XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-058-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Dentro da afirmada tradição do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, a apresentação de trabalhos em Grupos com temáticas específicas resta consolidada.

O GT com a incumbência da discussão dos trabalhos ligados à subárea da Hermenêutica é um dos grupos mais tradicionais, afigurando-se como uma dos mais frequentados nos eventos e com número expressivo de trabalhos submetidos.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados e os debates em excelente ambiente de cooperação científica têm permitido, certamente, perceber este GT como um daqueles em que a qualidade investigativa mais se evidencia.

Para além da discussão dos rumos da Pós-graduação em nosso país, a certeza de estarmos contribuindo para a afirmação desta entidade científica, muito nos alegra. A realização do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, com seu expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados mais solidifica este rumo.

Ademais, a acertada decisão, desde alguns encontros, da edição em livro digital dos trabalhos apresentados e discutidos, possibilita que todos aqueles interessados no tema aproveitem este material e possam, com a leitura dos trabalhos aqui constantes, acrescerem algo em suas próprias indagações, estudos e pesquisas.

Na presente edição do evento, o GT de Hermenêutica contou com trabalhos que expressam o caminho de maturidade que vem alcançando os debates em Hermenêutica Jurídica no país. Os trabalhos apresentados, se identificam pelo forte vínculo a referencias teóricos - sem deixarem de ser críticos com respeito aos mesmos -, a partir dos quais problemas objetivos de hermenêutica jurídica, entendida como experiência da linguagem de jurisdição, foram debatidos.

Por meio de reflexões contextualizadas na permanente dialética de interpretar e aplicar, decidir e argumentar, elaborar e concretizar o Direito, matrizes já consolidadas da

Hermenêutica Contemporânea foram debatidas frente a questões atuais, como, por exemplo, o tema da reforma do Processo judicial brasileiro, impulsionada pelo advento do Novo Código de Processo Civil, que dominou alguns trabalho e muitos profícuos debates, durante o GT.

Nesse quesito, tanto os textos como as discussões que se seguiram, pautaram-se pela percepção de potenciais transformações no pensamento jurídico brasileiro e sobretudo na práxis jurisdicional brasileira, em que temas como "substantive due process of Law", "overrule" e "distinguishment" já não são mais importações alienígenas descontextualizadas; ou diferenciações como "discursos de fundamentação" e "discursos justificação", ou "argumentação" e "decisão" não são mais, nem categorias desconhecidas, nem distinções absolutizadas.

O presente livro, ademais de retratar esse amadurecimento, reflete também a diversidade de referenciais teóricos com os quais trabalham os diferentes pesquisadores dedicados à Hermenêutica Jurídica em nosso país. Tal diversidade não está livre de marcar-se por disputas paradigmáticas ou de linguagem. Mas fica claro, dos texto que aqui seguem e dos debates que presenciamos e coordenamos na apresentação dos trabalhos, que estamos aprendendo, como membros de uma coletividade que se quer inserida em uma sociedade aberta de interpretes da Constituição, a respeitar o outro e realizar a experiência da pluralidade, que pressupõe a capacidade de saber ouvir com alteridade e com animus de mundo em perspectiva de devenir.

Os Coordenadores

A IMPORTÂNCIA DOS TRIBUNAIS NA APLICAÇÃO E NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DO RESPEITO AO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

THE IMPORTANCE OF THE COURTS IN THE APPLICATION AND INTERPRETATION OF THE LAW REGARDING THE FOREGOING FROM JUDICIAL SYSTEM

Ricardo Augusto Herzl

Resumo

Este artigo tem por objetivo demonstrar a necessária adaptação do sistema jurídico processual com a aprovação do novo Código de Processo Civil ao prestigiar os precedentes judiciais, por intermédio do fortalecimento e da implementação de mecanismos que pautem pela transcendência jurisprudencial, em detrimento da famigerada loteria judicial. Pretendemos demonstrar como as novas tendências processuais se aproximam ou se somam às ideias defendidas por Luhmann acerca da importância do papel de centralidade dos tribunais, para a manutenção e sobrevivência de todo o ordenamento jurídico, enquanto sistema autopoiético. Mais que isso, também buscamos evidenciar que a coerência e o respeito às decisões dos tribunais jamais prescindirão de uma apurada análise hermenêutica. Assim, acreditamos que o novo Código de Processo Civil é um exemplo de convivência possível, complementar e necessária entre a teoria dos sistemas e a hermenêutica filosófica a partir da Crítica Hermenêutica do Direito. Palavras-chave: centralidade dos tribunais; sistema processual; transcendência jurisprudencial; precedentes judiciais; hermenêutica filosófica.

Palavras-chave: Centralidade dos tribunais, Sistema processual, Transcendência jurisprudencial, Precedentes judiciais, Hermenêutica filosófica

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims at demonstrating the necessary adaptation of the legal system procedure - with the adoption of the new Code of Civil Procedure - the prestige the judicial precedents, through the strengthening and implementation of mechanisms that guided by jurisprudential transcendence, to the detriment of notorious judicial lottery. We want to demonstrate how the new procedural trends approaching - or accumulate - the ideas defended by Luhmann about the importance of the role of centrality of the courts, for the maintenance and survival of the entire legal system, while the system autopoietico. More than that, also we seek to highlight that the consistency and respect the decisions of the courts never were appearing as a refined analysis hermeneutics. Thus, we believe that the new Code of Civil Procedure is an example of peaceful coexistence possible, complementary and necessary between the theory of systems and philosophical hermeneutics from the Critical Hermeneutics of Right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: The centrality of the courts, Procedural system, Transcendence law, Judicial precedents, Philosophical hermeneutics

INTRODUÇÃO

Um processo, individualmente, não pode ser considerado como apenas mais *uma ilha perdida no oceano da jurisdição*. A sociedade espera do processo um meio idôneo, um instrumento efetivo de concretização dos direitos fundamentais. Neste tocante, sob o ponto de vista sistêmico, não mais se justifica que sentenças que decidam questões exclusivamente *jurídicas* (leia-se: as que não demandem lastro probatório) possam ser antagônicas entre si se já existe entendimento pacificado pelas Cortes Superiores.

Mas a instabilidade do sistema jurídico não acaba por aí. Convive-se com um crescente *déficit* de segurança processual quando casos similares são decididos de maneira completamente diferentes. Como confiar em um sistema jurídico que produz diferentes decisões (*outputs*) a partir de idênticas causas de pedir (*inputs*)?

Assim, a ideia de preservação do sistema jurídico, mormente na seara processual, transpassa necessariamente pelo desenvolvimento de técnicas que busquem a redução de sua complexidade e o fortalecendo da unidade e coerência com o todo. Todavia, isto só se torna possível por meio da reestruturação orgânica do sistema jurídico, ao apostar na centralidade dos tribunais como elemento integrador e pacificador de controvérsias postas à sua baila.

1 A CENTRALIDADE DOS TRIBUNAIS NO SISTEMA DO DIREITO

Neste sentido, no Capítulo 7 da obra *El Derecho de la Sociedad* (*Das Recht der Gesellschaft*), Niklas Luhmann evidencia qual o papel dos tribunais dentro do sistema jurídico, a partir da diferenciação (e da relação travada) entre jurisdição e legislação.[1] Já em Aristóteles, verificou-se o problema da concentração de poder nas funções de legislar e julgar ao encargo da mesma pessoa (o juiz). Para evitar o abuso (de poder) na administração da justiça, quem julga não pode legislar e vice-versa. Ao legislador incumbe criar normas de aplicação geral, de modo a obrigar o juiz ao cumprimento das leis (e, assim, inibir eventuais favorecimentos).[2]

---

[1] Neste mesmo sentido, vale consultar interessante texto traduzido para o português: LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Revista AJURIS, Porto Alegre: Ajuris, n. 49, ano XVII, jul.,1990, p. 140-168. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/5b5af/5bb67/5bb68?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0#JD_AJURIS49PG149>. Acessado em 10.01.2015.

