

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais enfrentados pela literatura jurídica brasileira, atualmente, refere-se à questão dos precedentes judiciais, principalmente em razão da promulgação do novo Código de Processo Civil, em 16 de março de 2015, o qual inseriu no ordenamento jurídico brasileiro uma nova metodologia de construção de precedentes obrigatórios, compreendidos como decisões dos Tribunais de segunda instância e Tribunais Superiores, que, por determinação legal, devem ser utilizados como fundamentos em decisões futuras. Essa inclusão se deu diante de rasos argumentos de busca pela isonomia e pela segurança jurídica (sem qualquer interrogação sobre o significado de tais institutos).

Conforme esclarecimento de Rosemiro Pereira Leal “os precedentes, tidos como vinculantes, passaram por interpretações variadas que buscavam afirmar sua autoridade à efetivação de segurança jurídica para seus destinatários que reclamavam isonomia de decisões iguais para casos iguais” (LEAL, 2017, p. 298).

Possivelmente, por uma grande descrença na atividade legislativa, pela perpetuação do mito positivista da inevitável lacuna da lei e pela fé no dogma da onipotência do julgador, é que vem se fortalecendo a ideologia de que não se pode deixar que a criação/construção de normas seja uma atividade somente legislativa, sendo o Direito também criado pela atividade jurisprudencial. Talvez essa ideologia seja difundida não por estes motivos, mas sim para perpetuar os mecanismos de dominação do Estado de uma forma mais discreta, transferindo o *locus* da autoridade para o Judiciário¹.

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

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

¹ Conforme denuncia Ingeborg Maus, “por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular” (MAUS, 2000, p. 183.)

Apesar de se tratar de um tema bastante debatido, verifica-se que a análise da questão, na maioria das vezes, abrange somente os seus aspectos técnicos, com grande ênfase na busca da efetividade meramente temporal da atividade jurisdicional. Como se pretende demonstrar, não se encontra, na literatura brasileira, um sério estudo sobre os precedentes judiciais no paradigma do Estado Democrático de Direito, sendo raro até encontrar estudos sobre como deveria ser compreendido este paradigma e como deveria o Direito ser compreendido a partir dele.

Por isso, analisar-se-á no presente trabalho como deve ser compreendida uma teoria, a fim de que possibilite a construção de um conhecimento objetivo, o que permitirá apontar aporias na noção de “teoria dos precedentes” trabalhada na literatura jurídica, não só brasileira, mas também naquela importada de países de *common law*.

Ainda será apresentado o problema do sincretismo entre os sistemas de *common law* e *civil law*, que acabam por resultar, não em aproximação dos dois sistemas, mas em uma verdadeira desordem, que escapa a qualquer tentativa de construção de uma teoria dos precedentes.

Por fim, será abordado o problema teórico enfrentando em ambos os sistemas, que promove a blindagem crítica da questão dos precedentes: a correspondência entre a jurisprudência sociológica de Roscoe Pound e a Instrumentalidade Processual.

Para tanto, adota-se como marco teórico a teoria do processo que mais se coaduna com as diretrizes democráticas, qual seja, a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, segundo a qual o processo deve ser compreendido como uma instituição linguístico-jurídica, que enseja a possibilidade argumentativa por uma lógica crítica, para produção, atuação, alteração ou extinção das leis.

1. DA NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Uma teoria somente pode ser considerada científica “se atuar como eficiente linha auxiliar de esclarecimento das normas, institutos e instituições jurídicas” (LEAL, 2018, p. 78), não se prestando a promover somente uma racionalização da técnica para alcançar

resultados úteis, motivo pelo qual não basta denominar algo como “teoria” e utilizar uma organização de ideias para explicar tão somente a prática.

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

(...) proposição formalizada dada à crítica e esta como apontamento (teórico) da ausência (deficiência) de conteúdos (consequências-implicações) na estrutura do discurso (narrativas) do conhecimento científico (teorias acerca de pretensões proibitivas de certezas absolutas. (LEAL, 2017, p. 214).

