas abertas que conferem maior abertura ao intérprete e ao aplicador.

Este cenário teve como consequência maior a dispersão jurisprudencial, eis que a abertura semântica permitiu que diversas interpretações fossem retiradas do mesmo texto legal.

Preocupado com tal dispersão jurisprudencial – suposta violadora da segurança jurídica e da igualdade – e visando enfrentar a litigiosidade repetitiva e de massa, o legislador brasileiro pretendeu criar um regime de precedentes em nosso sistema de *civil law* ao propor instrumentos como o incidente de demanda repetitiva e o incidente de assunção de competência, cujos entendimentos devem ser aplicados de forma obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Em que pese a sedução inicial ao novo modelo, relevante verificar se a aplicação do sistema da forma como pretendida está de acordo com o modelo brasileiro de aplicação e a interpretação do direito ou se há violação à independência dos juízes.

2 Formação do Poder Judiciário e do *common law*

Tendo em vista que não pretendemos realizar uma detalhada e apurada análise da formação e do estabelecimento do Poder Judiciário enquanto importante poder estatal, mas tão somente estabelecer premissas suficientemente sólidas para analisar o sistema de precedentes brasileiro, parece-nos elucidativa a análise feita por Michel Foucault.

Como se sabe, a ideia central dos estudos de Michel Foucault são as relações de poder e de dominação, dentre as quais se insere o Poder Judiciário.

Para Michel Foucault, é inútil analisar o que é poder (instrumento de controle social), eis que o poder não é, ele se exerce. Dessa maneira, a única forma de examinar o poder é concebê-lo em movimento e não de modo estático.

Para o autor, o poder não é exercido apenas pelo governo e nem está somente com a classe dominante – o poder está em todo lugar, desde indivíduos até grupos e organizações, espalhando por todos os níveis da sociedade. O Estado (macropoder) enraíza-se em micropoderes (família, escola, empresa, igreja). O exercício do poder macroscópico depende da eficácia do poder microscópico.

O controle passa a funcionar por uma rede de mecanismos – saberes, discurso, educação, mídia – que atua o mais discretamente possível, visando assegurar a obediência às suas regras de maneira pretensamente racional, fornecendo explicações lógicas e adequadas à utilização do poder.

Essa é, em breves linhas, a ideia central dos estudos de Michel Foucault que nos interessa destacar para os objetivos desse artigo.

Embora o foco de análise do autor não seja em particular o Poder Judiciário, Michel Foucault, em sua obra *A verdade e as formas jurídicas*, traça uma análise reconstrutiva das formas jurídicas ao longo da história, desde a ideia de justiça privada até o modelo de justiça pública.

A análise parte do direito feudal, no qual o litígio era resolvido pelo sistema de provas – amparado menos na prova da verdade do que na importância de quem diz que algo é verdade: na prova social, em vez de falar sobre a conduta do sujeito, doze testemunhas juram seu caráter (a seu favor); na prova oral, valia a maneira como o acusado pronunciava as fórmulas gramaticais (habilidades de oratória) – dependendo de suas habilidades para pronunciar era absolvido ou condenado; mulheres, menores e padres podiam ser substituídos no jogo da oratória por um representante, alguém mais hábil na arte da fala (está aí a origem do advogado); nas provas mágico-religiosas o que valia era o juramento; nas provas corporais (ordálias), submetia-se o acusado a uma espécie de jogo com seu próprio corpo (exemplo: amarrar a mão direita ao pé esquerdo e jogar a pessoa na água. Se não se afogasse, perdia o processo, porque a própria água não a recebia bem e, se ela se afogasse, teria ganho o processo visto que a água não a teria rejeitado)².

Aos poucos (entre os séculos XII e XIII), esses modelos foram sendo substituídos ao se reconhecer que as decisões judiciais eram um modo de circulação de riqueza (junto com

² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2013, pp. 62-64.

a guerra, a rapina, a ocupação e a herança). É por isso que os detentores do poder se movimentaram para controlar esse mecanismo³.

Assim, segundo Michel Foucault, surgem o Poder Judiciário (poder político superior de julgar os litígios) e a figura do procurador (representante do soberano); a figura da vítima é substituída pelo poder externo lesado – o conceito de crime contra o ofendido dá lugar ao de infração à ordem, ao Estado, às leis, à sociedade, à soberania, ao soberano, que exige reparação (exemplo: via multa ou confisco de bens)⁴.

Para Michel Foucault, o Poder Judiciário surge para assegurar ao rei e à classe dominante a continuidade de seu domínio. As monarquias modernas fundam-se na apropriação da justiça (mecanismo de confisco).