[2] *La solución, según Aristóteles, estaba en la peculiar diferenciación de la administración de justicia entre legislación/jurisprudencia. El legislador se encargaría de proveer de normas generales cuyas repercursiones - en los amigos o los enemigos, en los cercanos o los distantes- no se podrían anticipar, precisamente por el grado de generalidad. Bastaría entonces obligar al juez a que cumpliera las leyes para impedir que favoreciera a los amigos (o desfavoreciera a los enemigos)* (*In*: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Mexico: Iberoamericana, 2002, p. 214).

No século XVIII, com o advento do estado moderno, a diferenciação entre legislar e o julgar adquire real importância. Inicia-se a fase de ouro do Poder Legislativo, com as grandes codificações e a igualdade (formal) como uma garantia do cidadão perante o Estado. O juiz, neste contexto, deve entender o que o legislador quis dizer com a lei. Estabelece-se uma relação hierárquica: a jurisdição deve obediência ao legislador. Em decorrência, os magistrados desenvolvem métodos apropriados para "interpretar" a vontade do legislador, pautados da dedução por um processo de silogismo.[3]

A partir do século XIX, com a expansão da capacidade interpretativa do magistrado, mormente por ter que interpretar, além da lei, a vontade das partes acerca dos contratos, passou a enfrentar uma dupla exigência: embora tivesse o juiz que decidir à luz das peculiaridades de cada caso em concreto, também deveria ser justo em relação aos demais, aplicando as mesmas razões em casos similares. A "liberdade" do julgador, portanto, acabava sendo controlada por uma justiça calcada na busca da igualdade.[4]

Para Luhmann, atualmente não mais prevalece a ideia de superioridade hierárquica do legislador sobre o julgador. Ao contrário, afirma que *os tribunais passam a ocupar posição especial (central) no sistema de direito* e sustenta que, em determinados casos, a jurisprudência – partindo sempre das regras vigentes – pode desempenhar papel mais importante do que a própria lei.

O problema dos *hard cases* (casos difíceis) já existia antes do processo de diferenciação do sistema do direito. A diferenciação dos casos difíceis era, em tempos de *ordálias*, decidida pelo juízo de Deus. Atualmente, o excesso de subjetivismo, o decidir do magistrado de acordo com a sua consciência ou baseado em correções morais não seriam um equivalente funcional do juízo divino?

Para Luhman somente os tribunais, ao decidirem as demandas, podem gerir o *paradoxo do sistema processual* – proibindo a negação da justiça –, transformar o incerto em certo, a obrigação em liberdade. Por outro lado, os tribunais não podem condicionar o exercício da atuação do Poder Legislativo. No máximo, podem os tribunais interpretar o

---

[3] *La relación entre competencia legislativa y competencia judicial se construye sobre un tipo de jerarquía - la jerarquía se concibe como cadena de instrucciones ordenada de arriba hacia abajo (no como jerarquía de inclusión: como relación del todo y las partes). El tribunal se concibe como órgano ejecutivo de la competencia legislativa y la metódica jurídica como simple deducción. El nexo se debe garantizar mediante la lógica, ergo: axiomatizando las relaciones normativas.* (*Ibidem*, p. 216)

[4] *Los tribunales se ocupan crecientemente de interpretar los contratos - incluso de interpretar la voluntad de los contrayentes. Se discute la pluralidad de métodos en las interpretaciones de las leyes y cada vez menos se habla de deducción severa. El juez se enfrenta a la doble exigencia: decidir sobre cada caso y decidir de manera justa -lo que por lo menos quiere decir: aplicar la igualdad en los casos particulares, es decir, las mismas reglas* (*Ibidem*, p. 217).

direito. Logo, torna-se melhor *substituir um modelo hierárquico por outro que leve em conta a diferenciação entre o centro e a periferia*.

Os Tribunais devem, queiram ou não e independentemente da existência ou não existência de uma motivação em termos de política jurídica, interpretar, construir e, se for o caso, "distinguir" os casos (como se diz no *Common Law*), para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto à sua consistência frente ao Direito vigente. Assim surge por intermédio da atividade sentenciadora dos Tribunais um *direito judicial* (*Richterrecht*), que, no decorrer da sua reutilização constante, é, em parte, condensado, isto é, formulado com vistas ao reconhecimento (*Wedererkennung*), e, em parte, confirmado, isto é, visto como aproveitável também em outros casos (*Sachlagen*) (LUHMANN, 1990, p. 162).

A organização judiciária é um subsistema que faz parte do centro do sistema do direito. Todos os demais campos do direito pertencem à periferia do sistema (em especial o processo legislativo e o espaço privado contendo a liberdade para a formação dos contratos). Por isso é natural que esta *zona de contato periférico* sirva como ponto de estofo com os interesses advindos de outros sistemas, como a economia, a política e a vida privada.

A periferia do sistema do direito garante a sua autonomia exatamente por não ter que decidir. Já os tribunais, por estarem no centro do sistema jurídico, trabalham em um *isolamento cognitivo* muito maior, sofrendo menor interferência dos outros sistemas: somente uma pequena parcela dos problemas jurídicos chega ao conhecimento dos tribunais. Ainda assim, os tribunais terão de decidir casos fáceis ou difíceis, de modo conservador ou ativista.

Como os tribunais estão obrigados a decidir todos os casos, impossível que dependam da busca pelo consenso. E quando os tribunais tentam buscar o consenso, em razão da distância real das questões, a decisão transforma-se em mera *ficção jurídica*. Assim, a busca pelo consenso pode ser relegada apenas à periferia do sistema, sob a forma de um contrato ou de uma lei.

> O centro do sistema jurídico não pode funcionar sem a periferia e vice-versa. Todavia, isso não implica em uma estrutura hierarquizada: tribunais não são mais importantes que legisladores. Ambos exercem um papel de complementaridade. A estrutura hierárquica (relação superioridade-inferioridade) deve existir só dentro do centro do sistema jurídico: os tribunais estão acima dos juízes. Na periferia do sistema jurídico, por outro lado, não pode existir diferenciação hierárquica por ser muito grande a quantidade de problemas que se apresentam.[5] Assim, quanto maior a

[5] *Sólo los tribunales constituyen una jerarquía; sólo ellos se diferencian horizontalmente según las distintas competencias espaciales o profesionales. Esto, además, contribuye a la asimetría de la forma de la diferenciación. La periferia no se puede diferenciar más, por muy grande que sea la cantidad de asuntos que se presenten* (*In*: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Mexico: Iberoamericana, 2002, p. 231).