Conforme Andréa Alves de Almeida, “as teorias, para terem validade científica, têm que se oferecer incessantemente à crítica do mundo da realidade fenomênica, tensionador da mente individual e de suas retrocargas recíprocas” (ALMEIDA, 2005, p. 26). Desse modo, “teorizar é construir uma solução provisória e hipotética de maior grau explicativo em relação a teorias concorrentes.” (SÁ, 2015, p. 94), ou seja, limita-se a conjecturar, e não consiste em apresentar uma verdade que se pretenda absoluta e inquestionável. Assim, o estudo do Direito deve se desenvolver por meio de teorias que não só justifiquem a técnica ou que busquem a melhoria dessa técnica, mas sim que pretendem apresentar proposições, buscando aporias nas teorias já existentes e que permitam sua submissão à crítica.

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

Como destaca Dierle Nunes, não existe, no Brasil, “uma teoria idônea dos precedentes, ocorrendo uma formação equivocada de padrões decisórios e uma preocupante aplicação mecânica desses padrões pelos julgadores do primeiro e segundo grau” (NUNES, 2011, p. 82). No mesmo sentido, informa Hermes Zaneti Junior que, apesar da dependência dos precedentes criada na tradição de *civil law*, “como mostram

as decisões dos juízos que cada vez mais fazem referência a precedentes, inexistente nesta teoria dos precedentes” (ZANETTI JUNIOR, 2016, p. 21).

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

(...) que decorrem da técnica do proceder, através das quais métodos, ritos e formas são concebidos ou inventados para organizar, ordenar e disciplinar condutas de ação e preservação da unidade e mando nos grupos humanos, não estando tais teorias encaminhadas à análise lógica do conhecimento científico. (LEAL, 2018, p. 75).

Como aponta Rosemiro Pereira Leal, os autores que se dedicam ao estudo dos precedentes no Direito Brasileiro

(...) estão mais preocupados em distinguir os conceitos históricos de precedentes, enunciados, súmula e jurisprudência, pouco se referindo às mutações semânticas do instituto do precedente ao ingressar no ordenamento jurídico brasileiro para guiar a construção jurisprudencial dos tribunais. (LEAL, 2017, p. 290).

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

Além disso, tais autores direcionam suas preocupações em satisfazer o fetiche de um procedimento célere, limitando-se a uma abordagem técnica acerca dos precedentes judiciais. E, segundo André Cordeiro Leal:

Se quisermos empreender reflexões no Estado Democrático de Direito, não pode ser levada a sério nenhuma proposta de deformalização do processo ou de supressão de procedimentalidade, que, a pretexto de afastar limites burocráticos à “atividade jurisdicional”, ou de extirpar entraves que emperrem a “máquina judiciária”, buscam manter uma espécie de dominação social pela impossibilidade do discurso. (LEAL, 2008, p. 153)

Ainda se observa um foco desmedido na subjetividade do julgador, ainda existindo nos estudos jurídicos atuais a crença de que “um bom juiz tem de possuir as

virtudes judiciais: inteligência, integridade e sensatez” (SOLUM, 2009, p. 30). Essa análise subjetiva da atividade judicial faz com que não haja qualquer progresso em um estudo objetivo do Direito.

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

É a crítica trazida por Rosemiro Pereira Leal:

Precedentes em qualquer das vertentes de *common law* e *civil law* pressupõem soluções de casos específicos gestada por argumentos egressos de uma razão jurisdicional performativa de uma lógica indutivo-analítica sem que as fontes da conflitualidade jurídica sofram refreamento (redução) jurídico (preventivo e comissivo) em seus efeitos devastadores e multiplicativos da massa social das contradições (problemas). (LEAL, 2008, p. 153).

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

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

2. O Sincretismo de Influências do Direito Comparado no Direito Brasileiro

Atualmente, predominam “dois grandes complexos de experiência jurídica existentes” (MARINONI, 2010, p. 11), denominados *common law*, que teve sua origem na Inglaterra e acabou se disseminando por suas colônias, e *civil law*, sistema que seria, em tese, adotado pelo direito brasileiro, também denominado sistema jurídico romano-germânico.