Foi por meio de um processo gradual que o Estado, visando obter o controle dos conflitos, passou a trazer para si tal tarefa. Conclusão essa que nos parece essencial para compreender e compatibilizar o modelo de precedentes ao sistema jurídico brasileiro, notadamente quando se percebem as raízes nem tão românticas e democráticas do sistema de *common law* que inspirou o legislador brasileiro.

Em detalhado estudo sobre a evolução no direito europeu, Tamar Herzog verificou o processo evolutivo que deu origem ao *common law* na Inglaterra.

A Coroa inglesa primeiro passou a proteger certas datas (Natal, Páscoa, Pentecoste, etc) para depois proteger certos locais (estradas e rios navegáveis) para, por fim, proteger (e julgar) certos assuntos, sob o argumento de que certas matérias e pessoas possuiriam relevância para o reino⁵.

Assim, havendo alguma violação de direito levada ao conhecimento do monarca, e havendo interesse na solução daquela controvérsia, era emitida uma ordem escrita, em papel e com o selo real, que era conhecida como *writ*⁶.

Foi valendo-se desse instrumento, portanto, que a Coroa selecionava os casos que eram de seu interesse como forma de intervenção nos assuntos locais.

³ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2013, pp. 66-67.

⁴ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2013, pp. 68-69.

⁵ HERZOG, Tamar. **A short history of European Law: the last two and a half millennia**. Harvard University Press, 2018, p. 96.

⁶ HERZOG, Tamar. **A short history of European Law: the last two and a half millennia**. Harvard University Press, 2018, p. 96.

⁶ HERZOG, Tamar. **A short history of European Law: the last two and a half millennia**. Harvard University Press, 2018, p. 96.

Como dependiam tão somente da boa vontade e interesse do monarca, os *writs* eram concedidos àqueles que o rei queria proteger ou quando o assunto representava risco ao poder dos lordes ou grave entrave à paz do reino⁷.

Posteriormente, a partir da metade do século XII, os *writs* — que eram soluções individualizadas para problemas particulares — passaram a ser institucionalizados, ou seja, passou-se a guardar um registro das ordens emitidas, de modo que os *writs* deixaram de ser concedidos de forma casuística e passaram a ser uma fórmula fixa, como no caso de reintegração de posse (*recent dispossession*).

Com isso, os *writs* passaram a ser identificados por nomes. Em 1189 contava-se com aproximadamente quarenta deles. Ao final do século XIII, o número era dez vezes maior⁸. Com isso, a intervenção do monarca, que era excepcional, passou a se tornar regra, disseminando e popularizando a jurisdição estatal.

Foi assim que, em detrimento de soluções locais, feudal ou cortes eclesiásticas, a solução dos litígios foi atraída para as cortes reais, que guardavam os julgamentos proferidos na Torre de Londres, deixando-os à disposição quando necessário.

Essa forma de solução de conflitos deu origem, na Inglaterra, ao *common law*⁹.

Ou seja, o *common law* nasceu da seleção pelo monarca de casos que interessavam à Coroa, a fim de manter seu poder, seja por resolver conflitos que poderiam colocar em risco sua integridade, seja para agradar pessoas de cujo apoio dependia a monarquia.

Diante dessa consideração e avançando alguns séculos na história do direito, passemos a outro ponto de destaque ao que se pretende abordar neste artigo: o surgimento do pós-positivismo.

3 O papel do Poder Judiciário no pós-positivismo e na sociedade de massas

O pós-positivismo caracterizou-se pelo abandono do modelo que desenhava as regras como obrigatórias e os princípios como meras diretrizes informativas e integrativas. Com isso, os princípios, sobretudo aqueles previstos no texto constitucional, passam a ser alçados ao topo do ordenamento, passando a orientar a elaboração, a interpretação e a aplicação de todo o direito.

⁷ HERZOG, Tamar. **A short history of European Law: the last two and a half millennia**. Harvard University Press, 2018, p. 99.

⁸ HERZOG, Tamar. **A short history of European Law: the last two and a half millennia**. Harvard University Press, 2018, p. 100.

⁹ HERZOG, Tamar. **A short history of European Law: the last two and a half millennia**. Harvard University Press, 2018, p. 100.

Assim, deixou-se de reconhecer a lei escrita e rígida como única solução para os conflitos, para conceber-se um modelo integrado por valores morais e cláusulas abertas, que permitiriam uma interpretação mais ampla e que não conduzisse à aplicação de leis desprovidas de qualquer fundamento humano ou moral, como ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial.

Como consequência, a evolução causou grandes reflexos na teoria do direito e da hermenêutica, mas também no papel do Poder Judiciário.

Em um modelo positivista clássico, como o francês, a atividade interpretativa dos juízes era arduamente combatida, e isso já antes da Revolução Francesa.

Com efeito, o Rei Louis XIV procurou impedir a atividade interpretativa dos juízes com a edição da *Ordonnance Civile* de 1667.