> flexibilidade na periferia do sistema jurídico, também maior será a tolerância do direito a desequilíbrios que afrontam o seu sistema.
>
> Nessa ordem não podemos mais compreender a legislação como uma instância hierarquicamente superior à administração da Justiça, como uma instância que dá instruções a serem seguidas pelos Tribunais. É certo que tal concepção não é propriamente falsa. Podemos conviver com ela. O Juiz permanece vinculado à lei, mas justamente não à legislação. Evidentemente, regras genericamente válidas continuam sendo indispensáveis no sistema. No entanto, a legislação e a jurisprudência participam do processo da formação e da modificação, da condensação e da confirmação de regras genericamente válidas. Nisso a legislação desempenha mais a função de um órgão periférico, de um ponto fronteiriço na relação entre o sistema jurídico e o sistema político. Cabe-lhe *acomodar* a irritação constante do sistema jurídico pelo sistema político e isso somente é possível na forma de regras genericamente válidas, que podem ser trabalhadas no próprio sistema. Seu caráter genérico de forma alguma exclui a especificação elevada, mas serve apenas para excluir excessos (*Übergriffe*) nas decisões de casos individuais dos Tribunais (isto é, excessos no processamento de irritações por parte de um outro mundo circundante). (LUHMANN, 1990, p. 164)

A relação evidente entre a obrigatoriedade de decidir, a organização judiciária e a posição central dos tribunais no sistema do direito torna possível uma nova ideia de fechamento operacional do sistema jurídico a partir das perspectivas temporal e material. Neste sentido, as decisões podem ser concebidas como uma forma na qual a relação entre o passado e o futuro é interrompida e restaurada. Ao decidir um caso em concreto, rompe-se com o passado (a lei): os tribunais reconstroem o passado e transformam-no no presente (decisões).

Assim, os tribunais também exercem o importante papel de projetar o futuro, na medida em que decisões atuais influenciarão casos semelhantes. Isso significa que o sistema se fecha temporariamente ao construir o presente como *um passado de um futuro presente*.[6]

---

[6] *Las decisiones se pueden concebir -de manera abstracta- como una forma mediante la cual la relación entre pasado y futuro se interrumpe y se restablece. Dondequiera que se decida, el pasado no se prolonga automáticamente en el futuro (qua esencia o naturaleza, qua imposibilidad o necesidad). La relación se corta y se deja al arbitrio de la decisión (que sólo es posible en el presente y siempre posible de otra manera) si ha de restablecerse. ¿Cómo puede la sociedad -así habría que preguntarse- comprometerse a una riesgo así de interrupción? Y además: ¿cómo es posible que este riesgo se deje en manos de un subsistema de la sociedad -el sistema del derecho? La disculpa que, en cierto sentido, se da es que por todos lados surgen disputas. Si se pierde o se gana es una pregunta cuya respuesta no es definitiva. La ocasión obliga a ponerse en marcha. Pero de este modo no está dicho cómo es que un sistema clausurado en su operación logra el reenlace entre pasado y futuro. Los tribunales reconstruyen el pasado en el formato del caso que se hace presente. Sólo se tomará en consideración lo que es necesario para la decisión del caso -y nada más. Para la delimitación de la necesidad de información entra en ayuda el derecho vigente. Este derecho está presupuesto en calidad de fecha, es decir, como producto del pasado. El concepto ideal de que del derecho se pudiera deducir también la decisión del caso, significaría para la praxis arreglárselas únicamente con el pasado y dejar el futuro a la posibilidad/imposibilidad lógica. Se podría calcular el futuro y, por consiguiente, no sería necesario ni siquiera decidir. Se sabe que esto no es posible. De hecho, los tribunales se ven obligados a proyectar el futuro. Esto ocurre en el esbozo de las reglas de decisión a las que el tribunal se atendrá en casos futuros similares* (In: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Mexico: Iberoamericana, 2002, p. 232).

Do ponto de vista material, apenas os tribunais têm a tarefa de monitorar a coerência das decisões jurídicas (leia-se: interpretar). E, neste contexto, os tribunais decidem de modo argumentativo: buscam demonstrar a racionalidade das suas decisões. Neste ponto, Luhmann critica os juristas, em especial Habermas, que defendem a utilização da lei como base de racionalidade para as decisões judiciais.[7]

Mas, e se o direito já contém regras suficientes? Quais os fatores sociais determinantes para assegurar a independência e o abuso dos magistrados? Luhmann responde: o papel dos juízes no sistema jurídico será controlado pela *organização* e pelo *profissionalismo* dos tribunais.

Para Luhmann, os juízes fazem parte de uma organização. Espera-se que eles desempenhem bem o seu papel, já que serão controlados por outros colegas juízes (nos tribunais). Ainda, a organização permite que o juiz receba subsídios e, com isso, filtre o impacto econômico de suas decisões. Para tal, o juiz não dever ser responsável pelas consequências de suas decisões, desde que não haja dolo ou fraude. O organização deve cobrir tal risco. Logo, a organização gera o profissionalismo.

2 O QUE É ISTO – TRANSCENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL?

A expressão *transcender* significa sair de si, ir para além de seus próprios limites. Por seu turno, o termo *jurisprudência* tem sido comumente empregado para designar a decisão reiterada dos tribunais (ou a maioria deles) em um determinado sentido.

No direito romano, a medida em que as *responsas* (sentenças) eram prolatadas, as premissas e opiniões exaradas em suas justificações, fazem surgir o termo *jurisprudência*, correspondendo à *forma de pensar dos homens prudentes*.

Neste sentido, a jurisprudência romana guarda grande consonância com o que os gregos chamavam de *fronesis*: a construção de uma espécie de sabedoria e capacidade, baseada na busca pela verdade, desenvolvida apenas pelos homens mais prudentes (FERRAZ JR., 1998, 35).

O que possibilitou aos romanos ir além da *theoria* grega para o desenvolvimento do Direito foi o *respeito à religião e à tradição*, reconhecendo na jurisprudência romana – além

[7] *Los tribunales interpretan en un sentido diferente, a saber, de manera argumentativa: para demostrar la racionalidad de su propia decisión. Aquí la observación de segundo orden se utiliza para examinar hasta dónde la consistencia de la observación del derecho obtenida hasta la fecha deja integrar nuevas informaciones o cambios en las preferencias. Y si la doctrina e investigación académica se interesan por "las ciencias del derecho", lo hacen en el sentido de la reconstrucción de las decisiones correctas que han tomado los tribunales. A pesar de esfuerzos reiterados, no se ha podido desarrollar una ciencia de la legislación convincente, por más que los juristas (y los no juristas como Jürgen Habermas) insisten todavía hoy en que la ley es la base de la racionalidad de todas las decisiones jurídicas* (*Ibidem*, p. 233).

de um dos instrumentos mais efetivos de preservação de sua comunidade – um fundamento do certo e do justo (FERRAZ JR., 1998, 37).

A interpretação da norma e sua aplicação à luz de um caso em concreto, para que válida fosse, dependia diretamente da *auctoritas*, ou seja, da força coercitiva da autoridade[8]. A decisão transcendente – a que visa atingir um sem número de pessoas a casos semelhantes –, no caso do Brasil, tem como fundamento principal mais a *autoridade hierarquicamente superior do tribunal* que a emite ao respeito à jurisprudência dominante. Isto se verifica porque o nosso ordenamento deriva da família da *civil law*, em que a decisão está mais relacionada a um ato de autoridade, decorrente da legitimidade conferida pela lei.

Em países oriundos da *common law*, por outro lado, o forte respeito à tradição jurídica e à construção de um direito jurisprudencial fazem com que a expressão *transcendência jurisprudencial* não faça muito sentido, porquanto lá a jurisprudência naturalmente transcende, mormente porque o arquétipo legal normalmente possui aplicação subsidiária.

Assim, a transcendência jurisprudencial pode ser conceituada como a possibilidade ou a capacidade de uma decisão judicial, ao ser exarada por um tribunal, irradiar efeitos *erga omnes*, expandindo sua força decisória para além dos limites restritos às partes que participaram do processo, de modo a *atingir e vincular todos os outros casos similares* – passados, presentes e futuros –, com exceção das demandas que já se encontrem cobertas pelo manto da coisa julgada.