Para que seja possível compreender a confusão teórica que permeia o ordenamento jurídico brasileiro, é necessário discorrer sobre a diferença entre esses

modelos jurídicos, o que também permite verificar que o problema dos precedentes não é exclusivo de nenhum deles.

O sistema do *common law* (também chamado direito consuetudinário, comum, costumeiro), em sua origem, baseava-se “na pressuposição de que a fonte primordial do ordenamento jurídico são os fatores sociais costumeiros” (LIMA, 2009, p. 81). Por este motivo, passou a se destacar por ter como principal fonte do direito a jurisprudência. Ou seja: ainda que existam legislações escritas, o direito é criado ou declarado, principalmente, por meio das decisões judiciais reiteradas, não havendo uma distinção clara entre criação e aplicação do Direito (BUSTAMANTE, 2012, p. 5). Nesse modelo, trabalha-se a ideia de que interpretação do ordenamento jurídico seja um todo coerente (RIESENHUBER, 2011, p. 124), sendo o direito constituído essencialmente pela jurisprudência, pelas decisões reiteradas e uniformes dos juízes e tribunais sobre determinadas questões. Assim, “as soluções dos casos em julgamento são obtidas pela adesão a um anterior precedente judicial obrigatório” (BRÊTAS, 2009, p. 408).

Percebe-se que é um “sistema jurídico fragmentado, não codificado e ancorado principalmente na tradição”, além de ter forte crença no historicismo, tendo como principal fonte o “costume reconhecido pelos órgãos com autoridade para dizer e interpretar o direito” (BUSTAMANTE, 2012, p. 4).

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

No sistema da *common law*, o direito é constituído essencialmente pela jurisprudência (decisões reiteradas e uniformes dos juízes e tribunais sobre determinadas questões), sua fonte primeira, tratando-se, pois, por excelência, de um direito judiciário, no qual as soluções dos casos em julgamento são obtidas pela adesão a um anterior precedente jurisprudencial obrigatório (caso julgado), chamado *binding precedent*, que lhes servem de referência (*case law*). (SOARES; BRÊTAS, 2011, p. 84).

Esse modelo sempre foi marcado pela falta de força legislativa e, atualmente, também adota a chamada “doutrina do *stare decisis*”, caracterizada pela obrigação de “respeitar as regras estabelecidas pelos juízes em decisões passadas” (RAMIRES, 2010, p. 65). Conforme definição apresentada por Kozel, o *stare decisis* consiste em um “sistema analítico, utilizado para guiar as regras de decisão, visando resolver um caso concreto da mesma forma que se decidiu anteriormente nos Tribunais” (KOZEL, 2010, p. 411). Ainda, segundo Thomas da Rosa Bustamante, o direito é buscado em um

precedente que tenha resolvido determinado caso semelhante, em uma regra estabelecida pelo juiz em caso particular anterior (BUSTAMANTE, 2012, p. 4).

Maurício Ramires destaca que sempre houve nos tribunais do *common law* “a preocupação de assegurar a coesão da jurisprudência, tentando-se considerar o conjunto de julgados passados para se solucionar um litígio presente” (RAMIRES, 2010, p. 65). Portanto, diante da falta de força legislativa neste sistema, a jurisprudência deixa de ser somente uma fonte do direito e se torna “uma questão de sobrevivência para manter o sistema seguro e coeso” (NOGUEIRA, 2013, p. 41).

Assim, afirma Fazzalari que *o stare decisis* faz com que os juízes do *common law* se movam com pés de chumbo (FAZZALARI, 2006, p. 65). Todavia, o que não se move, diante de um sistema com base tão dogmática e historicista, é a própria ciência do Direito, como se pretende demonstrar.