Dentre seus dispositivos, especificamente no artigo 7º, havia a expressa proibição de interpretação por parte dos juízes, que em casos dúbios deveriam consultar o Rei para que esclarecesse sua intenção. As decisões prolatadas contra as *ordonnances* seriam nulas e de nenhum valor e sujeitariam o magistrado à responsabilização por perdas e danos, conforme previsto no artigo 8º¹⁰.

A pretensão de controle era clara. O Estado chamou para si a solução dos conflitos e a delegou a juízes, para que aplicassem a lei apenas da forma determinada pelo monarca, de modo que mantivesse para si o exclusivo poder de controlar a sociedade, já que *toute justice émane du roi*¹¹.

A pretensão de controlar a atividade dos juízes não foi exclusiva da monarquia. Após a Revolução Francesa, os revolucionários, inspirados por Montesquieu e receosos da influência e participação da nobreza na magistratura, mantiveram limitada a atividade interpretativa dos juízes ao estatuir que eles deveriam tão somente pronunciar a vontade da lei, aplicando o seu texto de forma precisa.

Nesse modelo, os “julgamentos devem ser sempre silogísticos e mecânicos, dando lugar a simples declarações fiéis dos textos precisos das leis que lhes servem de base”¹².

Sob o governo revolucionário, a consulta ao rei foi tão somente substituída pela consulta ao legislador, sempre visando coibir qualquer atividade interpretativa pelos juízes, o que tempos depois deu origem à conhecida Escola da Exegese, segundo a qual o juiz é tão somente a boca da lei, não lhe cabendo interpretá-la.

¹⁰ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3.ed. São Paulo: RT, 2018, p. 46.

¹¹ Tradução livre: “toda justiça provém do Rei”.

¹² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3.ed. São Paulo: RT, 2018, p. 49.

Esse retrato histórico é de especial relevância ao presente trabalho, na medida em que contribui para demonstrar a importância dada pelos detentores do poder à atividade interpretativa dos juízes, sobretudo na passagem do positivismo para o pós-positivismo.

Com efeito, com a evolução da ciência do direito, a norma jurídica passou a encampar valores morais e a conter cláusulas abertas, fenômeno que teve importantes reflexos não apenas na Constituição Federal de 1988, mas também na legislação ordinária.

O Código Civil de 2002 parece-nos relevante exemplo ao positivizar, por exemplo, a função social da propriedade e a boa-fé objetiva, cláusulas abertas que conferem ao aplicador uma margem de interpretação bastante ampla.

Não bastasse, é inerente ao uso da linguagem, ante o seu caráter equívoco e plurívoco, a impossibilidade de “fechamento” do sistema com base apenas no texto legal.

Assim, é clara a constatação de que “os textos são equívocos porque ambíguos, complexos, implicativos, defectivos e por vezes se apresentam em termos exemplificativos ou taxativos. As normas são vagas porque não é possível antever exatamente quais são os fatos que recaem nos seus respectivos âmbitos de incidência”¹³.

A introdução de conceitos vagos e indeterminados¹⁴, a integração de princípios com alta carga de abstração e o caráter equívoco da linguagem são os ingredientes perfeitos para uma maior indeterminação do direito e conseqüente maior liberdade para o intérprete, desenvolvendo-se, assim, diversas teorias ligadas à argumentação jurídica e interpretação das normas jurídicas, destinadas a verificar a adequação e correção da interpretação levada a efeito pelo aplicador.

O positivismo jurídico buscava sua cientificidade no direito e no ordenamento jurídico, acreditando em sua completude e capacidade de resolver todos os problemas de aplicação e interpretação.

O pós-positivismo, por sua vez, busca sua cientificidade nas técnicas de interpretação, argumentação e aplicação do direito, visando conferir certo grau de racionalidade e previsibilidade na atividade interpretativa dos aplicadores do direito.

Paralelamente a essa evolução do direito, houve importante revolução nas relações sociais e econômicas decorrente do processo de industrialização e de globalização.

¹³ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 61.

¹⁴ Ronaldo Cramer, após mencionar o fenômeno da perda da centralidade dos Códigos nos países de tradição de *civil law*, citando Marinoni, conclui: “com os conceitos indeterminados, o Judiciário passou a desempenhar uma função efetivamente criativa do direito, sendo certo que as decisões judiciais se tornaram relevantes para identificar a norma jurídica derivada desse tipo de texto legal” (CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 31).

A revolução industrial alterou balizas econômicas e sociais a partir do século XVIII, passando da produção de um modelo artesanal, centrado na produção familiar, para um modelo de produção por máquinas, em larga escala.

O fenômeno gerou um período de grande crescimento econômico e enriquecimento das famílias que, associado à maior produção, intensificou as relações negociais.