Logo, a principal característica da transcendência jurisprudencial é a tentativa de construir uma única solução às causas de pedir semelhantes. Deste modo, unifica-se a aplicação do Direito, evitando-se decisões contraditórias. Uma determinada situação acaba sendo "objetivada", ou seja, extrai-se o seu sumo, a essência do problema posto à baila para, a

---

[8] *Ora, a força coercitiva da autoridade, nos diz Hannah Arendt citando Mommsen, estava ligada à força religiosa dos "auspices", os quais, ao contrário dos oráculos gregos, não sugeriam o curso objetivo dos eventos futuros, mas revelavam apenas a confirmação ou desaprovação dos deuses para as decisões dos homens. Os deuses romanos não determinavam o que os homens fariam, mas aumentavam – isto é, engrandeciam as ações humanas. Assim, tinham autoridade aqueles que eram capazes de arcar com o peso de aumentar a fundação. Daí a importante noção romana de "gravitas", traço proeminente de seus juristas. O desenvolvimento da jurisprudência romana, a nosso ver, está ligado a este quadro. Afinal, o jurista, mais do que pelo seu saber – saber, aqui, tomado num sentido grego de conhecimento – era respeitado pela sua "gravitas", o que indicava estar ele mais perto dos seus antepassados. Entende-se, por isso, que a teoria jurídica romana não era exatamente uma contemplação no sentido grego ("theoria"), mas, antes, a manifestação autoritária dos exemplos e dos feitos dos antepassados e dos costumes daí derivados. Os próprios gregos e sua sabedoria só se tornaram autoridade por meio dos romanos, que os fizeram seus antepassados em questão de filosofia, poesia, em matéria de pensamentos e ideias. Assim, o pensamento jurisprudencial dos romanos, embora se ligue de alguma maneira à prudência e à retórica gregas, tem um sentido próprio, alheio até certo ponto ao problema da relação entre teoria e práxis, como acontecia com Platão* (*In:* FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 36).

partir dela, interpretar as leis e a Constituição em um determinado sentido, vinculando os tribunais inferiores e os juízes de primeira instância.

Neste sentido, a transcendência jurisprudencial acaba sendo sinônima de *objetivação do processo*, transformando os efeitos de uma decisão, em um primeiro momento meramente subjetivos, em *uma única tacada* a um sem número de situações semelhantes.

Ao transcender uma decisão, busca o tribunal *criar um modelo de solução à luz de um caso paradigmático*. Todavia, impende ressaltar que esta criação não pode ser ilimitada, porquanto continua-se sob a égide do sistema da *civil law*. Há necessidade de respeito às leis e à Constituição, sob pena de o Poder Judiciário não julgar, mas também legislar indiretamente.

Assim, o conteúdo de uma decisão transcendente deverá direcionar o sentido interpretativo, indicando como determinada lei deverá ser aplicada para casos semelhantes. Observa-se, portanto, que o objeto da transcendência jurisprudencial não diz respeito à moldura de um quadro, mas sim à cor e ao modo como o quadro deve ser pintado.

Mas, no que consiste a expressão casos semelhantes? Casos semelhantes são aqueles que possuem identidade de pedido e de causa de pedir jurídica (ou causa próxima). A causa de pedir fática (ou remota), via de regra, não será mesma. Logo, como não há plena correlação entre partes, causa de pedir e pedido – senão tratar-se-ia de idêntica demanda –, utiliza-se a expressão *semelhante* ou *similar*.

Como consequência, não será possível aplicar a transcendência jurisprudencial para a resolução de uma demanda processual que dependa de instrução processual. Se a instrução processual torna-se necessária então aquele caso ganha contornos únicos, não sendo possível a confrontação dele com outro por um juízo de similaridade.

Um problema técnico e que merece reparos ao novo Código de Processo Civil trata-se da artificial (para não dizer *falaciosa*) distinção entre *questão de fato* e *questão de direito*. Ocorre que todas as *técnicas de transcendência jurisprudencial* – também conhecidas como *mecanismos de objetivação do processo* (repare a nomenclatura) – partem do pressuposto da sua aplicação a *questões exclusivamente de direito*. Assim, todo processo que envolva uma questão fática e demande a realização de provas, inviabiliza a aplicação dos precedentes jurisprudenciais. Pois bem.

Como é cediço, toda questão de direito também é uma questão de fato e vice-versa.[9] Prova disso é que um dos requisitos da petição inicial é a narrativa dos fatos e fundamentos

[9] Neste sentido: *E assim temos de concluir, quanto a este último sentido, que o direito não pode prescindir do facto e que o facto não pode prescindir do direito. Na verdade, se por um lado não há validade que não seja validade de algo, e de algo que relativamente a essa intenção fundamentalmente se ofereça na contingência da*

jurídicos do pedido, compondo a causa de pedir. Ora, uma questão de fato só interessará ao direito se for juridicamente relevante, assim como uma questão de direito só será posta em juízo se decorrer de uma questão de fato (ato humano ou fato da natureza). Logo, como as *questões de fato* e *questões de direito* sempre estarão imbricadas, expressões legais que incorporem esta *aparente dualidade* devem ser evitadas. Nossa sugestão: no lugar de *questão de direito*, mais técnico será utilizar a expressão *demandas que não demandem a demonstração de peculiaridades que resultem em julgamento diverso*.

3 APROXIMAÇÃO DO *CIVIL LAW* AO *COMMON LAW*?

Este processo de *objetivação* do processo tradicional traz consigo maior importância ao papel exercido pela jurisprudência e, consequentemente, maior criatividade judicial, o que tem aproximado os sistemas do *civil law* e do *common law*, levando os estudiosos a repensar suas premissas.

Somado a isso, vale destacar que o sistema jurídico brasileiro, embora reconhecidamente mais próximo da família do *civil law*, por razões históricas, abriga um direito constitucional com inspiração no modelo norte-americano, adotando um duplo mecanismo de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), e, ao mesmo tempo, passando a valorizar sobremaneira os precedentes jurisprudenciais[10].

Assim, nada mais razoável analisar quais os grandes fenômenos de transcendência jurisprudencial a partir das clássicas distinções entre as duas citadas famílias jurídicas para, dentro das diferenças, demonstrar a tendência do Direito Brasileiro a constituir um sistema verdadeiramente misto.

---

facticidade, também a validade jurídica não poderá de ter um contingente e material sujeito-objecto a predicar, e no qual se cumpra – o predicado não prescinde do sujeito e terá nele justamente de se afirmar predicado, uma questio juris é sempre a questio facti. Por outro lado, sendo os factos de um problema concreto de direito o objeto intencional da respectiva questão-de-fato, e por esta são determinados, não é menos certo que também eles não têm sentido sem referência à questão-de-direito, pois uma quaestio facti é necessariamente a quaestio facti de uma certa quaestio juris (*In*: NEVES, A. Castanheira. **A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito**. *In* Digesta, escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 511).

[10] *A identificação de uma tradição jurídica não se faz apenas com a análise do sistema jurídico. É preciso investigar também o papel e a relevância dos operadores jurídicos e o modo como se ensina o Direito. No Brasil, embora a importância da opinião dos doutrinadores ainda seja bem significativa (característica do "civil Law"), o destaque que se tem atribuído à jurisprudência (marca do "common Law") é notável, de que serve de exemplo a súmula vinculante do STF. Não obstante nosso ensino jurídico se tenha inspirado no modelo da Europa Continental (principalmente Coimbra), não se desconhecem atualmente inúmeros cursos de Direito que são estruturados a partir do exame de casos, conforme a tradição do "common law"* (*in* DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Vol. 1**. 13. ed. Juspodivm: Salvador, 2011, p. 42).

Na obra *The faces of justice and state authority*, *Mirjan Damaska* (1986) compara os aspectos mais relevantes dos maiores sistemas de justiça adotados no mundo ocidental, originários do *tronco comum do direito romano*.