Por outro lado, chama-se o modelo do *civil law* de romano-germânico em razão dos esforços comuns desenvolvidos nas universidades dos países latinos e dos países germânicos, que reiniciaram o estudo do direito romano, e adotaram a concepção de que as normas de direito “devem constituir a base fundamental dos Códigos”, os quais fornecem “as soluções jurídicas para os casos concretos de forma acessível ao povo e aos operadores ou práticos do direito” (SOARES, BRÊTAS, 2011, p. 84). Assim, a história da intitulada família romano-germânica confunde-se com a crescente necessidade de racionalização conceitual dos institutos jurídicos, ocasionando a sua positivação.

Segundo René David, nesse sistema, a ciência do direito formou-se sobre a base do direito romano e os direitos foram elaborados, antes de tudo, por razões históricas, visando a regular as relações entre os cidadãos (DAVID, 1998, p. 17-18). E, por isto, as decisões judiciais deveriam encontrar seu limite na lei², prevalecendo sempre o sistema do direito escrito, ou seja, a legalidade.

Todavia, em que pese a prevalência dos dois mencionados sistemas, dificilmente eles existem em sua forma pura. O fato de o sistema de *civil law* ter como principal fonte a lei não impede que exista uma grande relevância dos precedentes judiciais, compreendidos como decisões judiciais passadas que possam servir de direcionamento para novos provimentos jurisdicionais (DUXBURY, 2008, p.1), já que persiste a ideia positivista de uma necessária atividade interpretativa do Judiciário para complementar as lacunas legais.

² Nesse trabalho, é de se esclarecer que a lei deve ser compreendida como “instituição jurídico-popular em bases processuais de produção do direito democrático”. (LEAL, 2018, p. 83).

Entretanto, os precedentes no sistema do *civil law* não devem ter “potencialidade geradora de norma jurídica” (BENETI, 2007, p. 42), assumindo somente a função de interpretação da norma. Isto é: a lei torna-se o elemento principal para o conhecimento do direito, “mas ela não exclui outros elementos e apenas adquire sentido em conjugação com eles” (DAVID, 1998, p. 90).

Por isso, é de se esclarecer que um dos grandes problemas jurídicos não se refere ao lugar de construção da norma (Legislativo ou Judiciário), mas sim ao monopólio dos sentidos dado à autoridade, o que ocorre em ambos os modelos. Assim, afirma Thomas da Rosa de Bustamante que “a criatividade judicial nos dois sistemas difere muito pouco, e que nos dois sistemas se verificam os mesmos problemas de legitimação da decisão judicial” (BUSTAMANTE, 2012, p. 2). Transferir a autoridade de estabilização de sentidos do Legislativo para o Judiciário não torna o direito democrático, também não se alcançando a legitimidade democrática pelo inverso.

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

Não se pode admitir, em um contexto democrático, na perspectiva da Constituição Federal Brasileira de 1988, um modelo de *common law*, em que se dependa da atividade criativa do julgador e de sua percepção dos problemas sociais (com clara influência da “Jurisprudência Sociológica”, defendida por Roscoe Pound³). De outro lado, também não se pode admitir um modelo de *civil law*, em que se concebe o magistrado como único intérprete legítimo da norma, muito menos quando sequer se preocupa com a construção democrática da lei.

Tanto o *common law*, quanto o *civil law* consistem em modelos que ficam reféns da atuação da autoridade, se não teorizados a partir de conjecturas democráticas. Assim é que “a frustração de Weber ao imaginar uma racionalidade progressiva para o direito escrito (lei) ocorreu na vertente desse sincretismo do *Common Law* e *Civil Law* onde o mito e a utopia se articulam pela burocracia legalista” (LEAL, 2017, p. 79).

Como frequentemente ocorre nos estudos jurídicos brasileiros, essa importação não foi fonte de pesquisa no âmbito do direito processual democrático, a adequar os

³ Cf. POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law**. New Haven: Yale University Press, 1924; POUND, Roscoe. **Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico**. Barcelona: Ariel, 1950; POUND, Roscoe. **The Formative Era of American Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1938.

mecanismos de construção, aplicação e desconstrução de precedentes às diretrizes do Estado Democrático de Direito.