Conforme pontuam Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer,

a nova realidade contemporânea estampa a concentração urbana, a globalização, a produção e o consumo em escala de massa, a padronização de contratos, a elaboração desenfreada de normas pelo Estado, acordos e convenções coletivas de trabalho, discussões relacionadas a funcionários, empregados públicos e aposentados, discussões relacionadas à constitucionalidade ou legalidade de tributos incidentes sobre milhares de pessoas jurídicas ou naturais, transportes de massa e meios físicos ou virtuais que difundem informações em proporções até então inimagináveis. Tem-se, portanto, um cenário propício para danos em massa, que desafiam a ordem jurídica ao afetarem um grande número de indivíduos¹⁵.

O cenário atual do Poder Judiciário é reflexo da sociedade moderna; ele revela uma explosão da litigiosidade, já tratada pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos, fruto de relações sociais e comerciais cada vez mais massificadas.

O processo civil brasileiro, desde o Código de 1973, passou por alterações visando tutelar com efetividade a modificação na sociedade e nas relações comerciais.

Passou-se de uma visão exclusivamente voltada ao litígio individual para uma visão cada vez mais preocupada com a tutela coletiva, revelada por meio de alterações legislativas que parte da doutrina tratou como “ondas”¹⁶ de reformas.

No entanto, a despeito dessas reformas, a dispersão jurisprudencial permaneceu e o volume de recursos aos tribunais superiores continuava crescendo.

Foi neste cenário e visando garantir maior segurança jurídica, isonomia, razoável duração do processo¹⁷ e desestímulo à litigância que o legislador brasileiro buscou implantar um sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015.

¹⁵ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; POCHMANN DA SILVA, Larissa Clare. Ações coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos. *In*: ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 537.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. São Paulo: RT, 2017.

¹⁷ “A importância dada pelo CPC às técnicas de uniformização da jurisprudência (recursos repetitivos, incidente de resolução de demandas repetitivas, assunção de competência) também encontra fundamento na Constituição Federal, especialmente nos princípios da duração razoável do processo e da isonomia, tendo em vista seus objetivos: promover a segurança jurídica e isonomia, agilizar a prestação jurisdicional e racionalizar o trabalho do Judiciário” (PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva**: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões. São Paulo: RT, 2019, p. 534).

A pretensão parece ter sido a de implantar um sistema, um conjunto de elementos e de ideias entre as quais se pode encontrar uma relação, eis que o Código é todo permeado pela influência dos precedentes nos diversos momentos do *iter* processual¹⁸.

Essa inovação decorre de um fenômeno já objeto de análise pela doutrina no sentido de uma aproximação, de uma convergência, entre os sistemas de *civil law* e *common law*. Essa convergência, segundo Ronaldo Cramer, tem duas causas genéricas e, no caso do *civil law*, ao menos três causas específicas.

A primeira causa genérica é a globalização, que reclama por maior integração entre os países, notadamente jurídica. E a segunda vem da procura de soluções que todo país empreende para superar as deficiências de seu sistema jurídico, fazendo com que incorporem institutos e mecanismos de outra tradição jurídica tidos como mais eficientes¹⁹.

No que diz respeito às causas específicas dos países de *civil law*, como o Brasil, o autor menciona a perda da centralidade dos Códigos e o pós-positivismo, o que gerou um aumento de leis especiais, com textos normativos abertos, indutores de uma maior atividade criativa do direito por parte do Poder Judiciário.

O autor menciona ainda o constitucionalismo, que teve como efeito dar o papel de protagonismo às Cortes Supremas, cujas decisões foram adotadas como referência de validade e interpretação da norma, com efeito vinculante²⁰.

Por fim, outra causa, talvez a mais importante, seja a explosão de litigiosidade, que aumentou substancialmente o número de litígios de massa e repetitivos, demandando uma resposta do legislador.

Apesar desta aproximação, Ronaldo Cramer conclui: “nosso sistema jamais deixará de ser de direito legislado, mas será conjugado com um sistema de precedentes, que, por sua vez, criará as normas tão somente a partir das leis”²¹.

É justamente na parte final desta afirmação que reside nossa inquietação ao nos debruçarmos sobre o assunto neste artigo: é salutar um modelo de precedentes à brasileira no

¹⁸ Exemplos: o artigo 311, II, permite a concessão de tutela provisória de evidência, se as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos ou repetitivos ou em súmula vinculante; o artigo 332 possibilita o julgamento liminar de improcedência; pela possibilidade de obstar o processamento de recurso caso a tese seja contrária ao precedente (art. 1.030, I, CPC); em caso de admissibilidade, pode o relator decidir monocraticamente (art. 1.011, I c/c art. 932, IV e V); dispensa-se a remessa necessária (art. 496, § 4º); dispensa-se a caução para levantamento de dinheiro e valores e a prática de atos que importem transferência de posse ou propriedade no cumprimento provisório de sentença (art. 520, IV c/c art. 521, IV); permite-se o manejo de ação rescisória se a decisão contrariar súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos.