O *civil law* confere especial importância ao direito escrito, baseando-se no modelo paternalista de Estado, em que os juízes aplicam o direito sob a observância das leis. Estas, votadas pelos representantes do povo, simbolizam o sentimento de justiça, razão porque qualquer fuga à legalidade, importando em discricionariedade, é vista como medida excepcional e, muitas vezes, temerária. Para a manutenção da segurança jurídica, admitem uma ampla gama recursal, permitindo um acesso mais facilitado às cortes superiores. Os juízes, pautados no axioma da verdade real, têm maior liberdade instrutória, exercendo um papel ativo no processo.

O *common law*, por outro lado, funda-se nos costumes locais e na cultura da comunidade, exercendo os juízes, normalmente eleitos, um papel pacificador. Pela sua maior proximidade, os juízes possuem poderes mais amplos que os tribunais, sendo excepcional o acesso às cortes recursais e, mais difícil ainda, à corte constitucional. Os advogados exercem um função mais proativa, podendo produzir provas em seus escritórios, ficando reservada ao juiz uma posição de maior neutralidade.

Mauro Cappelletti, por sua vez, aponta para quatro distinções básicas entre os sistemas do *civil law* e do *common law* (CAPPELLETTI, 1993, p. 116-128):

a) *Quanto à estrutura e organização*: geralmente, os tribunais superiores do *common law* têm estrutura unitária e composta por um número reduzido de julgadores (nove juízes compõe as Cortes Supremas dos Estados Unidos e Canadá). No sistema do *civil law* europeu, as cortes supremas dividem-se em duas: uma para matérias civil e penal (*Corte de Cassação* italiana, *Cour de Cassation* francesa e *Bundesgerichtshof* alemã) e outra para matéria administrativa (*Conselho de Estado* italiana, *Conseil d'État* francesa e *Bundesverwaltungsgericht* alemã). Vale lembrar que o Brasil, embora ligado à família do *civil law*, adota *jurisdição una*, não aderindo ao modelo do contencioso administrativo.

Ademais, é visível o enfraquecimento da autoridade dos tribunais, porquanto as cortes e conselhos típicos do *civil law* europeu costumam ser compostos por um número considerável de julgadores, o que contribui para decisões contrapostas dentro de um mesmo tribunal. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros, o que evidencia uma maior aproximação à estrutura das cortes supremas do *common law*.

b) *Quanto aos mecanismos de seleção de assuntos que chegam à Corte Suprema*: é recorrente nos países que adotam o sistema do *common law* a utilização de

mecanismos processuais para a escolha daquilo que será analisado pela Corte Constitucional, diferentemente do que ocorre com o *civil law* europeu. Evidentemente, um número tão elevado de decisões acaba por comprometer a qualidade da análise e a coerência dos pronunciamentos judiciais.

No Brasil, seguindo os passos do sistema do *common law*, novos institutos processuais têm refinado, aos poucos, a *malha da peneira* do acesso aos Tribunais Superiores, ao argumento da qualidade e de se evitar decisões contraditórias, atribuindo maior segurança e unidade ao sistema.

c) *Quanto à sociologia judiciária*: esta distinção refere-se ao tipo de juiz que normalmente compõe o tribunal. Nos países que adotam o sistema do *civil law*, o juiz exerce uma carreira, normalmente após ter superado concursos públicos destinados à seleção dos mais qualificados.

Diversamente, nos países do *common law* os juízes são escolhidos politicamente, como uma premiação de uma personalidade de grande relevo para a sociedade. Neste tocante, com exceção da nomeação dos Ministros dos Tribunais Superiores ou aqueles escolhidos pelo quinto constitucional, a prévia necessidade de aprovação do magistrado, dos membros do ministério público e da defensoria pública em um prévio concurso de provas e títulos é considerado conquista histórica, ligada em última análise à democracia e à possibilidade de participação popular, por meio da *meritocracia* (e não do apadrinhamento) nos poderes estatais.

d) *Quanto ao vínculo dos precedentes judiciários*: a causa de pedir pode ser fática ou jurídica. De acordo com Eduardo de Avelar Lamy (LAMY, 2011, p. 160) a *causa de pedir fática* está relacionada aos fatos que interessam ao julgamento da demanda, ao passo que a *causa de pedir jurídica* diz respeito à criatividade que o operador jurídico necessita para melhor fundamentar o seu pedido.

Todo precedente é composto de duas partes distintas: i) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e ii) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório. A razão de decidir nada mais é que a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão.

Ocorre que é a *ratio decidendi* que determina a extensão material da força vinculante de um determinado precedente. No caso da aplicação de uma súmula vinculante ao um caso em concreto exige-se que, antes de tudo, haja enquadramento na causa de pedir jurídica. Só é possível que um determinado precedente judicial seja aplicado quando suas razões de decidir correspondam ao caso em análise.

A análise de enquadramento da causa de pedir, em especial a causa de pedir jurídica, permite ao aplicador do direito verificar se um determinado precedente jurisprudencial tem a potencialidade de vincular ou não a decisão do julgador quando da aplicação de uma súmula vinculante, buscando inspiração, em linhas gerais, ao sistema do *stare decisis*, típico do *common law*[11].

4 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, O SISTEMA DE PRECEDENTES E OS MECANISMOS DE OBJETIVAÇÃO DO DIREITO PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil investiu fortemente no respeito aos precedentes judiciais com dupla finalidade: primeiro, controlar o excesso de arbitrariedade do julgador, como já visto alhures; e, segundo, por consequência, fortalecer as decisões dos tribunais, investindo em mecanismos de objetivação do processo civil como um *modos* de acelerar a resolução das demandas judiciais repetitivas e, assim, deixar aos juízes de primeiro grau e aos tribunais ordinários a análise mais apurada das causas que dependam da colheita de prova.

O CPC de 2015, em seu art. 924, aduz que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. E como isso se dará? Basicamente: a) pela observância das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou em controle difuso que implicar em enunciado de súmula, vinculante ou não; b) pela observância dos enunciados de súmula do Superior Tribunal de Justiça; c) por orientação do Plenário dos tribunais ao qual o juiz ou desembargador estiver hierarquicamente vinculado – ou do órgão especial que lhe faça as vezes; d) em observância aos acórdãos que decidem recursos extraordinários e recursos especiais repetitivos; e, e) pelo respeito e vinculação ao acórdão que julgar os incidentes de resolução de demandas repetitivas e a assunção de competência.

Já contávamos, no Código de Processo de 1973, após diversas alterações, com a *súmula impeditiva de recursos* (CPC, art. 518, § 1º), o *julgamento monocrático do relator fundado em súmula* (CPC, art. 557, *caput* e § 1º-A), a *técnica de suspensão e julgamento dos recursos repetitivos* (CPC, arts. 543-B e 543-C), a *súmula vinculante* (CRFB, art. 103-A), a

[11] *Por meio de vinculação estar-se-á transformando as súmulas do Supremo Tribunal Federal não em um precedente vinculante, como ocorre na "common law", mas sim em um instituto híbrido: um enunciado constituído nos moldes de uma súmula, mas que possuirá efeitos vinculantes para as demais instâncias jurisdicionais. Trata-se, desta forma, de efeito que difere do precedente vinculante do direito anglo-saxão. O "stare decisis", cuja tradução literal significa "decisão a ser observada", não obriga invariavelmente o julgador a seguir o entendimento do precedente vinculante, determinando apenas que, para o julgamento do caso concreto, seja utilizado como ponto de partida o precedente já existente, até porque naquele sistema a lei não possui a pretensão de regular detalhadamente as situações, deixando à jurisprudência o dever de fazê-lo* (*in* LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaios de processo civil. Vol. 1**. São Paulo: Conceito, 2011, p. 37).

reclamação constitucional (CRFB, art. 103-A, § 3º), a *repercussão geral no recurso extraordinário* (CRFB art. 102, § 3º, e CPC, art. 543-A), o *julgamento liminar de improcedência* (CPC, art. 285-A), o *sistema de uniformização de jurisprudência no âmbito dos juizados especiais federais* (Lei 10.259/01, art. 14) e o *procedimento de controle administrativo do Conselho Nacional de Justiça* (CRFB, art. 103-B, § 4º, III).