3. Instrumentalidade do Processo e a Jurisprudência Sociológica

O projeto de construção de um Estado Democrático de Direito inclui o imprescindível rompimento com a teoria do Estado Mínimo dos neoliberais e com a superação do paradigma do Estado Social, comprometendo-se, de modo amplo e irrestrito, “com a liberdade política de participação para equacionar o número de demandas e as respostas surgidas na problemática do povo” (LEAL, 2018, p. 55).

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

Ao apresentar sobre a doutrina instrumentalista, Cândido Rangel Dinamarco deixa claro que a função jurisdicional tem por escopo fundamental a paz social, tratando-se de sistema voltado à pacificação de conflitos, mediante critérios justos (DINAMARCO, 2006, p. 159-161), além de apontar, como aspecto positivo da instrumentalidade, a fundamentação do processo em escopos metajurídicos. Veja-se:

O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da ‘efetividade do processo’ e conduz à assertiva de que ‘o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais’. (DINAMARCO, 2006, p. 319).

Para a doutrina instrumentalista, “o conceito de jurisdição não seria jurídico, mas, político, já que ela é expressão do poder do Estado” (GONÇALVES, 2012, p. 157), fazendo com que a atividade do juiz seja influenciada por seus próprios princípios ideológicos, construída unilateralmente por sua clarividência, em uma atividade solitária e solipsista, o que, obviamente, diante das considerações anteriormente feitas, não é compatível com a noção democrática de processo. Ou seja, ao tratar o processo como um instrumento de busca pela paz social e pela justiça, admite-se que o magistrado se torne a figura suprema da relação processual e atue de forma discricionária e arbitrária, desconsiderando a atuação das partes/participação popular, o que não se mostra consentâneo com a atual conjuntura constitucional. Segundo Ronaldo Brêtas, o equívoco na referida doutrina estaria em sugerir que seja o processo instrumento da jurisdição, quando, na verdade, o correto parece ser o contrário, isto é, a jurisdição é o instrumento do processo (BRÊTAS, 2009, p. 415).

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

A inefetividade do direito, ao longo dos milênios, máxime, com maior transparência, a partir do séc. XVI, ocorre pela entrega da atuação do direito ao Estado Dogmático, isto é, àquele que, como Estado-juiz, filia-se à dogmática analítica, em que a crença na clarividência do decisor prevalece sobre a lei parlamentarizada a pretexto de que a lei é dotada de uma incompletude fatal. (LEAL, 2013, p. 3).

Rosemiro Pereira Leal afirma ser necessária a superação dessa teoria, uma vez que o Estado Democrático de Direito serve “de apoio ao desenvolvimento das teorias do processo desconectadas do Estado Social e da retrocarga que pende sobre a figura idealizada de um julgador magnânimo” (LEAL, 2002, p. 31). Ou seja: a figura do juiz inquestionável, detentor de todo o conhecimento necessário, para salvar a sociedade de suas mazelas, não mais cabe em um contexto democrático.

Todavia, ainda se encontra muito presente na legislação e na doutrina consideráveis resquícios dessa doutrina, o que justifica o apontado sincretismo entre *common law* e *civil law*, apoiado na Jurisprudência Sociológica de Roscoe Pound⁴.

⁴ Cf. POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law**. New Haven: Yale University Press, 1924; POUND, Roscoe. **Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico**. Barcelona: Ariel, 1950; POUND, Roscoe. **The Formative Era of American Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1938.

Para os teóricos da jurisprudência sociológica, o “Direito é ou deve ser a maximização das necessidades sociais e a minimização dos custos e tensões sociais” (SOUZA, 2006, p. 29), ou seja, a função da atividade jurisdicional é alcançar a paz social e os demais escopos metajurídicos ideologizados pela doutrina instrumentalista.