¹⁹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 29-30.

²⁰ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 32.

²¹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 33.

qual os Tribunais Superiores (quase sempre) criem norma jurídica a ser aplicada de forma obrigatória e automatizada por todos os juízes, sob pena de manejo de reclamação aos tribunais?

4 Precedentes à brasileira: juízes boca do precedente

Embora à primeira vista possa dar essa impressão, a preocupação com a dispersão jurisprudencial e com o respeito aos precedentes não é um tema inédito no direito brasileiro, mas é objeto de preocupação desde meados do século XIX²².

A Constituição Federal de 1891, que por influência de Rui Barbosa adotou o *judicial review*, previu em seu artigo 59, § 2º: “nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência do Tribunal Federal, quando houverem de interpretar leis da União”²³.

No mesmo sentido, o Decreto n. 23.055/1933 determinou a obrigação de os órgãos judiciais inferiores interpretarem as leis de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁴.

Posteriormente, criou-se o instituto da Súmula da jurisprudência dominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por meio de emenda ao regimento interno datada de 1963²⁵.

Além destes, há inúmeros outros exemplos mais recentes nas ondas de reformas do Código de Processo Civil de 1973, além da própria Emenda Constitucional n. 45/2004 que criou a súmula vinculante.

Contudo, o passo dado pelo Código de Processo Civil de 2015 é, sem dúvida, agora muito maior. Pretendeu-se, dada a redação do artigo 927 do diploma em questão, atribuir-se eficácia vinculante a um extenso rol de decisões tomadas pelos tribunais.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

²² “Quando com as mesmas leis variam as decisões e casos idênticos, agrava-se o mal a ponto de ser melhor viver sem lei alguma. Estamos nestas circunstâncias desanimadoras. Interpreta-se a lei como cada um quer; não há limite para a liberdade de julgar, e desta liberdade, tão ampla pôde abusar, sem receio algum, desde o juiz de paz até o ministro da justiça, e este, talvez, com mais algum receio” (*sic*) (CASTRO, José Antônio de Magalhães. Decadência da magistratura brasileira; suas causas e meios de restabelecê-la. Rio de Janeiro: Typographia de N.L. Vianna e filhos, 1862, p. 4 *apud* VIANA, Aurelio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 182).

²³ Redação original, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 3 de 1926. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 14 mar. 2020.

²⁴ VIANA, Aurelio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 184.

²⁵ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387/42051>. Acesso em: 14 mar. 2020.

- III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Há, na doutrina, cinco correntes sobre a eficácia vinculante do rol de precedentes trazido pelo artigo 927 do Código de Processo Civil, variando cada uma delas quanto à extensão da eficácia vinculante. Há os que consideram a vinculação por meio de lei ordinária inconstitucional, como Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery²⁶, até aqueles que estendem o efeito vinculante a toda e qualquer decisão emanada das Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), como Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero²⁷.

Para os fins deste trabalho, admitiremos como premissa a (pretensa) existência de um regime de vinculação que vai além do já previsto para as súmulas vinculantes (art. 103-A da Constituição Federal de 1988) e para as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, Constituição Federal de 1988).

A concepção ampliativa do efeito vinculante tem por fundamento a opção pelo modelo de Cortes Supremas em detrimento do modelo de Cortes Superiores; interessante notar a diferença feita por Daniel Mitidiero ao tratar dos dois modelos.

No modelo de Cortes Superiores, o pressuposto básico é a preexistência de uma lei para ulterior aplicação judicial²⁸. Há apenas uma reação à violação do direito já ocorrida, a função é reativa. As decisões formam jurisprudência e não precedentes; a dispersão jurisprudencial é encarada com naturalidade²⁹.

De outro lado, é próprio do modelo *common law* a concepção de tribunais de alta hierarquia destinados a moldar o ordenamento jurídico; o caso concreto é apenas o pretexto para se formular a adequada interpretação³⁰ promovendo, assim, a unidade do direito, sobressaindo a função de criar precedentes vinculantes³¹, e, portanto, normas jurídicas.

²⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, pp. 1.835-1.846.

²⁷ VIANA, Aurelio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 214-216.

²⁸ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, pp. 49-50.

²⁹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 55.

³⁰ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 80.

³¹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, pp. 85-86.

E, segundo o modelo preconizado no Brasil, as normas jurídicas oriundas do precedente vinculante devem ser aplicadas de forma obrigatória pelos juízes e demais tribunais. E é justamente isso que nos causa perplexidade.