São técnicas que permanecem diante no novo sistema e, em certa medida, são redesenhados para compor todo um todo harmônico com outros mecanismos de objetivação do processo.

O novo CPC, em especial, aponta para mais dois mecanismos que se somam aos anteriormente elencados: o incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas. E é sobre estes dois mecanismos que ora vamos nos debruçar.

No tocante ao *incidente de assunção de competência*, toda vez que um recurso, de qualquer espécie, chegar ao tribunal respectivo e for verificada que a questão debatida envolve grande repercussão social (causa de notório interesse público) ou compor divergência entre câmaras ou turmas do mesmo tribunal, o relator deverá propor a afetação da causa a um órgão colegiado, previsto pelo regimento interno – normalmente o órgão especial –, de modo a decisão do acórdão *vinculará* todos os juízes e órgãos fracionários (turmas e câmaras), exceto a ele mesmo.[12]

Em outros termos: o que o CPC de 2015 faz é viabilizar a criação de acórdãos com força de súmula vinculante dentro de cada tribunal, pois não? Desta forma, todos os órgãos com exceção do órgão especial deverão observância ao entendimento firmado pela cúpula do tribunal, de modo a (tentar) eliminar discricionariedades (ou arbitrariedades, chame-se este mal como quiser...) dos órgãos inferiores.

Mas vamos além. O *incidente de resolução de demanda repetitivas* – que tem sido carinhosamente apelidado de *IRDR* – traz consigo uma proposta ainda mais ousada: além do relator, o juiz de primeiro grau, as partes, o Ministério Público (ou seja, quando não for parte, atuando como *custos legis*) ou a Defensoria Pública poderão propor a instauração do aludido

[12] Art. 944. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, da remessa necessária ou de causa de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. § 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, seja o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar. § 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência. § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. § 4º O disposto neste artigo se aplica quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

incidente dirigido ao Presidente do tribunal respectivo (para julgamento perante o órgão especial) quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e isto possa oferecer risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.[13]

O acórdão do órgão especial que decidir acerca do IRDR determinará a aplicação da tese jurídica decidida a todos os processos individuais ou coletivos – presentes e futuros – que versem sobre idêntica *questão de direito*[14] e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.[15]

Ora, vamos trazer o IRDR para o dia a dia forense: toda vez que um novo processo ingressar porta adentro de uma Vara Judicial, ao analisar a petição inicial o magistrado terá o dever de, além dos requisitos processuais, verificar qual o pedido que está sendo proposto e consultar um banco eletrônico de causas já decididas em IRDRs[16] (dentro do tribunal respectivo, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal), a fim de detectar se poderá determinar a citação, caso a consulta seja negativa, ou simplesmente encaminhar o processo para o julgamento antecipado do mérito (procedente ou improcedente) da demanda, caso haja correspondência de teses.

---

[13] Art. 973. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. § 1º A desistência ou o abandono da causa não impede o exame do mérito do incidente. § 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. § 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado. § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. § 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

[14] Aqui mantemos a nossa crítica pela impropriedade da expressão, como já sustentado alhures.

[15] Art. 982. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo estado ou região; II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 983. § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. § 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

[16] Art. 976. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. § 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. § 2º Para possibilitar a identificação das causas abrangidas pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados. § 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

E não é só. Imagine que por um descuido do magistrado a demanda proposta não cai na malha fina da análise da petição inicial. Sem problemas. À outra parte, a quem interessa a decisão de mérito de acordo com IRDR decidido anteriormente, poderá peticionar alertando juiz da similitude entre as teses e, se ainda assim perdurar a teimosia, poderá encaminhar reclamação ao tribunal respectivo a fim de que seja dada efetividade às suas decisões.

Enfim, queremos, aqui, demonstrar como o novo sistema processual, em especial no tocante ao respeito aos precedentes judiciais, se aproximam das ideias de Luhmann no tocante à importância do papel da centralidade dos tribunais como um subsistema de suma importância para a manutenção do sistema do Direito.

5 A INDISPENSABILIDADE (E O PAPEL) DA HERMENÊUTICA E O RISCO (NEO)POSITIVISTA DA TRANSCÊNDÊNCIA JURISPRUDENCIAL

O desrespeito generalizado dos juízes brasileiros às cortes superiores – e não se confunda, aqui, a exigência de uma postura de coerência estrutural com uma espécie de subserviência hierárquica, definitivamente não[17] –, com supedâneo no livre convencimento motivado e na prerrogativa de independência funcional, gera semanalmente a expedição de decisões, aos milhares, contrariando súmulas (não vinculantes) dos tribunais respectivos e superiores e que, por isso, servem de alimento a um sem número de recursos.

Como explicar ao jurisdicionado que, em casos similares, sem particularidades que justifiquem qualquer diferenciação, juízes e tribunais podem decidir em sentidos diametralmente opostos? A resposta é simples: falta na cultura brasileira – situação que é piorada por se tratar de um país com dimensões continentais – um compromisso do julgador com os critérios de integridade e coerência com o direito.

É chegada a hora do sistema processual pôr grilhões ao juiz Hércules, pois não?

Verifica-se com a ampliação das técnicas de transcendência jurisprudencial uma tentativa de construção de uma *metalinguagem de segundo grau*. Ora, se legislar foi um primeiro ensaio (metafísico) de *encapsulamento da realidade* em dispositivos de lei – obviamente, sem sucesso –, com os precedentes jurisprudenciais tenta-se interpretar, delimitar ou aclarar o conteúdo legal – uma forma de "puxadinho epistêmico" –, mas que não

[17] *[...] tenho sustentado que decisões emanadas de "últimas instâncias", embora inegavelmente devam ser obedecidas, devem, entretanto, sofrer de fortes "constrangimentos epistemológicos" ou, se se quiser chamar assim, de "censuras significativas". Esse é o papel da doutrina em um país democrático* (*In*: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 110).

eliminará, jamais, a necessidade e a utilidade da hermenêutica (filosófica), pela indispensável análise da facticidade e da contextualidade quando do interpretar-compreendendo.

Em tempos de multiplicação de mecanismos de objetivação no direito processual civil, corremos o risco de o antigo *juiz boca da lei* se transformar em uma espécie de *juiz boca da súmula* ou *juiz boca dos precedentes*, como se fosse um mero replicador de decisões das instâncias superiores.

Ocorre que a *verdade* (ou a *justiça*) não reside na essência das coisas (metafísica clássica), tão-menos na consciência do sujeito (metafísica moderna)[18]. O sujeito não é um observador do mundo, mas dele faz parte, está imerso, nele interage[19]. Para a matriz hermenêutica, a intersubjetividade revela a superação do antigo esquema sujeito-objeto.