Para Roscoe Pound, a finalidade da lei seria satisfazer os desejos sociais, por meio da organização da conduta humana por meio de uma organização político-social (POUND, 1924, p. 99). Acrescenta que o intérprete da lei nem sempre consegue localizar uma lei que se adeque ao caso em julgamento, precisando, portanto, criar uma nova legislação. Afirma, assim, que as funções judiciais e legislativas se complementam (POUND, 1924, p. 105). Como aponta Henrique Garbellini Carnio, “sua proposta teórica foi, autenticamente, a de pensar o direito como experiência – desenvolvido pela razão” (CARNIO, 2016, p. 83).

Assim, defende Pound o abandono da lei, com sua conseqüente entrega à “jurisdição dos juízes” (LEAL, 2017, p. 93), uma vez que estes seriam capazes de tornar o direito um instrumento de avanço social. Por isso, elabora sua ideia de Jurisprudência Sociológica a partir da crítica à separação das funções do Estado, apontando ser inviável confiar somente na atividade legislativa, de modo ser necessário trazer para a atividade jurisdicional uma maior possibilidade de atuação criativa. Nesse sentido:

Tem sido fácil aceitar a teoria política, baseada no dogma da separação dos poderes, e compreender que as cortes apenas interpretam e aplicam a lei, que toda a elaboração de leis vem da atividade legislativa, que a corte deve “deixar a lei como a encontrou”, como se pudesse sempre achar um texto pronto para cada caso. Também tem sido fácil aceitar a teoria da justiça segundo a qual a lei não pode ser fabricada, mas tão somente encontrada e que o procedimento de localização da lei é decorrente somente da observação e da lógica, não envolvendo qualquer elemento criativo. (POUND, 1924, p. 27)

A Jurisprudência Sociológica de Pound foi, em verdade, uma extensão do pensamento do Oliver Wendell Holmes, que, ao rechaçar a teoria do formalismo legal, trouxe para o direito a preocupação com o contexto social, fortalecendo, assim, a ideia ancorada no senso comum de que é o direito que deve acompanhar as evoluções da sociedade, de modo que “prevalece a tentativa de assegurar ao fator humano (experiência) o lugar central em todo o nosso esquema de pensamento e ação” (CARNIO, 2016, p. 89).

Desse modo, quando a norma previamente estabelecida (seja pela via legislativa ou pela via judicial) aparentar ser inadequada para a resolução de uma questão atual, os

dados sociológicos devem ser considerados como fundamentais para o julgador, que poderá fazer o direito evoluir, acompanhando a evolução social.

A influência desta ideologia de Pound na importação brasileira do modelo de *common law* faz com que persista a “mítica dos ideais de falaciosa justiça, paz, bem comum e fins sociais de um direito que pode ou não ser legislado” (LEAL, 2013, p. 14), mantendo viva, por consequência, a famigerada instrumentalidade do processo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve o singelo objetivo de demonstrar a relevância de uma adequada demarcação teórica, para que se possa revisitar a questão dos precedentes judiciais e adequá-la às diretrizes do Estado Democrático de Direito.

Demonstrou-se ser necessário se afastar das concepções pragmáticas do Direito e não mais analisar a questão somente sob a ótica funcional, no sentido de que a adoção dos precedentes seria capaz de alcançar um Direito mais célere e coerente.

A insistente confusão teórica entre os sistemas da *common law* e da *civil law* perpetuam as noções de Jurisprudência Sociológica e Instrumentalidade do Processo, sem que se perceba que estas acabam por perpetuar também institutos de Estado Social, impedindo a necessária construção do Projeto de Estado Democrático de Direito.

Não basta pensar que é necessário permitir a revisitação da questão dos precedentes judiciais, somente abordando a possível descoberta da trilha racional feita pelo pensamento dos julgadores, já que isso nos levaria, mais uma vez, a ficarmos reféns da autoridade. O que deve justificar uma possível construção de uma teoria de precedentes é adoção, como marco teórico, da lógica do racionalismo-crítico, que sugere que uma proposição precisa ser submetida à crítica.

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SOLUM, Lawrence B. As Virtudes e os Defeitos de Um Juiz: um guia aristotélico para o recrutamento de juízes. **Revista Julgar**. Nº 7, 2009.

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

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