Primeiro, porque não se pode importar modelos estrangeiros para um país sem qualquer tradição jurídica, econômico e social de *common law* como se por meio de um direito mágico fosse possível alterar a tradição jurídica de um país construída ao longo dos anos. A mudança deve ser gradual. O Código de Processo Civil, legislação ordinária, não tem vocação ou capacidade para promover uma ruptura sistêmica tão importante no ordenamento brasileiro³².

Ademais, o modelo é *sui generis*, pois está dissociado daquele adotado no próprio *common law*, eis que lá a formação do precedente se dá *a posteriori*. É o juiz do caso concreto em julgamento que, analisando casos anteriores, extrairá a *ratio decidendi*³³ e estabelecerá ou não a formação do precedente. É, assim, no “diálogo comparatístico entre os casos (precedente e sucessivo) que se pode falar, verdadeiramente, em precedente”³⁴.

No nosso modelo de precedentes é o contrário. Buscam-se estabelecer normas para decidir, de forma vinculante e obrigatória, os casos futuros, com a nítida pretensão de “impedir a ulterior interpretação de um texto por advogados, juízes e tribunais sucessivos, algo que despreza as indicações alcançadas no âmbito da filosofia da linguagem e especialmente da hermenêutica”³⁵.

Essa tentativa, além de perigosa, é também retrógrada, pois tem a mesma pretensão do positivismo: aplicação obrigatória de um texto, sem margem para qualquer interpretação³⁶.

Sobre o tema, Alexandre Bahia pontua:

Hoje, em pleno século XXI, no âmbito teórico, querem instituir não mais um juiz ‘boca da lei’, mas um juiz ‘boca da jurisprudência’, na medida em que deveria obedecer teologicamente aos conteúdos de decisões ou súmulas dos tribunais superiores. Em plano técnico, a instituição de mecanismo de vinculação decisória (súmula e decisões vinculantes) tende à centralização da Jurisdição nos tribunais

³² VIANA, Aurelio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 219, nota 124.

³³ “Aliás, o problema da elaboração ou descoberta da *ratio decidendi* ganha contornos ainda mais complexos ao se recordar que no direito estrangeiro existem inúmeras técnicas apresentadas como idôneas para extraí-la. Isso significa, de modo muito singelo, que a própria definição da *ratio decidendi* faz parte de um processo bastante complexo e, portanto, não é nenhum exagero pensar em consideráveis divergências entre tribunais e Cortes Supremas sobre aquilo que se possa considerar a *ratio* do caso” (VIANA, Aurelio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 258).

³⁴ VIANA, Aurelio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 257.

³⁵ VIANA, Aurelio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 259.

³⁶ O que se pretende é equiparar a tese julgada no precedente, identificável geralmente entre aspas ou sob algum número, à norma jurídica, ou seja, ao texto normativo já objeto de interpretação pelo intérprete. Todavia, é bastante claro que para “identificação, compreensão e aplicação do precedente é indispensável levar em consideração as razões fático-jurídicas que presidiram a sua formação” (MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 85).

superiores, mediante a imposição vertical de dado entendimento judicial, de sorte que ‘nenhum outro juízo poderá mais ser rebelde’³⁷.

A concentração de poder nas Cortes Supremas é outro ponto central de inquietação deste estudo.

Como vimos, ao tratar da história da formação do *common law* na Inglaterra, a atribuição de poder confere a prerrogativa de selecionar os casos que as Cortes Supremas querem julgar, de modo que passam a escolher as matérias e as demandas que consideram efetivamente importantes³⁸.

De fato, esse poder e a crença na denominada *ética dos precedentes* formada pelas Cortes Supremas pode “interessar aos grupos hegemônicos que acabam tendo acesso privilegiado, inclusive com melhores advogados, às cortes de vértice, para auferir os supostos ‘favores’ provenientes de empreendimentos relacionais”³⁹.

Ademais,

com tantos escândalos de corrupção, nos diversos níveis hierárquicos e não circunscrita aos políticos, acreditar que a Corte Suprema possa ser blindada da corrupção, de *lobby* e das variadas influências políticas e econômicas é como crer que Lúcifer não poderia ter sido corrompido, por estar próximo de Deus⁴⁰.

Não bastasse, o critério exclusivamente político para acesso aos tribunais superiores parece confirmar o desacerto da pretendida escolha, notadamente ao se verificar que muitos dos Ministros dos Tribunais Superiores não são juízes de carreira e possuem (ou possuíam) íntima ligação político-partidária ou exerciam cargos em instituições financeiras públicas⁴¹.

Evidentemente, não estamos insinuando que haja qualquer tipo de atividade ilícita ou imoral praticada no âmbito dos Tribunais Superiores. O que não se concebe, porém, é a supervalorização das Cortes Supremas em detrimento da magistratura de carreira⁴², pretendendo limitar sua atividade interpretativa, e cuja inobservância redundaria no manejo de

³⁷ BAHIA, Alexandre *apud* PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 53.