> É nesse contexto que ocorre a invasão da filosofia pela linguagem, em uma pós-metafísica (re)inclusão da faticidade, que, de forma inapelável, mormente a partir da década de 50 do século passado, atravessará o esquema sujeito-objeto (objetivista e subjetivista), estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão. Destarte, esse déficit de realidade produzido pelas posturas epistemo-metodológicas – ainda presas ao esquema sujeito-objeto – vem a ser preenchido pelas posturas interpretativas, especialmente as hermenêutico-ontológicas, que deixam de hipostasiar o método e o procedimento, colocando no modo-de-ser e na faticidade o locus da compreensão. Assim, salta-se do fundamentar (fundamentum inconcussum) para o compreender, onde o compreender não é mais um agir do sujeito, e, sim, um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade. (STRECK, 2011, p. 67)

O positivismo apostou todas suas fichas em uma solução metafísica[20] como forma de reducionismo científico da problemática social e por intermédio do direito[21]. O positivismo

---

[18] *Pode-se dizer, modo geral e em resumo do que até agora foi dito, que, na metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas; as coisas tinham uma essência e por isso tinham um sentido. O sujeito estava assujeitado. A subjetividade é uma construção moderna* (*In*: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 192).

[19] *Vale dizer: aquilo que é dito (mostrado) na linguagem lógico-conceitual que aparece no discurso apofântico, é apenas a superfície de algo que já foi compreendido num nível de profundidade que é hermenêutico. Daí que, para a hermenêutica, é comum a afirmação de que o dito sempre carrega consigo o não dito, sendo que a tarefa do hermeneuta é dar conta, não daquilo que já foi mostrado pelo discurso (logos) apofântico, mas sim daquilo que permanece retido – como possibilidade – no discurso (logos) hermenêutico. Portanto, para a hermenêutica, não faz sentido procurarmos determinar, de maneira abstrata, o sentido das palavras e dos conceitos, como fazem as posturas analíticas de cariz semântico, mas é preciso se colocar na condição concreta daquele que compreende – o ser humano – para que o compreendido possa ser devidamente explicitado. E esse é o ponto fulcral!* (*In*: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 41).

[20] *Por isso, devemos ter claro que algumas teorias procedurais-argumentativas não levam em conta a relevante circunstância de que, antes da explicação causal (se assim quiser, o raciocínio subsuntivo-dedutivo), há algo mais originário e que é condição de possibilidade de qualquer explicação causal. Trata-se de um acontecer, que se dá no âmbito da pré-compreensão, da antecipação de sentido, onde o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o processo de atribuição de sentido. E, veja-se: essa pré-compreensão (Vorverständnis) não é sinônimo de "visão de mundo", "ideologia", "subjetividade" etc., como equivocadamente apregoam alguns jusfilósofos contemporâneos, ao pretenderem agregar uma "pitada de hermenêutica" às suas posturas ainda reféns do esquema sujeito-objeto. A pré-compreensão constitui aquilo que Schnädelbach chama de "razão hermenêutica".*

(em especial o exegético) tenta se assenhorar dos sentidos, antecipando-os e sistematizando-os, como se a lei tivesse a plenipotencialidade de prever todas as soluções hipotéticas dos conflitos postos à baila.

> [...] é preciso entender que o objeto da interpretação não é o texto (em si) da Constituição, pela simples razão de que o texto não "flutua no ar". Insisto: ele não existe em si e por si. Ele exsurge sempre já interpretado (portanto, aplicado, de forma adequada ou não, a uma dada situação). Enfim, o texto só exsurge na sua norma, que decorre da normatividade que essa norma constitui. Não se interpreta o texto, mas o texto em sua historicidade e faticidade, que vai constituir a "norma". Norma é, assim, o texto aplicado/concretizado. (STRECK, 2013, p. 395)

Com o novo Código de Processo Civil correremos um novo tipo de perigo: construir ou fomentar um novo tipo de positivismo, que pretenda transferir o conceito de justo para os novos enunciados elaborados pelos tribunais. Ora, o direito não é aquilo que os tribunais dizem que é. E, mesmo que o digam, o aplicar do enunciado encontrará as mesmas dificuldades que a aplicação da lei, pois não? Trata-se, portanto, do *cachorro correndo atrás do próprio rabo*.

Em outro extremo, como a realidade não cabe dentro do "mapa" do direito ou das decisões prolatadas pelos tribunais, a solução das eventuais lacunas acabarão por serem transferidas ao intérprete, o que pode resultar em discricionariedade e, novamente, em solipsismos.

É bem verdade que a dinâmica processual e a maior agilidade dos tribunais se comparado à velocidade de adaptação do direito criado a partir do legislativo torna-se uma

---

Trata-se de um existencial, sobre o qual não temos domínio (e isso especialmente os adeptos das teorias argumentativas não conseguem entender). Sendo mais específico: essa dimensão pré-compreensiva, forjada no mundo prático (faticidade), não é um elemento formal, traduzível por regras de argumentação, por exemplo, como se fosse um caminho para algo. Essa dimensão ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais, que fazem parte de nossa experiência (faticidade, modo-de-ser-no-mundo) e são, portanto, elementos a que temos acesso mediante o esforço fenomenológico de explicitação (*In*: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 231).

[21] *Assim, se o positivismo está ligado à discricionariedade, possibilitando, desse modo, múltiplas respostas, e se a dogmática jurídica (predominante no Brasil) continua refratária ao Constitucionalismo Contemporâneo e, de sua aderência paradigmática que alça a intersubjetividade ao lugar de condição de possibilidade, parece razoável afirmar que essa "delegação em favor do juízo discricionário" (e, consequentemente, em favor das múltiplas respostas) não será contida ou resolvida através de regras e metarregras que, cada vez mais, contenham a "solução-prévia-das-várias-hipóteses-de-aplicação". E não será assim pela singela razão de que a discricionariedade (que é um passo para a arbitrariedade, como veremos na sequência) é exatamente produto daquilo que proporcionou a sua institucionalização: o positivismo jurídico e suas diversas facetas, que sempre abstraíram a situação concreta no ato de aplicação. Este é o ponto em que a hermenêutica filosófica leva vantagem sobre as demais teorias que têm na interpretação o seu foco principal: a faticidade, o modo prático de ser-no-mundo comanda a atividade compreensiva. Daí o primeiro salto heideggeriano, superando o caráter epistemo-metodológico da filosofia, mostrando que a filosofia é hermenêutica; em seguida, o salto gadameriano, mostrando que a hermenêutica é filosofia, condição de ser-no-mundo* (*In*: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69-70).

vantagem estratégica e fortalece a *autopoiese* do sistema jurídico. Todavia, como toda e qualquer solução metafísica, afastada da realidade, do caso concreto, o novo sistema de precedentes não será por si só a *salvação da lavoura*.

Para a Crítica Hermenêutica do Direito a linguagem (seja da lei, sejam dos enunciados dos precedentes) é condição de possibilidade, exatamente porque nada parte de um grau zero de sentido.[22] Ora, só se sabe que um fuzil é um fuzil porquanto se vive em um mundo que exige uma natural antecipação dos sentidos (pré-compreensão).[23]

Se existirão novos limites aos juízes agora impostos pelos enunciados dos precedentes, também é verdade que estes continuam limitados às leis e à Constituição, razão por que a integridade do sistema sempre deverá prevalecer.

Soluções *ad hoc*, tiradas da "cartola", distantes do contexto histórico (dos fatos e do tempo em que ocorreram) são meras manifestações do exercício do poder ou instrumentos de retórica. Jamais direito.

Não interpretamos para compreender, mas sim compreendemos para interpretar.