³⁸ VIANA, Aurelio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 233.

³⁹ VIANA, Aurelio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 247.

⁴⁰ VIANA, Aurelio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 250.

⁴¹ A composição do Superior Tribunal de Justiça é fixada na Constituição Federal, sendo de um terço de juízes dos Tribunais Regionais Federais, um terço dentre Desembargadores dos Tribunais de Justiça e um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público (art. 104, parágrafo único, Constituição Federal de 1988). Todavia, já ocorreram nomeações de Desembargadores oriundos de Tribunal Regional Federal ou de Tribunal de Justiça que ingressaram no tribunal de origem por meio do quinto constitucional, ocasionando uma maior representatividade de advogados no quadro de Ministros do Superior Tribunal de Justiça do que pretendido pelo constituinte. No Supremo Tribunal Federal, atualmente, há apenas dois juízes de carreira.

⁴² “O próprio processo de recrutamento de magistrados no Brasil, em sua maioria, afastaria sua suposta conduta determinada por presumidas raízes lusitanas personalizadas desprovidas de racionalidade e correção” (VIANA, Aurelio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 246).

reclamação (Código de Processo Civil 2015, artigo 988) em face do magistrado que interpretar, segundo a ótica da parte interessada, de forma diferente o precedente vinculante⁴³.

Retomemos Michel Foucault, citado no início deste trabalho. A situação nos faz lembrar a vigília e o *panopticon*, ambos instrumentos de controle.

Assim, os precedentes vinculantes passariam a ser instituições da disciplina, como as escolas, os hospitais, as fábricas, os hospícios e as prisões. Estas instituições têm por finalidade fazer com que as condutas possam ser corrigidas, reguladas, monitoradas e controladas, o que se dá por meio da vigília⁴⁴.

Para Michel Foucault, o poder vigia a tudo e a todos, ininterrupta e totalmente, ordena em termos do que é normal ou anormal, correto ou incorreto, do que se deve ou não fazer.

É o que ocorre com o magistrado no sistema de precedentes à brasileira, fixado pelo Código de Processo Civil de 2015: sente-se em um *panoptismo judiciário*, em constante vigília, pois está sendo monitorado e controlado⁴⁵ por aqueles que detêm o poder de editar as normas jurídicas vinculantes (Cortes Supremas).

5 Conclusão

A evolução da ciência do direito conduziu à maior abertura dos textos legislativos, que passaram a integrar princípios, conceitos indeterminados e cláusulas abertas que conferiram um maior poder interpretativo aos intérpretes e aplicadores do direito.

O fenômeno levou à maior dispersão jurisprudencial que, associada à litigância de massa e repetitiva que cresceu vertiginosamente em razão de processos como a globalização, a industrialização e a difusão dos meios de comunicação, deu ensejo à criação pelo Código de

⁴³ Talvez em breve se proponha também responsabilizar o magistrado por perdas e danos, como fez a Ordonnance Civile de 1667, também conhecida como Code Louis, em seu artigo 8º.

⁴⁴ “O *panopticon* é a utopia de uma sociedade e de um tipo de poder que é, no fundo, a sociedade que atualmente conhecemos – utopia que efetivamente se realizou. Este tipo de poder pode perfeitamente receber o nome de panoptismo. Vivemos em uma sociedade onde reina o panoptismo. [...] No *panopticon* vai se produzir algo totalmente diferente; não há mais inquérito, mas vigilância, exame. Não se trata de reconstituir um acontecimento, mas de algo, ou antes, e alguém que se deve vigiar sem interrupção e totalmente. Vigilância permanente sobre os indivíduos por alguém que exerce sobre eles um poder – mestre-escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor da prisão – e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de construir, sobre aqueles que vigia, a respeito deles, um saber. Um saber que tem agora por característica não mais determinar se alguma coisa se passou ou não, mas determinar se um indivíduo se conduz ou não como deve, conforme ou não à regra, se progride ou não etc.” (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2013, p. 89).

⁴⁵ Sobre o tema, interessante resgatar histórico bastante semelhante: “O objetivo de Louis XIV ao impor a estrita observação das ‘ordonnances’ pelos juizes está na reivindicação do direito para suas mãos. Com isso, procura reduzir paulatinamente o fragmentado direito medieval à lei uniforme moderna, **alterando o papel desempenhado pelos juizes franceses – de guardiões do direito, responsáveis pela sua interpretação, a funcionários reais, docilmente subordinados à sua intenção**” (grifamos) (GROSSI, Paolo. *L’Europa del Diritto*. Roma: Laterza, 2010 *apud* MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 47).

Processo Civil de 2015, a diversas técnicas de uniformização da jurisprudência, notadamente a aplicação vinculante das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores em determinados casos.

Embora reconhecida a necessidade de se enfrentar a litigiosidade de massa com instrumentos efetivos e a sedutora proposta do novo Código na gestão cartorária atualmente tão voltada aos números, parece-nos que tal modelo deve ser visto com ressalvas.

Isso porque é grande o risco de se conferir um poder exacerbado às Cortes Supremas, dotando-as do poder de criar normas jurídicas abstratas, de evidente caráter legiferante⁴⁶, com implicação vinculante e obrigatória aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Sob o argumento de evitar a dispersão jurisprudencial e racionalizar a atividade jurisdicional, criou-se instrumento de *fechamento* do sistema aberto trazido pelo pós-positivismo, mas fechamento que se dá não por meio da lei, que sempre pode ser sindicada pelo Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal de 1988), mas por meio de precedente vinculante formado por Cortes Superiores, insuscetível de interpretação e de automática e obrigatória aplicação⁴⁷.

Esta opção parece colocar o magistrado sob constante vigília e controle por parte das Cortes Supremas, em um modelo de *panoptismo judiciário* incompatível com o modelo constitucional brasileiro.

Nesse contexto, concluímos como Ricardo Dip: “o remédio é muito pior do que a enfermidade”⁴⁸.

Referências

⁴⁶ Interessante observar a profusão dos precedentes: apenas no Superior Tribunal de Justiça há 1.036 temas de recursos repetitivos cadastrados. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=1031. Acesso em: 14 mar. 2020. Há ainda centenas de IRDRs nas cortes locais, recursos extraordinários julgados com repercussão geral, mais de mil súmulas dos Tribunais Superiores e outras centenas dos tribunais estaduais.

⁴⁷ Sobre o tema, Ricardo Dip arremata: “[...] a intensa polarização de julgados levou, no Brasil, à instituição de mecanismos aptos a ‘regular os princípios’ – ou seja, a, de fato, converter judicialmente a indeterminação dos princípios em textos regulatórios. Isso se opera, segundo a Constituição brasileira, mediante o efeito vinculativo e contra todos das decisões definitivas de mérito, proferidas pela Suprema Corte Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, bem como por meio da edição de súmulas dessa Corte com eficácia vinculante. O resultado prático parecerá – por seu *suposto geral e abstrato* – a implantação de um plenário *reino de regras*, apenas que, em vez de vindas do Parlamento, ditadas, para empregar a expressão de Édouard Lambert, por um *gouvernement de juges*. De fato, se a palavra judicial de co-determinação do direito não se limita à situação do caso singular, mas tem uma inevitável vocação genérica, está-se diante de um governo de juízes: emerge aí o que Gérard Timsit designou ‘poder ventríloquo’, um poder que tende a falar por sua boca em lugar da lei [...] um poder vencido pela ‘tentação de ser ele próprio a lei, em vez de dizê-la’” (DIP, Ricardo. Os direitos humanos do neoconstitucionalismo: direito natural da pós-modernidade? *Revista Aquinate*, n. 17, 2012, pp.13-27. Disponível em: http://www.aquinate.com.br/wp-content/uploads/2016/11/C.Aq_.17.Art_.Dip_.pp_.13-27.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020).

⁴⁸ DIP, Ricardo. Os direitos humanos do neoconstitucionalismo: direito natural da pós-modernidade? *Revista Aquinate*, n. 17, 2012, p. 27. Disponível em: http://www.aquinate.com.br/wp-content/uploads/2016/11/C.Aq_.17.Art_.Dip_.pp_.13-27.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 3 de 1926. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 14 mar. 2020.

CASTRO, José Antônio de Magalhães. Decadência da magistratura brasileira; suas causas e meios de restabelecê-la. Rio de Janeiro: Typographia de N.L. Vianna e filhos, 1862, p. 4 *apud* VIANA, Aurelio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**. Teoria e dinâmica. São Paulo: Forense, 2016.

DIP, Ricardo. Os direitos humanos do neoconstitucionalismo: direito natural da pós-modernidade? **Revista Aquinate**, n. 17, 2012, pp.13-27. Disponível em: http://www.aquinate.com.br/wp-content/uploads/2016/11/C.Aq_.17.Art_.Dip_.pp_.13-27.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2013.

GROSSI, Paolo. L'Europa del Diritto. Roma: Laterza, 2010 *apud* MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: RT, 2018.

HERZOG, Tamar. **A short history of european law: the last two and a half millennia**. Harvard University Press, 2018.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387/42051>. Acesso em: 14 mar. 2020.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; POCHMANN DA SILVA, Larissa Clare. Ações coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos. *In*: ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: RT, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva**: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões. São Paulo: RT, 2019.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. São Paulo: RT, 2017.