> A impossibilidade da cisão entre compreender e aplicar implica a impossibilidade de o intérprete "retirar" do texto "algo que o texto possui-em-si-mesmo", numa espécie de Auslegung, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (Sinngebung). Mais ainda, essa impossibilidade da cisão – que não passa de um dualismo metafísico – afasta qualquer possibilidade de fazer "ponderações em etapas", circunstância, aliás, que coloca a(s) teoria(s) argumentativa(s) como refém(ns) do paradigma do qual tanto tentam fugir: a filosofia da consciência. (STRECK, 2013, p. 91)

---

[22] *Resgatar o mundo prático* do *direito e* no *direito significa colocar a interpretação no centro da problemática da aplicação jurídica, explorar o "elemento hermenêutico" da experiência jurídica e enfrentar aquilo que o positivismo desconsiderou: o espaço da discricionariedade do juiz e o que isso representa na confrontação com o direito produzido democraticamente. À luz de uma hermenêutica constitucional superadora das diversas posturas positivistas, esse espaço discricional é preenchido pela tematização dos princípios constitucionais, que nada mais fazem do que resgatar o* mundo prático *esquecido pelo fatalismo das posturas teóricas positivistas* (*In*: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46).

[23] *Daí a importância da pré-compreensão, que passa à condição de possibilidade nesse novo modo de olhar a hermenêutica jurídica. Nossos pré-juízos, que conformam a nossa pré-compreensão, não são jamais arbitrários. Pré-juízos não são inventados; eles nos orientam no emaranhado da tradição, que pode ser autêntica ou inautêntica. Mas isso não depende da discricionariedade do intérprete e tampouco de um "controle metodológico". O intérprete não "domina" a tradição. Os sentidos que atribuirá ao texto não dependem de sua vontade, por mais que assim queiram os adeptos do (metafísico) esquema sujeito-objeto. O processo unitário da compreensão, pelo qual interpretar é aplicar (*applicatio*) – que desmitifica a tese de que primeiro conheço, depois interpreto e só então eu aplico –, transforma-se em uma espécie de blindagem contra as opiniões arbitrárias. A interpretação jamais se dará em abstrato, como se a lei (o texto) fosse um objeto cultural. Há, sempre, um processo de concreção, que é a* applicatio*, momento do acontecer do sentido, que ocorre na diferença ontológica. Não há textos sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único, irrepetível* (*In*: *Ibidem*, p. 288).

Logo, a compreensão é uma condição de possibilidade, é um existencial, e a interpretação nada mais faz do que explicitar aquilo que já se compreendeu, decorrente da natural antecipação de sentidos.[24] Aliás, nos dizeres de Streck, *é impossível metodologizar a interpretação, porque o método sempre chega tarde; aliás, o método é o extremo momento da subjetividade* (STRECK, 2011, p. 294).

Impende ressaltar que a hermenêutica, por compartilhar desta intersubjetividade, é antidiscricionária. Também, a hermenêutica é antirrelativista, porquanto atua em um mundo compartilhado *a priori* de sentidos. Ainda, acredita na obtenção da verdade (mas não no assenhoramento dela), o que se dá pelo desvelamento. Desvelar significa revelar, trazer à luz, "descascar o fenômeno", por meio de um processo que busca revolver o chão linguístico e analisar historicamente o contexto em que o instituto está inserido, retirando-lhe as diversas camadas de linguagem introduzidas pelo senso comum teórico que o escondem e o impendem de revelá-lo.

Ao decidir, o juiz tem o dever democrático de separar sua pessoa da sua função: eis os dois corpos do rei. O sujeito que não se esforça para discernir seus valores morais da função de julgador certamente incorrerá em solipsismos. Humor (excesso ou falta dele), escolhas ideológicas ou frustações sexuais não podem servir de critérios (ou pano de fundo) para o ato decisório.

> Portanto, e isso é definitivo, a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política. (STRECK, 2013, p. 108)

É obvio que o ser humano não é e nem deve ser uma máquina. Mas o exercício deste dever democrático no decorrer do processo decisório, o que se traduz pela angústia na obtenção do *ideal de justiça* – entendida como a obtenção da (metáfora da) resposta correta à Constituição (nem a única, nem a melhor[25]), a partir dos *critérios de integridade e coerência*[26]

---

[24] *Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico* (*In*: *Ibidem*, p. 294).

[25] *De se ressaltar que, por certo não estou afirmando que, diante de um caso concreto, dois juízes não possam chegar a respostas diferentes. Volto a ressaltar que não estou afirmando, com a tese da resposta correta (adequada constitucionalmente) que existam respostas prontas a priori, como a repristinar as velhas teorias sintático-semânticas do tempo posterior à revolução francesa. Ao contrário, é possível que dois juízes cheguem a respostas diferentes, e isso o semanticismo do positivismo normativista já havia defendido desde a primeira metade do século passado. Todavia, meu argumento vem para afirmar que, como a verdade é que possibilita o consenso e não o contrário; no caso das respostas divergentes, ou um ou ambos os juízes estarão equivocados* (*In*: *Ibidem*, p. 92, nota de roda-pé 104).

–, em si revela a necessidade de constante autofiscalização durante o empreender hermenêutico.

Com a superação do esquema sujeito-objeto, o juiz não é mais um mero observador (nem o problema) da relação jurídica processual, mas tem a responsabilidade democrática de (com)participar, ao lado (nem acima, nem abaixo) das partes, na busca e na construção da (metáfora da) resposta correta (nem a única, nem a melhor).

CONCLUSÃO

Foi possível constatar a importância que Luhmann conferiu ao papel de centralidade dos tribunais para a preservação dos sistemas jurídicos em geral, apostando o controle das arbitrariedades judiciais por meio da organização e do profissionalismo dos tribunais.

Neste sentido, verificou-se que a tendência de implementação da transcendência jurisprudencial – entendida como a capacidade de uma decisão judicial emanada dos tribunais poder irradiar efeitos *erga omnes*, expandindo sua força decisória para além dos limites restritos às partes que participaram do processo – busca construir uma única solução (*case* ou paradigma) com aplicabilidade às causas de pedir semelhantes, o que se aproxima de algum modo ao sistema da *stare decisis*, típico da *common law*.

Diante da necessidade de limitar a atuação discricionária (e, portanto, arbitrária) dos juízes, o novo Código de Processo Civil traz consigo uma nova sistemática de valorização dos precedentes judiciais, criando mecanismos de objetivação do processo, de modo a preservar o todo o sistema processual e, por consequência, o sistema do direito.

Todavia, embora os limites à discricionariedade partam dos tribunais, a hermenêutica (filosófica) ganha relevante papel no tocante à aproximação e aplicação da tese espelhada em um acórdão ou súmula com força vinculante e o respeito às peculiaridades da facticidade, do caso em concreto. Assim como a realidade não pode caber dentro das leis, os precedentes formarão uma metalinguagem de segundo grau – uma nova tentativa metafísica de controle do direito – que jamais poderão abarcar ou resolver todos os problemas de uma sociedade complexa.

---

[26] *[...] a resposta correta (adequada à Constituição e não à consciência do intérprete) tem um grau de abrangência que evita decisões ad hoc. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição* (*In*: *Ibidem*, p. 92, p. 111).

Assim, acreditamos que o novo Código de Processo Civil é um exemplo de convivência possível, complementar e necessária entre a teoria dos sistemas e a hermenêutica filosófica a partir da Crítica Hermenêutica do Direito.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 1993.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**. Yale: Yale University, 1986.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 13. ed. Juspodivm: Salvador, 2011.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaios de processo civil**. Vol. 1. São Paulo: Conceito, 2011.

LAMY, Eduardo e outro. **Teoria geral do processo**. 2 ed. São Paulo: Conceito, 2011.

LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Revista AJURIS, Porto Alegre: Ajuris, n. 49, ano XVII, jul.,1990, p. 140-168. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/5b5af/5bb67/5bb68?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0#JD_AJURIS49PG149>. Acessado em 10.01.2015.

_____. **El Derecho de la Sociedad**. Mexico: Iberoamericana, 2002.

NEVES, A. Castanheira. **A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito**. In Digesta, escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.